

A RESPONSABILIDADE DAS AUTORIDADES REGULATÓRIAS PERANTE OS TRIBUNAIS DE CONTAS

THE LIABILITY OF THE REGULATORY AUTHORITIES BEFORE THE PUBLIC AUDIT OFFICES

Sérgio Luiz Barbosa Neves¹

RESUMO

A última década do século passado presenciou um significativo número de mudanças e inovações econômicas e tecnológicas, bem como a aceleração exponencial dessas próprias mudanças de forte impacto na sociedade. O Estado, dentro dessa perspectiva, sofreu transformações desde a noção e a flexibilização do conceito de sua soberania até a sua forma de atuação perante a sociedade. No Direito Administrativo, expressões como interesse público e discricionariedade administrativa receberam novos contornos e, no campo dos serviços públicos, especialmente no Brasil, o Estado ascendeu à condição de regulador e não mais de provedor direto desses, optando pela criação de agências para o fim de regular os serviços públicos concedidos. Autonomia, expertise técnica e neutralidade consubstanciam uma espécie de tríade principiológica inerente e imprescindível à existência de uma atividade regulatória de fato e efetiva. As agências e sua atividade-fim não são indenes de dúvidas e críticas, especialmente no que concerne a seu controle externo e de como conciliá-lo sem que se macule aquela precitada tríade principiológica, sendo este o objetivo deste ensaio destinado a observar o controle da atividade regulatória e a imposição de responsabilidades às autoridades que a desempenham pelos diversos Tribunais de Contas.

PALAVRAS-CHAVE: Atividade regulatória . Estado regulador . Controle externo . Tribunais de Contas.

¹ Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR.

ABSTRACT

The last decade from the yester century witnessed a huge number of economic and technological changes and innovations as well as the exponential increase of the acceleration of these changes themselves with a huge impact on society. The State, from this point of view, has gone through transformations, from the notion and the flexibility of the concept of its sovereignty till the way as it deals with society. In Administrative law, expressions as public interest and administrative discretion has got new boundaries and, in public utilities field, especially in Brazil, the State became and acted as a regulator, being their direct provider no more, choosing to create agencies in the aim of regulating the delegated public utilities. Autonomy, technical expertise and neutrality embody a kind of principiological triad inherent and essential to the existence of a real and effective regulatory activity. Agencies and their mainly aimed activities are not safe from doubts and critics, especially from an external control and how to conciliate this control without wounding that principiological triad, consisting that the aim of this work, which wants to observe the control of the regulatory activity and the liability of their authorities before the public audit offices.

KEYWORDS: Regulatory activity . Regulatory State . External control . Public Audit offices.

1 Introdução.

A atividade regulatória, no Brasil, é desempenhada por autarquias ditas especiais, consoante o consignam as leis criadoras das diversas agências reguladoras, que, além de atribuir-lhes tal natureza jurídica, as vinculam a Ministérios ou Secretarias seja na administração federal seja na estadual, respectivamente. Qual a novidade, então? O quê há de novo, pois, a justificar um reexame do controle de uma autarquia especial pelos Tribunais de Contas ou a ensejar críticas à realização desse controle tal como vem sendo realizado? Ocorre que, a despeito de a modelagem adotada pelo Direito brasileiro para as agências reguladoras não ser inovadora, criando-as e classificando-as como autarquias especiais, entidades há

muito previstas no Decreto-lei nº 200/67, a doutrina considera como inerentes a tais entes reguladores características próprias como independência político-administrativa e financeira, poder normativo, órgão deliberativo colegiado e dotado de mandato e um alto nível de capacidade e especialização técnica, para o fim de desempenhar suas funções, jurisdicional, normativa e administrativa, com absoluta neutralidade, eficiência e conformidade socioeconômica. A proposta deste trabalho é buscar, senão a resposta propriamente dita, um maior lume a tais problemas e auxiliar na sua elucidação.

A expressão *crise do Estado* tem sido utilizada e repetida, invariavelmente, em todos os trabalhos do gênero, notadamente naqueles em que se preocupam em realizar ponderações sobre a tendência ao surgimento de novos centros de poder no seio do Estado, com o reconhecimento de uma sociedade pluralista. Essa peculiaridade produz uma “diáspora de poder na sociedade civil e o conseqüente surgimento do Estado pluriclasse” (MOREIRA NETO, 2005, P. 83). Os entes reguladores estão no centro desse debate e representam o destino migratório de parte desse poder atomizado e que se distanciou de um centro unívoco, tal como se apresentava figura então toda poderosa da chefia do Executivo. Diante da crise de soberania do Estado no plano internacional, a formação de autoridades independentes como sua consequência, conduzindo tanto à “constituição de ordens supranacionais, organizadas em rede em vez de hierarquizadas” (CASSESE, 2010, p. 31). Conclusão idêntica, a de conformação de uma estrutura organizacional em rede, não hierarquizada, pode ser referenciada sob o prisma da crise interna por que passa o exercício interno do poder no âmbito do Estado brasileiro, onde podemos identificar que entidades como o Banco Central, os Tribunais de Contas e o Ministério Público ascenderam em relevância e autonomia, como também seguem caminho similar as agências reguladoras e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que, em comum, com aqueles primeiros, têm o exercício de uma atividade de controle.

A palavra controle, dentro de um contexto democrático e numa primeira aproximação, soa sempre como cerceio da liberdade e da autonomia de vontade, que se constituem em pressupostos da própria democracia e têm, nesta, o ambiente apropriado e único possível para o seu desenvolvimento. A noção de liberdade e autonomia, porém, é relativa, isto é, há de ser verificada sempre em relação a determinado aspecto, em relação a outra instituição. Nessa perspectiva, em que nenhuma liberdade ou autonomia é absoluta, a permanência das instituições como democráticas demanda um constante exame do exercício da liberdade e da autonomia que lhes são conferidas a fim de que se verifique se os limites relativos àqueles

pressupostos estão sendo observados. Ainda que paradoxal, é por intermédio do controle que se pode exercer uma vigília permanente, tanto procedimental como finalística, de cada uma das instituições que porventura existam num determinado Estado Democrático de Direito, vigílias essas imprescindíveis à manutenção da liberdade e da democracia.

O controle é, inegavelmente, instrumento valioso para a democracia e para a garantia do exercício das liberdades e da autonomia institucionais. Assim, pode-se e deve-se tê-lo como importante instrumento de proteção da democracia, em especial contra tentativas político-administrativas para o enfeixamento de poder por um único centro, que porventura pretenda prevalecer sua vontade sobre outros entes em tese autônomos, o que se configuraria mesmo como um atentado àquele precitado Estado pluriclasse e ao pluralismo consagrado como direito fundamental em nossa Constituição. O controle externo é, pois, (i) fundamento da República – no sentido que pode imputar responsabilidade àqueles que têm sob seus cuidados a *res pública* – e (ii) fundamento do Estado democrático de direito – como assegurador da observância dos direitos fundamentais, como a garantia de uma sociedade plural.

