# Opinião: Decisão do TCU consagra "indeferencia" à regulação

Em 25 de julho, o Tribunal de Contas da União, ao analisar controvertidas questões do setor portuário (dentre as quais a possibilidade de cobrança do *Terminal Handling Charge* 2 – THC2), deixou assentado, por intermédio do Acórdão 1.704/2018-Plenário, o entendimento de que é "possível a expedição de determinação pelo TCU para a correção de ato normativo elaborado por agência reguladora quando verificada ineficácia nas ações de regulação ou omissão no tratamento concedido à matéria sob sua tutela, sem que isso caracterize intromissão na autonomia funcional da agência".

À margem da questão de mérito debatida no bojo da referida auditoria operacional, não se trata de entendimento novidadeiro. Para fundamentar tal intervenção, os tribunais de contas têm se valido, ao menos, dos argumentos de que: (i) a Constituição de 1988, diferentemente das anteriores, em seu artigo 70, *caput*, lhes atribui a competência para a realização de "auditoria operacional", a qual legitimaria tal espécie de intervenção[1]; (ii) na atuação finalística das agências reguladoras, sempre haveria repercussão sobre o erário, o que submeteria os atos dessas entidades ao controle externo[2].

Temos que tal entendimento não se sustenta. A uma, na medida em que as competências dos tribunais de contas, de acordo com a Constituição, dizem respeito à expedição de atos de correção de ilegalidades e de sustação de atos administrativos, ambas relacionadas à *atuação financeira* dos órgãos e das entidades do poder público (artigo 71, IX e X, da CRFB). Por essa razão, as cortes de contas não poderiam se imiscuir em decisões de entidades públicas para além desse aspecto. Tanto assim é que, quando a carta constitucional quis conferir tal competência a determinada entidade, o fez expressamente, a exemplo do que se passa com o Conselho Nacional de Justiça, que tem a competência para rever as decisões dos órgãos sujeitos à sua jurisdição[3].

A duas, por que a independência se constitui como uma nota característica inerente à definição das agências reguladoras, de acordo com a qual se interdita que outras entidades substituam suas decisões finalísticas. Mais que isso, os controladores devem deferência às suas decisões, considerando a capacidade institucional de que dispõe tais entidades para equilibrar os interesses enredados em subsistemas jurídicos[4], como se extrai do multicitado precedente da Suprema Corte norte-americana Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 US 837 (1984) — recentemente revisitado pelo precedente Arlington et al. vs. FCC (133 S. Ct. 1863 (2013). Cuida-se de precedente que se mostra, plenamente, aplicável ao Direito brasileiro, uma vez que, de acordo com arquitetura das competências institucionais trazidas pela Constituição, não é conferida ao tribunal de contas a função de revisor dos atos da administração pública[5], sob pena de se violar o adágio da separação dos poderes (prevista no artigo 2º da CRFB).

Quando o legislador confere a uma agência a prerrogativa de normatizar um aspecto ou segmento da economia, dando-lhe capacidade normativa de segundo grau, suprimindo mesmo nesta matéria a competência regulamentar geral conferida ao chefe do Executivo, o faz no exercício do poder de legislar e confere à agência uma autorização para exercer poder que lhe é próprio. E o faz criando uma reserva de regulação que, consoante decidiu recentemente o STF, interdita até mesmo o poder de legislar (na ADI 5.501-DF, na qual se apreciou a constitucionalidade da liberação da "pílula contra o câncer"). Da mesma forma que o TCU não pode sindicar constitucionalidade ou adequação de lei em sentido estrito,


2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

não tem competência para expedir comando vinculante ao regulador para desfazer ou refazer ato normativo. A se aceitar a exorbitância de competência ensaiada pela corte de contas, logo se dirá possível que o TCU edite comando em face de norma regimental de tribunal, parecer normativo da AGU ou até decisão jurisdicional, arbitral ou judiciária. Uma aberração.

Para além de tal inconstitucionalidade, o Acórdão 1.704/2018-Plenário, ao suprimir a independência da Antaq, incorre em manifesta ilegalidade. Primeiro, porquanto o artigo 21, parágrafo 2º, da Lei 10.233/2001 confere a tal agência reguladora um regime jurídico autárquico caracterizado "pela independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes" (grifamos). Segundo, por que vai de encontro ao disposto no artigo 2°, V, da Lei 13.334/2016, que cria o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), de acordo com o qual tal programa tem como um de seus principais objetivos "o fortalecimento do papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação". E, terceiro, por que o argumento de que a competência para realizar "auditorias operacionais" teria, *per se*, conferido aos tribunais de contas a prerrogativa de rever as decisões de agências reguladoras é violador do artigo 20 da Lei 13.655/2018 (que alterou a LINDB), de acordo com o qual, "nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão". É que tal decisão não explicitou as consequências práticas da substituição do juízo do controlador pelo juízo do regulador; quais serão os efeitos prospectivos de as decisões dos reguladores serem sempre provisionais; quais os efeitos econômicos para o setor regulado da insegurança jurídica produzida pela perda da independência do seu regulador.

Em resumo, o Acórdão 1.704/2018-Plenário consagra um "ativismo" do controle externo, uma "indeferencia" à regulação, que não encontra mais amparo no ordenamento jurídico e só incrementa a insegurança jurídica.

[1] RODRIGUES, Walton Alencar. *O controle da regulação no Brasil*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 7, n. 33, p. 345-358, 2005. p. 346.
[2] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 340-341.
[3] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *O Tribunal de Contas da União e a regulação* . Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, v. 14, n. 159, p. 32-37, mar. 2015.
[4] No mesmo sentido, V. MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras: em busca de alguns standards possíveis. *Revista de Direito Público da Economia* – RDPE, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 147-164, abr./jun. 2012.
[5] Como defendido em Floriano de Azevedo e PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Juridicidade e Controle dos Acordos Regulatórios*: O Caso TAC ANATEL (no prelo).

**Date Created**
17/08/2018


2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.