Para Luhmann (1985, p. 84), controle seria o “exame crítico de processos decisórios, objetivando uma intervenção transformadora no caso de o processo decisório em seu desenrolar, seu resultado ou suas consequências, não corresponder às considerações do controle”. Conclui que o controle pressupõe especialização funcional e sua distribuição, assentando que “o surgimento de controles explícitos está relacionado à reestruturação no sentido da diferenciação funcional”. Essa consideração importa ao tema agências reguladoras, vez que implicam reestruturação orgânica estatal e decorrem de uma perspectiva de funcionalização do Direito, na medida em que, especialmente em relação aos serviços públicos, suas decisões têm de estar voltadas à dinâmica social, de molde a assegurar a prestação, aos usuários, do denominado serviço adequado, entendendo-se serviço adequado como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, generalidade, cortesia na sua prestação, modicidade das tarifas e atualidade, compreendida esta como a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço, abrangida, aí, a universalidade (§§ 1º e 2º, do art. 6º, da Lei, 8.987/95).

Aplicado à Administração Pública, pode-se definir controle tal como “a força aplicada ao maquinário administrativo estatal com o objetivo de impedir sua atuação fora dos limites

do sistema legal institucionalizado, contrariando os valores que conformam o direito” (FRANÇA, 2013, p. 83).

À evidência, o próprio controle não é amplo e geral como se poderia imaginar. Trata-se de uma atividade paralela à exercida pelas instituições a ele sujeitas, não podendo jamais traduzir-se como atividade sucedânea e pretender substituir uma determinada instituição no desempenho de suas atividades-fim. É a fixação desses limites de atuação da atividade de controle e de seus contornos que demandam um estudo acurado em relação aos entes aos quais foi conferida maior autonomia e, no caso das agências reguladoras, o desempenho de uma função cujo exercício pressupõe um conhecimento técnico absoluto da atividade regulada em nível de expertise técnica, que, ao menos em tese, não é do domínio de nenhuma outra instituição pública, inclusive daquelas ao qual compete o controle.

A atividade regulatória, sob o olhar do Direito Econômico, tem por característica partir de uma lógica de solução de problemas diversa daquela tradicionalmente utilizada pelo Direito. Visto sob o prisma de seus ramos tradicionais, o Direito era enunciado com vistas à relação jurídica havida entre o titular do direito subjetivo e o titular do dever jurídico correspondente. As causas e as conseqüências próprias de uma relação jurídica eram examinadas de forma intrínseca a esta relação numa lógica própria do primado da individualidade. Neste sentido, a lógica de imputação quando da verificação de uma lesão de direito replicava e aplicava a norma do tipo “Se A é, B deve ser”.

Ferraz (2006, p. 80), tendo por base o Direito Econômico, ensina que aspectos extrínsecos à relação jurídica são relevantes para este ramo, engendrando uma lógica própria e diferenciada. Assim, o Direito Econômico traz uma lógica própria e inovadora, diversa daquela há muito estruturada pelos demais ramos do Direito, inservíveis, em muitos aspectos, à realidade atual da sociedade em sua extrema dinamicidade socioeconômica atual.

Aliam-se a tanto aquelas evoluções conceituais e a flexibilização que se sucederam no âmbito do Estado e, em particular, do Direito Público, onde o próprio Estado, figura central deste ramo jurídico, foi e vem sendo obrigado a rever seu papel, principalmente no tocante à sua intervenção na economia, no exercício de sua autoridade e na prestação dos serviços públicos. “Há, indubitavelmente, um novo Direito Administrativo em emergência e que ainda está se definindo no torvelinho das transformações, que continuam a nos surpreender por serem incrivelmente céleres e profundas” (MOREIRA NETO, 2006, P. 223).

O controle das atividades estatais, com certeza, não pode ficar imune a essa gama de eventos e mutações, até porque jungidas estão às normas de Direito Público. Por sinal, tais mutações justificam a mudança de paradigma de atuação dos próprios Tribunais de Contas, que, além das auditorias de regularidade que sempre realizaram, avançaram no controle e verificação da eficiência e economicidade dos atos administrativos com um grau subjetivo de formação de juízo de valor, desde que motivadamente, por óbvio.

As mutações havidas no novo Direito Público sustentam sistemas jurídicos atuais onde “o estatismo, o legicentrismo e o formalismo interpretativo, três das características destacadas do juspositivismo teórico de matriz novecentista, hoje não parecem sustentáveis” (COMANDUCCI, 2003, p. 75). No conceito de França (2013, p. 83) anteriormente citado, a noção de Direito, pois, deve ser entendida dentro desses novos contexto e visão do Direito Público e do Direito Econômico.

Todas essas mudanças de perspectiva doutrinária, de ordem legislativa e a introdução de entidades de adequação duvidosa ao sistema jurídico-administrativo brasileiro, como é o caso das agências reguladoras, acabam por gerar não só dúvidas como possíveis conflitos de atribuições entre os Tribunais de Contas e aquelas agências reguladoras. A Administração Pública e a própria estrutura de poder está em franca mutação, numa tendência evolutiva rápida, tais como a integração de comunidades internacionais, os recentes e volumosos processos de privatização, a crescente e indispensável participação da sociedade nos processos decisórios administrativos e uma nova perspectiva de controle de resultados. Os Tribunais de Contas e suas respectivas funções não podem ficar alijados dessa tendência e desses fenômenos, que, como bem observou Sousa (2005, p. 17), quando ainda no exercício da presidência do Tribunal de Contas de Portugal, “exigiram (e continuam a exigir) desta instituição uma atenção especial e redobrada, bem como uma permanente reflexão crítica sobre a sua organização, funcionamento e actividade”.

Em conclusão acerca das atribuições do Tribunal de Contas da União perante as agências reguladoras federais, Gomes, Coutinho e Wanderley (2008, p. 16), em trabalho produzido por aquela própria Corte federal, após consignar que a delegação de serviços públicos é objeto de controle pelo TCU em dois momentos especiais, o da outorga e o da execução contratual, explicam competir, ainda e num terceiro momento, à Corte de Contas o controle do desempenho das agências reguladoras:

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

A questão parece simples, porém, dificuldades configuram-se tanto na formação de juízos de valor individuais e seus limites, como na forma de serem realizadas sugestões ou imputações de medidas administrativas a serem adotadas ou sanções aos reguladores, tudo isso sem que os Tribunais de Contas, de fato, não se imiscuam nas funções do regulador a ponto de transformarem-se numa espécie de regulação da regulação. A indagação de como operacionalizar o controle externo pelos Tribunais de Contas sobre as agências, de conciliar dois instrumentos de controle em plena evolução num Estado em crise e de reestruturação em rede, pois, permanece.

2 O Estado Regulador: a criação das agências reguladoras no Brasil.

Numa sociedade dita informacional (CASTELLS, 2008, p. 50), onde qualidade, segurança, atualidade tecnológica e rapidez de mudanças são exigências comuns, não seria de admirar-se que o Estado e o Direito Administrativo atravessassem por uma crise e passassem por mutações num natural processo evolutivo. É público e notório o discurso vigente à época – e ainda presente – de que o Poder Público não estaria apto a atender a esses anseios sociais com a premência, a qualidade e a segurança esperados, como também não despertava na iniciativa privada o sentimento de segurança jurídica bastante à realização de investimentos vultosos no setor público. Esse novo contexto conduziu a uma mudança de perspectiva na prestação dos serviços públicos, onde o Estado, a partir da criação das agências reguladoras, abstém-se da condição de seu provedor e passa à condição de regulador, criando pessoas jurídicas a ele relacionadas, mas dotadas de autonomia bastante à produção de decisões neutras na ponderação dos interesses estatais, empresariais e dos usuários.

O ponto de partida dessas mudanças no Estado brasileiro deu-se em 1995, com a criação, pelo Decreto nº 1.738/95, do Conselho de Reforma do Estado, sob os auspícios do então Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, que propôs uma nova Administração Pública com as seguintes características:

1. Descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais;
2. Descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos;
3. Organização com poucos níveis hierárquicos em vez de piramidal;
4. Pressupostos de confiança limitada e não da desconfiança total;
5. Controle por resultados, *a posteriori*, em vez de controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e
6. Administração voltada para o atendimento do cidadão, em vez de auto-referida.

Com base nesses parâmetros fixados, o Conselho de Reforma de Estado prosseguiu em sua tarefa, propondo a criação de um modelo menos intervencionista e de menor burocracia, dotado de uma regulação mais democrática e participativa, sugerindo, por fim, um sistema regulatório brasileiro fundado em cinco princípios:

1. Autonomia e independência decisória;
2. Ampla publicidade de normas, procedimentos e ações;
3. Celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores;
4. Participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração de normas regulamentares em audiências públicas; e
5. Limitação da intervenção estatal na prestação e serviços públicos aos níveis indispensáveis à sua execução.

Várias características próprias das agências reguladoras podem ser vislumbradas nos princípios então anunciados por aquele Conselho de Reforma do Estado. Na sequência de seu estudo, o Conselho foi ainda mais acurado e sugeriu que esses novos entes fossem criados como autarquias dotadas de autonomia. Vê-se que tal sugestão foi tímida, eis que autarquias já havia na estrutura administrativa do Estado brasileiro. Porém, era essa a natureza jurídica disponível em nossa legislação que mais se aproximava aos fins colimados pelos reformadores do final do século XX.

De fato, a criação das agências reguladoras no Brasil, seguiu as propostas levadas a efeito pelo sobredito Conselho, cujo trabalho, parece-nos, ter sido prejudicado em três aspectos fundamentais, que acabaram por gerar diversas dúvidas sobre o exercício das funções por esses novos e modernos entes administrativos: (i) primeiro, o fato de, a par de se pretender uma inovação, na falta de uma nova roupagem, ter-lhes sido dada uma velha e conhecida forma autárquica; (ii) segundo, em razão de o Conselho de Reforma não ter assistido à criação dessas novas entidades, sendo precocemente, desconstituído; e, (iii) terceiro, a falha em não haver proposto uma legislação única e geral aplicável a todas as agências, permitindo o desenvolvimento de um sistema múltiplo e variável de regulação, que se configura num óbice à implantação de uma governança pautada em bases unívocas e, por conseguinte, dificulta ou mesmo impossibilita uma coordenação dos setores regulados e qualquer espécie de supervisão da qualidade regulatória dos serviços prestados pelas agências.

As agências reguladoras começaram, então, a ser criadas uma a uma, de acordo com o setor regulado, seja de serviço público seja de *commodities*, como no caso do petróleo. Assim é que, em 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.427 instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, como autarquia em regime especial. Apesar de observar a modelagem proposta, a ANEEL foi “vinculada” ao Ministério de Minas e Energia, como disposto logo no art. 1º da referida Lei. No mais, as políticas públicas remanesciam nas mãos do governo central, incumbindo à nova autarquia denominada por “agência” a sua implementação, bem como o exercício da regulação e da fiscalização do setor de produção de energia.

A seguir, foram criadas, em 1997, a ANATEL e a ANP, ambas sob a forma de autarquias especiais e ambas “vinculadas” ao Ministério correspondente à sua área de atuação, conforme o disposto nas Leis de números 9.472 e 9.478, respectivamente. Ambas foram instituídas para regular e fiscalizar, a primeira, o setor de telecomunicações, e, a segunda, o de petróleo. Mais adiante, outros setores também foram objeto de regulação por intermédio de agências, como os de: vigilância sanitária (ANVISA); saúde suplementar (ANS); águas (ANA); transportes terrestres (ANTT); transportes aquaviários (ANTAQ); cinema (ANCINE); e, aviação civil (ANAC), todos, sem exceção, criados em moldes próximos quanto à “vinculação” ao Ministério correspondente.

Apesar das observações críticas lançadas acima, referentemente à criação e à implantação do modelo regulatório no Brasil, o Conselho de Reforma do Estado desenhou um projeto político-administrativo altamente significativo e bem elaborado, que propôs um novo modelo organizacional, abrangendo não só os aspectos políticos, mas também o jurídico, o

social e o econômico, de molde a promover uma profunda mudança do modelo então vigente no país, com a efetiva passagem do Estado interventor para o Estado regulatório, dentro de uma perspectiva de descentralização do exercício do poder e de estruturação de uma sociedade em rede.

3 Autonomia como fundamento e razão de ser das agências reguladoras.

A autonomia ou independência é inerente às agências reguladoras. Suprimida a autonomia, o arcabouço jurídico dos entes reguladores torna-se frágil e fragmentado, e, examinado sob um prisma pragmático, mais do que o fenômeno da “captura” – meio pelo qual um ente regulador profere decisões, cedendo aos interesses do poder concedente ou das empresas concessionárias – a regulação estaria a ser exercida pelo próprio Estado, por órgão interno de sua estrutura administrativa, ainda que dotado de personalidade jurídica própria. O sentido da regulação e do exercício de poderes neutrais, pois, esvaír-se-ia.

Essa autonomia e o conseqüente exercício exclusivamente técnico do poder são pretendidos mediante a atribuição de uma personalidade jurídica própria, regime diferenciado de provimento de seus cargos diretivos, além de independência administrativa e financeira em relação ao poder central que lhe deu origem. Órgãos próximos dessa realidade já existiam no sistema jurídico brasileiro, tais como o Banco Central, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, os Tribunais de Contas e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Note-se que os Tribunais de Contas foram inseridos nessa listagem de órgãos que ostentam características similares às das agências reguladoras. Essa proximidade não passou despercebida a Justen Filho (2002, p.331), que, após afirmar que a configuração das agências e dos Tribunais de Contas é idêntica e de que esses últimos poderiam ter sido denominados como “agências”, salienta que

[...] a utilização da expressão agência visa a acentuar a consagração, em nível constitucional, de uma estrutura organizacional dotada de autonomia, visando a propiciar o desempenho de funções estatais com proteção contra influências políticas, econômicas e sociais, sem vínculo de subordinação hierárquica e com garantias contra o exercício das competências inerentes aos demais Poderes.

O que cumpre ressaltar é o caráter fundamental da autonomia em relação aos entes reguladores. Só há verdadeira regulação estatal onde autonomia houver. Como bem adverte Ariño Ortiz² (2004, p.642),

[...] para que a regulação possa cumprir as funções anteriormente expostas, é condição indispensável ao estabelecimento de um novo tipo de autoridade regulatória dotada de independência e estabilidade, cuja função consiste em assegurar o bom funcionamento do mercado nos setores privatizados.

Todavia, a razão que leva a doutrina a vislumbrar as autarquias em geral como dotadas de autonomia não é a mesma que conduz à conclusão de que as agências reguladoras são autônomas. No caso das autarquias, a autonomia visa implementar uma técnica de descentralização administrativa, mas o poder central retém, em relação àquelas, o poder de tutela. No caso das agências reguladoras, a autonomia surge como garantidora da neutralidade, do exercício de poderes normativos e decisórios com plena independência e equidistante de interesses, sejam do Estado, dos concessionários ou dos usuários. A atividade regulatória é exercida a bem do serviço público e não em função de uma política partidária ou de um desejo econômico-financeiro empresarial. A autonomia regulatória vai além, portanto, daquela autonomia histórica, genérica e comumente outorgada às autarquias, pois não se limita ao fato de as agências serem dotadas de personalidade jurídica própria. Isso é pouco e de todo insuficiente à pretendida neutralidade.

Há de se ter em mente, porém, que o fato de a autonomia ser inerente à atividade regulatória, isso não quer dizer que essa atividade goze de uma liberdade ampla e irrestrita, o que significaria uma espécie de carta branca ao anarquismo administrativo. À evidência, a atividade regulatória não escapa aos modos de controle da Administração Pública. Ao contrário, seu maior espectro democrático exige maior controle tanto interno como externo, além de absoluta transparência de seus atos. O que suscita dúvidas não é o controle em si, mas a extensão desse controle com relação à atividade-fim da agência reguladora: a prática de atos regulatórios. Mas, quais atos podem ser tidos como “regulatórios”?

É importante fixar quais são os atos produzidos por uma agência reguladora que possam ser caracterizados como regulatórios em sua essência. O ato administrativo que

² ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “*Para que la regulación pueda cumplir las funciones anteriormente expuestas, es condición indispensable el establecimiento de un nuevo tipo de autoridad reguladora, dotada de independencia y estabilidad, cuya función consiste en asegurar el buen funcionamiento del mercado en los sectores privatizados*”. Tradução livre.

promove um servidor de uma agência reguladora ou o que homologa o resultado de uma licitação para aquisição de veículos de serviço, por exemplo, são atos administrativos exercidos pela própria agência, com base em sua autonomia administrativa, mas não são atos regulatórios. Ato regulatório será aquele produzido em razão do exercício de uma função própria e exclusiva da agência, isto é, aquele destinado à consecução de sua atividade-fim. Mister, pois, serem fixadas as funções das agências reguladoras, ao menos as suas funções típicas, eis que a lei pode lhes ter atribuído funções estranhas à atividade regulatória.

4 As funções típicas e inerentes à verdadeira atividade regulatória.

O exercício de funções por um determinado órgão ou ente da Administração Pública pode ser visto, em síntese, como a concretização das competências que lhe são legalmente atribuídas. Podem se definir função como a “atividade típica de um órgão. Atividade que põe o órgão em movimento e que é a própria justificativa imediata desse órgão (atividade-fim, portanto)” (BRITTO, 2005, p. 67). Essa noção de atividade-fim é fundamental à análise dos limites do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas em relação às agências reguladoras, bem como para a fixação de suas competências, entendidas essas últimas como os meios constitucionais e legais a eles disponibilizados ao exercício daquela função de controle.

Todavia, analisando-se um feixe de atribuições legalmente previsto, é possível que a própria lei tenha designado funções impróprias para um determinado ente. Nessa acepção, observe-se que a atividade regulatória surge não em substituição a um sistema preexistente, mas sim dentro do próprio sistema, sendo possível, dada a inexperiência brasileira para com aquela atividade, que alguma atribuição até então exercida pelo Poder Central tenha sido, indevidamente, repassada ao ente regulador.

Na tentativa de buscar as funções ideais das agências reguladoras, MOTTA (2003, p. 100), após advertir que não irá discutir nenhuma inconstitucionalidade perante o Texto vigente, tem como fundamental “que uma agência reguladora de *tipo ideal* deve exercer, em simultâneo, as funções normativa, administrativa e jurisdicional, tudo para que possa, tecnicamente, bem regular um serviço público privatizado”.

Essa tríade de funções das agências reguladoras deveria ser uma espécie de ponto de partida para a discussão acerca do controle externo da atividade regulatória pelos Tribunais de Contas. Dúvida não há quanto ao fato de os atos oriundos do exercício da função administrativa serem passíveis de amplo controle externo pelas Cortes de Contas. A questão não é tão simples assim no que tange aos atos normativos e aos jurisdicionais, uma vez que são esses os que definem a razão de ser de uma agência e detêm a natureza regulatória.

Aragão (2003, p. 369) utiliza-se do vocábulo poder ao se referir a funções, mas não menciona, dentre eles, o administrativo. Mais específico, leciona que

as agências reguladoras independentes, baseadas nas diretrizes gerais fixadas em lei, exercem grande variedade de poderes: normativos, propriamente ditos e de natureza concreta; de solução de conflitos de interesses; investigativos; fomentadores; e de fiscalização, preventiva ou repressiva.

O problema é a simplória definição desses atos como discricionários e, a partir daí, conceber o seu controle quanto à eficiência por terceiros, teoricamente, menos preparados ao exercício da regulação de um determinado serviço público. Essa pretensão, em prevalecendo como entendimento jurídico, estará a desnaturar a atividade regulatória, eis que, como anteriormente demonstrado, trata-se de atividade distante do legicentrismo positivista e que melhor se situa no âmbito do Direito Econômico, merecendo, portanto, uma interpretação assim condizente e contextualizada.

Essa conclusão denota o caráter funcional da regulação. Mais do que produzir atos de composição de conflitos, normativos ou de fiscalização, a atividade regulatória tem um escopo permanente de amoldar a prestação do serviço público regulado a um determinado momento socioeconômico, cuja dinamicidade é indiscutível na atual sociedade da informação. Para tal fim, a regulação vale-se do Direito para fins de funcionalizar as suas normas perante um determinado e momentâneo contexto socioeconômico. Como tal, a atividade regulatória transcende ao Direito e sua lógica normativa, tem fortes traços econômicos, mas, adentra a um campo de subjetivismo ao valer-se, como não pode deixar de ser ao se falar em sua funcionalização, da Sociologia. Bobbio (2007, pp. 34 e 37) leciona que não se pode deixar a lógica estrutural do Direito e passar-se a uma lógica funcional sem que se busque uma contribuição inequívoca da Sociologia, dizendo que “nunca, tanto quanto hoje, a ciência jurídica sentiu a necessidade de estabelecer novos e mais estreitos contatos com as ciências

sociais”, e, mais adiante, assevera que o jurista “deverá sair do seu casulo” para que possa enfrentar o problema do Direito na sociedade.

A atividade regulatória é eminentemente jurídica porque regulada por lei, mas é, de forma vanguardista, a sede primeira da funcionalização do Direito e, portanto, conjuga não só a aplicação estruturada de normas e princípios jurídicos, mas, acima de tudo, conjuga-as com normas e diretrizes técnicas, com conceitos e princípios econômicos, bem como com análises sociológicas. Nesse sentido, “a regulação pode ser analisada dos pontos de vista da lei em termos de uma função, única perspectiva capaz de lhe assegurar uma coerência” (CALANDRI, 2008, p. 40).³

Para a consecução de sua funcionalização, o verdadeiro ato regulatório é multidisciplinar, transcende o jurídico, mas traz para o jurídico o conteúdo econômico, sociológico, antropológico e o tecnológico, entre outros possíveis. O ato regulatório tem, pois, uma gama de elementos científicos metajurídicos, que compõem a sua razão de ser e que têm de ser examinados por aqueles que se propuserem a aferir a razoabilidade, a proporcionalidade, a moralidade, a eficiência, a economicidade e a impessoalidade desse ato. O ato regulatório vai além de uma perspectiva da análise econômica do Direito ou de sua legalidade.

Essa natureza funcional da atividade regulatória aliada à sua pressuposta expertise superlativa – da agência em relação a outros entes e órgãos da Administração, do Legislativo e do Judiciário, ainda que admitissem um controle externo, estariam a recomendar uma enorme cautela do ente ou do órgão responsável pelo controle e o seu respeito prévio às decisões proferidas, como também estaria a exigir um controle maleável e permeável às normas técnicas e econômicas e aos aspectos socioculturais envolvidos e considerados. Ou seja, o próprio controle externo dos atos regulatórios haveria de ceder à funcionalização, não se podendo valer de suas técnicas habituais de auditoria operacional.

5 Os instrumentos de controle da atividade regulatória.

³ CALANDRI, Laurence. “La régulation peut être analysée du points de vue juridique sous l’angle d’une fonction, seule perspective capable de lui assurer une cohérence. Ce fondement principal implique logiquement l’identification d’un fondement complémentaire: la détermination de l’acte de regulation em tant que produit de la fonction.” Tradução livre.

A despeito de ser uma atividade totalmente diversa das demais desempenhadas pelos demais órgãos e entes da Administração Pública, a atividade regulatória é a que maior gama de controles recebe. Além de um controle interno que deve ser exercido por seu próprio órgão diretivo, seu órgão de controle financeiro e por sua ouvidoria, as agências sofrem um controle social ímpar, com audiências públicas, sessões públicas de julgamento e sua íntima relação com órgãos de defesa do consumidor. Como instrumento do Estado Democrático de Direito, não poderia ser diferente e não é outra a apreciação de Lehfeld (2007, p.291) sobre a questão:

em um Estado Democrático de Direito, a lei, resultado legítimo da vontade do povo, como primeira forma de controle formal social, não mais se mostra suficiente para atender às necessidades e aspirações da sociedade. Esse diálogo com o Estado deve ser ampliado, com a lapidação de outros canais de comunicação. A finalidade desse alargamento da articulação entre sociedade e Estado não se reduz à tutela dos direitos dos administrados, mas também na própria formulação de políticas públicas com ampla participação de vários segmentos sociais.

O controle externo a que as agências estão sujeitas advém dos órgãos do Ministério Público, pelos Tribunais de Contas e pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Todos esses controles, entretanto, são discutíveis e a doutrina debate acerca das suas limitações para que não incidam, amplamente, sobre o exercício da função regulatória.

Sem embargo dos demais controles, aquele exercido pelo Poder Judiciário merece breve exame por ser o que, em princípio, incide sobre toda e qualquer relação jurídica, sendo mesmo impossível o seu afastamento, conforme comando constitucional. No entanto, há dúvidas, inclusive, quanto à extensão desse controle. Ao examinar a jurisprudência norte-americana, Guerra (2005, p. 329) ao observar a judicial review norte-americana, observa que “resta claro que o Judiciário pode e deve pronunciar-se sobre a questão de fundo da decisão regulatória, respeitando, contudo, os juízos prospectivos técnicos dos agentes reguladores”. Tanto lá como cá, o problema de fundo é o mesmo, pois o Judiciário norte-americano detém poderes bastantes a mudar o inteiro teor da decisão administrativa, mas, aquele Judiciário houve por preservar os juízos prospectivos técnicos dentro do máximo possível.

Isto é, haveria uma espécie de critério de bom senso do órgão do Poder Judiciário, que não deveria sobrepor-se aos critérios técnicos considerados, ressalvados erros claros. Barroso (2002, p. 306) enuncia, de forma lapidar, que:

no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os da razoabilidade ou moralidade, já mencionados ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e dos subjetivismos.

Em síntese, o tribunal decidiu que o Judiciário deve ser deferente para com as decisões proferidas pelas agências reguladoras que o tenham sido feitas com base numa interpretação das normas e tenham chegado a um resultado possível e razoável. Isto é, se o procedimento administrativo obedeceu rigorosamente ao princípio do devido processo legal, assegurado o amplo direito de defesa das partes e se a decisão proferida não cometeu alguma espécie de erro crasso de direito material ou de avaliação técnica, não há por que se deva alterá-la em homenagem ao conhecimento técnico-científico ostentado por aquelas agências.

De outra parte, a mesma decisão tratou também, com acuidade, das soluções prolatadas pela agência que tenham decorrido não da aplicação de critérios técnico-científicos, mas da mera interpretação, ou seja, as que tomam por base e fundamento a vontade da lei, para o que as agências, a toda prova, não dispõem de expertise. Estas, por conseguinte, são de todo tangíveis ao Judiciário.

Os tribunais deveriam ser deferentes para com as agências reguladoras no pleno exercício de sua função regulatória. Porém, não o são quando se vêm diante da hipótese de decisões decorrentes de mera interpretação da lei, que sejam *plainly erroneous or inconsistent with the regulation*, conforme decidido no caso *Bowles v. Seminole Rock & San Co.* 325 US 410 (1945). Conclui Machado (2009, pp. 164-165), em longa abordagem, que

a jurisprudência do Tribunal Supremo considerou a relevância das decisões de caráter político, que identifica como aquelas que as agências determinam se uma regulação é necessária ou desejável e, em tal caso, que nível e forma de regulação é o apropriado. Por exemplo, quando a agência de meio ambiente decide o nível de poluição que se pode permitir aos emissores, está se adotando uma decisão política. Quando a mesma agência decide se tem autoridade para ocupar-se de um tema, por exemplo, a regulação da poluição por fumo de tabaco nos estabelecimentos, está adotando decisões de interpretação das normas. Sem embargo, quando decide o nível de ventilação que tem que ser requerido quando se permite fumar, retorna a uma decisão do tipo político. Quando se trata de uma *policy decision*, a jurisprudência

aplica o *arbitrary and capricious test*, que exige às agências que sua decisão esteja baseada na consideração de fatores relevantes, sem incorrer num erro claro de avaliação e utilizando um standard legal correto.⁴

O estudo dessas hipóteses de controle exercido pelo Judiciário é da maior importância ao tema do controle exercido pelos Tribunais de Contas. Apesar de sua fonte ser o direito comparado, os anos de experiência com a regulação em países como os Estados Unidos não devem ser desprezados pelas Cortes brasileiras, sejam judiciais sejam administrativas.

A existência de meios externos de controle, porém, não afasta a necessidade de a atividade regulatória dispor de instrumentos próprios de controle. Esse autocontrole, como ensina FAGUNDES (2005, p. 126),

tem por objetivo corrigir os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo, aperfeiçoando-o no interesse geral, e ensejar reparação a direitos ou interesses individuais, que possam ter sido denegados ou preteridos em consequência de erro ou omissão na aplicação da lei.

6 Controle pelos Tribunais de Contas e seus limites: a eficiência do ato administrativo regulatório é intangível? As razões das razões, o controle do controle ou a regulação da regulação.

O problema central desse debate não recai sobre o controle dos atos oriundos das atividades-meio das agências reguladoras. Esses atos importam em despesas públicas e, por conseguinte, estão sujeitos, segundo posição uníssona da doutrina, ao controle dos Tribunais de Contas. Contudo, os atos regulatórios, aqueles produzidos pelo exercício da verdadeira

⁴ MACHADO, Santiago Muñoz. “La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha planteado extensamente el problema de las decisiones de carácter político, que identifica como aquellas que las agencias determinan si una regulación es necesaria o deseable y en tal caso que nivel y forma de regulación es el apropiado. Por ejemplo, cuando la Agencia Del Medio Ambiente decide el nivel de polución que se puede permitir a los emisores está adoptando una decisión política. Cuando la misma Agencia decide si tiene autoridad para ocuparse de un tema, por ejemplo, la regulación de la polución por humo de tabaco em los establecimientos, está adoptando decisiones de interpretación de las normas. Sin embargo, cuando decide El nivel de ventilación que tiene que ser requerido cuando se permite fumar, está volviendo a una decisión de tipo político. Cuando se trata de una ‘policy decision’ la jurisprudencia aplica el ‘arbitrary and capricious test’, que exige a las agencias que su decisión este basada em la ‘consideración de factores relevantes’ sin incurrir em um claro error de valoración y utilizando um estándar legal correcto”. Tradução livre.

função regulatória, suscitam dúvidas que vêm sendo objeto de constante debate pela doutrina. Aragão (2003, p. 369) não titubeia em afirmar pela possibilidade de a Corte de Contas exercer o controle, inclusive, sobre as atividades-fim, podendo controlar “tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou mediadamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário”.

Em sentido contrário, Barroso proferiu parecer no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, analisando os limites do controle do Tribunal de Contas daquele Estado em relação à agência reguladora estadual. Em conclusão, assentou que

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. Por tais razões, a requisição de informações e documentos sobre matérias afeitas à legítima esfera de autonomia administrativa da ASEP-RJ tipifica comportamento sem lastro constitucional e legal.⁵

As conclusões são peremptórias e apresentam a interpretação de um dos maiores constitucionalistas do país sobre os limites das atribuições do Tribunal de Contas contidas no art. 70 da CF. Este dispositivo fixa a natureza da função fiscalizatória desse tribunal como sendo de ordem contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Além disso, estabelece os parâmetros que devem ser considerados pelo Tribunal de Contas no exercício dessas funções, quais sejam, legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

Na seqüência, o art. 71 da CF delimita as matérias próprias e pertinentes à fiscalização dos Tribunais de Contas, elencando-as em *numerus clausus*.

São esses dispositivos que devem ser objeto de interpretação e avaliação a fim de que se fixe a competência ou não dos Tribunais de Contas para a fiscalização das atividades fim das agências reguladoras, uma vez que dúvidas não recaem sobre a possibilidade de fazê-lo em relação às atividades meio. Em princípio, “não deve o Tribunal de Contas substituir as agências. Deverá, apenas, zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores para assegurar a adequada prestação de serviços públicos à população” (ZYMLER, 2002, p. 3).

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Parecer nº 05/98-LRB, do Gabinete do Procurador-Geral do Estado, exarado em 10/12/1998, nos autos do Processo administrativo nº E-14/35468/98.

Amaral (2008, pp. 77-78) postula na mesma linha de Luís Roberto Barroso. Referindo-se ao controle do Judiciário e dos Tribunais de Contas sobre os atos regulatórios, assevera que:

Estarão submetidas a controle jurisdicional, que deve aferir sua legitimidade, através de efetiva participação democrática e legalidade, mas não se pode pretender que o juiz possa realizar a opção técnica pelo regulador. A mesma limitação ocorre quanto ao controle exercido pelo Tribunal de Contas, cuja atribuição cinge-se ao exame da atividade reguladora que envolva dispêndio de recursos públicos, sendo-lhe vedado interferir sobre sua atividade-fim.

Em sentido próximo ao exposto, Rodrigues (2005, pp. 50-51), ao trabalhar o tema presente, assenta que:

ao proceder à fiscalização das atividades-fins das agências reguladoras, O Tribunal (de Contas) não pretende substituir-se aos órgãos que controla, pois o controlador se transmudaria em regulador; não pode estabelecer o conteúdo do ato regulatório, que vai ser editado pelo órgão competente, nem impor a adoção das medidas que considerar adequadas, salvo quando verificadas considerações de legalidade, erros, ou a omissão da autarquia em dar fiel cumprimento à lei.

O controle do Tribunal de Contas, assim, não incidiria sobre o processo regulatório em si, mas sobre a regularidade de seu trâmite, sua celeridade e a proficuidade de seu resultado em relação ao serviço público, verificando as possíveis falhas na regulação, sejam derivadas da ação ou omissão dos agentes reguladores, sejam decorrentes de atos ilícitos ou de abuso de poder ou que denunciem fiscalização ausente ou deficiente, que redundem em prejuízo ao Erário ou ao serviço público.

Souto (2000, p. 273) produziu vasta obra sobre regulação e Direito Econômico. A respeito do tema resumiu as atribuições dos Tribunais de contas perante as agências reguladoras:

Como parte integrante da Administração Pública, a agência reguladora fica sujeita aos termos do art. 70 da Constituição Federal, que submete as pessoas físicas e jurídicas gestoras de bens e recursos públicos ao controle financeiro interno e externo, prevendo-se, assim, a participação do Tribunal de Contas na apreciação dos valores apresentados.

Está posto, aí, o limite do controle externo de uma agência reguladora por um determinado Tribunal de Contas. Ou seja, é-lhe possível controlar aquela espécie de processo administrativo pertinente ao gerenciamento de recursos públicos, mas escapam à sua esfera competencial os procedimentos de natureza regulatória.

Não raro, inspeções extraordinárias são designadas por Tribunais de Contas em agências reguladoras, tendo por explícito escopo a verificação e o acompanhamento da execução de um determinado contrato de concessão. Talvez, a teor desse escopo delineado pelos Tribunais, possa se concluir que, a bem da verdade, a dúvida e o debate nascem do desconhecimento generalizado do que vem a ser a típica atividade regulatória.

As agências reguladoras não são parte no contrato de concessão. Em não sendo parte nos contratos de concessão, a execução desses contratos não compete às agências reguladoras. A função exercida por estas é regulatória da execução, isto é, a agência reguladora, assim como o próprio Tribunal de Contas, fiscaliza a execução do contrato de concessão, que compete às partes contratantes, ou seja, a execução contratual cabe ao Poder Concedente e à Concessionária.

O que distingue a atuação fiscalizatória de um Tribunal de Contas para uma agência reguladora é que, enquanto a desempenhada por um Tribunal de Contas tem por escopo os aspectos financeiros de gestão do dinheiro público e de cumprimento das obrigações estipuladas; a fiscalização desempenhada por uma Agência tem caráter regulador, isto é, enquanto a atuação dos Tribunais de Contas são regidas pelo direito administrativo e por normas de contabilidade pública; a atuação das agências reguladoras são pautadas em normas e princípios de Direito Econômico, que buscam conformar e adequar o serviço público concedido às necessidade dinâmico-flutuantes dos usuários/sociedade, ao contexto econômico e aos constantes avanços tecnológicos de cada um dos setores regulados. Registre-se que as agências reguladoras sequer exercem atividade de poder de polícia e, se o fazem, tanto se dá de forma esdrúxula, por imposição legal.

São, à evidência, atividades distintas. Ambas as instituições, embora desempenhem funções em relação ao contrato, não se confundem com as partes do contrato. Fica claro, pois, que, na medida em que uma dessas instituições pretenda fiscalizar a atividade-fim da outra estará excedendo-se em sua competência e pretendendo substituir aquela outra em suas atribuições finalísticas estabelecidas em lei.

No âmbito federal, é de se observar que, invariavelmente, as agências reguladoras recebem funções distintas das de natureza regulatória, como é o caso do poder de outorga que lhes é atribuído por lei. Tanto acaba por se constituir em mais um pomo da discórdia acerca do poder fiscalizatório do Tribunal de Contas da União. Não parece correto atribuírem-se às agências funções concernentes a realização de licitações para a delegação dos serviços por elas próprias regulados. O equívoco reside nessa atribuição. Todavia, se tanto é estabelecido em lei, tal como o fazem o inciso II do art. 3º, da Lei nº 9.427/96 (ANEEL); e o inciso VI do art. 3º, do Decreto federal nº 4.130/02, o controle desses atos de outorga pelos Tribunais de Contas, ainda que praticados por agências reguladoras, é inexorável, eis que não têm natureza regulatória propriamente dita.

7 Conclusões.

É sob essa óptica de funções típicas que o problema precisa ser visto, observado e equacionado: o Tribunal de Contas não pode seja substituir as agências na regulação seja pretender funcionar como o regulador da regulação. Se essa espécie de fiscalização fosse possível à Corte de Contas, essas seriam uma espécie de órgão onisciente, capaz de avaliar todas as atividades-fim dos diversos órgãos e Poderes do Estado.

Assim, admitir-se tal fiscalização da atividade-fim de uma agência reguladora em seu âmago, seria o mesmo que se admitir a um Tribunal de Contas fiscalizar e questionar, *v. g.*: (i) a interposição de um recurso ou não por uma Procuradoria Geral de ente público ou sua opção por determinada linha de defesa; (ii) a oferta ou não de um libelo pelo Ministério Público; (iii) a regulamentação de determinado tema por lei por órgão do Poder Legislativo, bem como os procedimentos que adotou em algum processo legislativo; ou, ainda, (iv) a discricionariedade de um Chefe do Executivo na organização do exercício cotidiano de suas funções administrativas.

Vê-se, pelos exemplos acima consignados, que se forem admitidos como tangíveis à ampla e irrestrita fiscalização do Tribunal de Contas os atos de natureza regulatória de uma agência reguladora, será o mesmo que se declarar como inexistente ou inútil a própria agência, pois a autonomia das agências em relação ao exercício da função regulatória há de ser absoluta e é inerente às suas próprias existência e razão de ser. A intangibilidade dos atos

regulatórios oriundos do exercício do poder neutral, em relação ao controle externo administrativo de uma agência reguladora, é pressuposto garantidor do princípio democrático do Estado de Direito e da independência e harmonia dos Poderes, afigurando-se, também, como impeditivo para a desnaturação da agência. Essa intangibilidade, porém, não é absoluta. O controle desses atos deve ater-se a limites preestabelecidos e dar-se, somente, em razão de indícios de erros procedimentais que violem o devido processo legal ou em virtude de algum erro crasso de ordem técnica.

A grande questão é a da fixação desses limites. Quanto aos meios de controle da atividade do Estado, é correto afirmar-se que a atuação de cada um não pode ser pautada de molde a “substituir a atuação regulatória da Administração Pública, da mesma forma que nenhum ato da Administração Pública deve estar voltado a furtar-se da necessária sindicabilidade de seus meios e fins” (FRANÇA, 2011, p. 246). De questionar-se, talvez, a aposição das agências reguladoras no âmbito da Administração Pública, mas, tanto, não pode ser observado por outro prisma, ao menos até que a atividade de controle seja erigida à competência de uma autoridade independente constitucional, como visto anteriormente. São paradoxos que dificultam a solução de alguns problemas em relação às agências, especialmente em suas relações para com outros entes públicos.

Nesse aspecto, as reflexões do Poder Judiciário norte-americano parecem, aqui, mais uma vez aplicáveis e deveriam ser tidas como referenciais pelos Tribunais de Contas pátrios no controle dos atos das agências reguladoras. Comedimento e autocontenção na fiscalização de suas atividades-fim são fundamentais para a fixação de parâmetros legítimos de controle em relação às agências reguladoras.

Embora a proposta de comedimento e de autocontenção seja por demais razoável, não é essa a conclusão, por exemplo, do Tribunal de Contas da União, que busca aprimoramento com vistas a uma fiscalização mais consentânea dos atos regulatórios. No trabalho já citado anteriormente sobre o controle das agências reguladoras, concluíram os membros do TCU, Gomes, Coutinho e Wanderley (2008, p. 5):

A diversidade e a complexidade da nova realidade levaram o Tribunal de Contas da União a acompanhar a correção, a legalidade e a economicidade dos processos de privatização e de outorga de serviços públicos, bem assim a fiscalizar a correta execução dos contratos de concessão e a própria atuação das entidades reguladoras, o que tornou evidente a necessidade de alto nível

de especialização técnica das equipes e de especial esforço na capacitação de pessoas.

Resta claro que a Corte de Contas reconhece a mutação e a complexidade das funções regulatórias, bem assim a sua especialização. Todavia, nesse ânimo de controle indiscriminado das funções agenciais, outra instituição apta ao exercício de controle deve evitar a pretensão de ser a razão da razão, substituindo ou mesmo tentando equiparar-se em expertise ao regulador. O momento sugere o comedimento das inúmeras e preponderantes posições doutrinárias no sentido de que o controle das agências reguladoras pelos Tribunais de Contas é restrito aos atos que importem despesas ao Erário, escapando a esse controle os atos de índole regulatória típica.

O que parece não ser percebido pelos estudiosos do tema do controle de atos regulatórios é a sua proximidade com as atividades desempenhadas pelos Tribunais de Contas. Por coerência, em nome da pretendida neutralidade normativa e decisória, a atividade regulatória típica não envolve seja a realização de procedimentos licitatórios referentes aos serviços delegados, a outorga desses serviços nem atos de execução contratual. Se leis federais atribuem às agências o exercício de tais funções, fazem-no de forma espúria e esdrúxula. Tais funções impendem controle pelos Tribunais de Contas, mas não é o fato de serem exercidas por reguladores que as conferem natureza regulatória. Ao contrário, a atividade é de natureza regulatória típica quando exercida com neutralidade, sem que a agência figure na defesa do interesse de uma das partes do contrato e sem que com esta se confunda; essa atividade regulatória típica é uma atividade de controle externo realizada pela agência em relação ao Poder Concedente, às empresas prestadoras dos serviços delegados e da prestação do serviço em si. A atividade regulatória é uma atividade de controle, o que significa dizer que, na medida em que é objeto de controle, poder-se-ia concluir que haveria no Estado um instrumento de controle do controle, ou seja, um excesso e um conflito de competências.

Existe um equívoco visto como verdade, que é o de corresponder a atividade regulatória à atividade extraída apenas do seio do Executivo, condenando-as a serem observadas como eternamente vinculadas àquele Poder, tal como já se sucedeu com o próprio Tribunal de Contas em relação ao Poder Legislativo, do qual era visto como órgão auxiliar. A consolidação e a estagnação desse raciocínio têm sua origem em decisões proferidas no Conselho Constitucional de França, que, preocupado com as funções de soberania que vinham

sendo atribuídas às denominadas *autoridades administrativas independentes*, enquadrando-as no sistema administrativo francês, subtraindo-lhes poderes fundamentais na medida em que as vinculou ao Executivo, limitou seu poder normativo às normas editadas pelo Legislativo e considerou seus julgados como passíveis de revisão pelo Judiciário. Tanto decorreu, consigna Cassese (2010, p. 35), da aceitação de um “dogma de que tudo que não é jurisdição e legislação é administração. Um equívoco que se encontra refletido na própria expressão, de origem francesa, ‘autoridades administrativas independentes’”. Tanto vulnera a autonomia e a independência dessas autoridades e retarda o reconhecimento de sua natureza constitucional, à qual tende a ser erigida para o efetivo exercício autônomo e neutral de suas funções.

A questão da possibilidade ou não de os Tribunais de Contas controlarem os atos das agências reguladoras há de ser respondida com a parcimônia e a cautela de um *depende*. No curso deste ensaio, foi utilizada, propositalmente, a expressão “atividade regulatória” e não a designação genérica do ente “agência reguladora”, uma vez que essa miríade de funções atribuídas por leis federais e estaduais às suas agências reguladoras, respectivamente, sempre contemplam funções diversas e estranhas à atividade regulatória, como visto nos exemplos anteriormente mencionados. A atividade regulatória, remarque-se, não se confunde com a atividade de realizar uma licitação, a de executar um contrato de concessão ou a de administração do pessoal da própria instituição reguladora. A atividade regulatória é aquela que envolve o exercício de função neutral. Delineadas por Moreira Neto (2011, p. 51), essas funções neutras são as

que conformam funções estatais de controle em geral, desempenhadas exclusivamente por agentes políticos partidariamente descomprometidos, que devem atuar em áreas constitucionalmente definidas, em que seja necessária uma aplicação, político-partidariamente neutra, de conhecimentos técnicos e jurídicos específicos, necessários para a satisfação de demandantes requisitos da aplicação da juridicidade.

A função neutral, além de ser inerente às agências reguladoras no exercício da atividade regulatória – que vai além da função administrativa e compreende, também, a jurisdicional e a normativa – é própria das instituições que exercem “*controle*”. Nesta acepção, por um silogismo básico, pode-se concluir que a (i) atividade regulatória é uma atividade de controle da execução de um contrato administrativo; (ii) que só há atividade

regulatória típica onde houver poder neutral; (iii) a atividade regulatória não pode ser classificada como atividade vinculada ao Executivo, abrangendo, além de parcela de função administrativa, funções normativas e jurisdicionais; e, (iv) a atividade regulatória transcende o jurídico e dá origem a atos de sofisticada expertise que fundem o econômico, o social, o tecnológico, o antropológico, enfim, outras ciências. Outra conclusão não se apresenta como lógica, senão a de excluir a atividade regulatória do alcance de alguma outra atividade de controle que lhe é estranha, o qual deve respeitar os juízos prospectivos técnicos, sociais e econômicos daqueles incumbidos de exercer a regulação. Os Tribunais de Contas devem, em relação às Agências Reguladoras e no que tange ao controle dos atos regulatórios, proceder com autoconhecimento, aplicando o *arbitrary and capricious test*, que, como visto precedentemente, exige às agências que sua decisão esteja baseada na consideração de fatores relevantes, sem incorrer num erro claro de avaliação e utilizando um standard legal correto ressalvadas as hipóteses em que se verifique

Considerada como atividade de controle, a atividade regulatória tende a obter assento constitucional, mas já está a merecer dos Tribunais de Contas uma reciprocidade de tratamento. Quer-se dizer que a óptica correta da observação de uma instituição para outra (Agência Reguladora / Tribunal de Contas) é aquela de instituições em rede e não a de instituições hierarquizadas. Em tese, uma agência reguladora poderia cobrar que o Tribunal de Contas adotasse providências para que o Executivo, na qualidade de Poder Concedente de um serviço público, por exemplo, cumprisse determinações suas acerca de um contrato de concessão. O tema em análise, sob essa perspectiva invertida ainda não foi examinado pela doutrina, mas seria possível que uma situação desse tipo se apresentasse em concreto.

De toda a sorte, de uma ou de outra forma, em nada contribui para a solução do problema a busca por arrazoados que traga a preponderância de uma sobre outra instituição. Isso afrontaria a perspectiva de uma estrutura de organização estatal em rede, tal como propusemos.

Embora tenha analisado essa questão sob outro prisma, Moraes (2007, p. 249) concita os titulares do controle externo a encontrar “novos instrumentos de verificação” diante dessa plêiade de mudanças e evoluções por que passa o Direito Público. Ou seja, de uma forma geral, os instrumentos de controle não são mais os adequados ou suficientes ao atendimento dessa nova estrutura organizacional que se pretende à Administração Pública. No mínimo, se uma fiscalização é exercida sobre os atos regulatórios, que seja realizada com a cautela acima

recomendada e adotada pelos tribunais norte-americanos, bem como sejam encontrados instrumentos capazes e aptos a avaliar os atos regulatórios em suas complexidades jurídicas, técnicas e socioeconômicas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Alexandre da Silva. Princípios Estruturantes das Agências Reguladoras e os Mecanismos de Controle, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Forense: 2003.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público econômico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Granada: Comares editorial, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In revista de Direito Administrativo, n. 229, Rio de Janeiro: FGV, jul./set. 2002.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Barueri – SP, Manole: 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais, Org. Alfredo José de Souza et al. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CALANDRI, Laurence. Recherche sur la notion de regulation en droit administrative français. Paris: L.G.D.J., 2008.

CASSESE, Sabino. A crise do Estado. Campinas: Saberes Editora, 2010.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. In **CARBONELL**, Miguel (Coord.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Atualizado por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAZ, Roberto. A macrológica do direito econômico. In Revista de Direito Mercantil n. 142.

FRANÇA, Phillip Gil. O controle da Administração Pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Marcelo Barros; **COUTINHO**, Maria do Amparo; e, **WANDERLEY**, Maurício de Albuquerque. 10 anos de controle externo da regulação de serviços públicos, in Regulação de serviços públicos e controle externo / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 16.

GUERRA, Sérgio. Controle judicial dos atos regulatórios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

LEHFELD, Lucas de Souza. Controle das agências reguladoras. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro Ed., 1985.

MACHADO, Santiago Muñoz. Derecho de la regulación: fundamentos e Instrumentos jurídicos de la regulación económica. Madrid: Iustel, 2009.

MORAES, Antônio Carlos Flores de. Legalidade, eficiência e controle da Administração Pública. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.

_____. Poder, Direito e Estado. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

_____. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais, Org. Alfredo José de Souza *et al.* Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências reguladoras. Barueri: Atlas, São Paulo, 2003.

RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: FGV Ed. Direito, jul/set 2005, v. 241.

SOUSA, Alfredo José de. O Tribunal de Contas de Portugal na actualidade. *In* O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais, Org. Alfredo José de Souza et al. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villella. Desestatização, privatização, concessões e terceirizações, 2000,Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro.

ZYMLER, Benjamim. O Papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. *In* Revista Fórum Administrativo, nº 11, 2002.