

O CONTROLE DA REGULAÇÃO NO BRASIL

WALTON ALENCAR RODRIGUES*

*I — Introdução; II — A Atuação do TCU no Controle da Regulação;
III — Considerações finais; Referências bibliográficas*

I — Introdução

O controle das agências reguladoras no Brasil continua objeto de debates que refletem as diferentes concepções dessas entidades e de suas competências legais. Os temas em discussão centram-se usualmente na independência ou autonomia conferida por lei às agências e na existência ou não da chamada “discrecionabilidade técnica”.

O Tribunal de Contas da União já teve oportunidades de amplamente debater e desenvolver o tema¹. Como linha de decidir, parte do pressuposto de que a autonomia administrativa, conferida por lei, é absolutamente indissociável do exercício do controle. Entende que não pode haver, no regime democrático e republicano, delegação de poderes, sem a obrigatória prestação de contas do uso das faculdades outorgadas², dentro de quadro moderno, pintado com as cores da legalidade, legitimidade e economicidade.

* Ministro do Tribunal de Contas da União.

1 Vide “O TCU e o controle das agências reguladoras”, palestra proferida no Seminário “O Controle das Agências Reguladoras”, TCU, 2003. Vide, também, “O Papel do Tribunal de Contas da União no Controle das Agências Reguladoras”, palestra proferida pelo Ministro Benjamin Zymler, no Seminário “O Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos” promovido pelo TCU em 2001.

2 A literatura estrangeira, na área da Administração Pública e da ciência política, emprega com frequência o termo “*accountability*”, ao tratar da problemática da responsabilização e da prestação de contas. Sem correspondência direta com os termos tecnicamente jurídicos, a “*accountability*” deve ser entendida como a obrigação de responder pelo uso de atribuição ou poder delegado. Corresponde à prestação de contas, em sentido lato.

Sem adentrar na esfera das classificações, outorgada pela doutrina, a respeito do controle da Administração Pública, os mecanismos por ele manejados visam a impor à Administração a atuação de acordo com os princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, a exemplo dos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, legitimidade e outros que demandam, em alguma medida, o exame do mérito da atuação administrativa.

Nesse mister, a atuação do TCU tem especial respaldo constitucional, pois exercita o controle externo, cujo titular é o Congresso Nacional, competindo-lhe efetuar, com absoluta autonomia, por iniciativa própria ou em razão de demanda parlamentar, fiscalizações de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial na União e em todas as entidades da administração direta e indireta, com foco específico na legalidade, legitimidade e economicidade dos atos praticados.

A incorporação na Constituição Federal do princípio da eficiência, pela Emenda nº 19/98, determinou, ao mesmo tempo, sensível mudança do paradigma de atuação da Administração Pública e marcante alteração do foco do Controle Externo. Os Tribunais de Contas já não se podem omitir quanto à fiscalização da eficiência da ação estatal, uma vez que esta foi incluída, pelo constituinte derivado, como vetor principiológico orientador de toda a legalidade administrativa.

A partir da criação das agências, com a natureza jurídica de autarquias especiais, para o exercício da função reguladora do Estado, surgiu questão nova: ante as particularidades da atuação de entidade reguladora, diante dessa nova concepção de Estado e forma de buscar a realização das finalidades públicas, quais seriam os limites e as possibilidades da ação fiscalizadora do Controle Externo exercido por meio dos Tribunais de Contas?

Ora, os entes reguladores foram concebidos, com ampla independência, como o mecanismo por excelência de proteção contra o oportunismo de interesses eleitorais e contra o abuso do poder econômico. É incontroverso, contudo, o risco de que tais entidades pautem a sua atuação por interesses outros que não as finalidades expressamente previstas em lei. Natural, portanto, a relação de controles, expressos e implícitos, para restringir comportamentos arbitrários e caprichosos do ente regulador, aliás inerentes a toda a atividade humana.

De qualquer modo, deve-se sempre ter em mente o caráter instrumental do Direito Administrativo, em razão do que a autonomia ou independência atribuída por lei às agências deve ser compreendida não como fim em si mesmo, mas como instrumento para a consecução de interesses públicos altaneiros, previstos na lei, que o legislador buscou assegurar.

De fato, a Administração não pode respaldar resultados contrários aos fins albergados pela legislação. A decisão regulatória, de que resulte situação diversa da pretendida pela lei, não pode ser tida como legítima. Da mesma forma, o meio ou instrumento adotado pelo regulador há de ser idôneo e necessário ao implemento dos fins constitucionais e legais do serviço público. A eleição de meio inadequado, inútil, ou custoso, para a consecução dos objetivos fixados em lei, há de ser vista como ilegítima, sendo, portanto, passível de correção.

Nesse contexto, insere-se a atuação do Controle Externo no processo regulatório. Busca identificar as falhas e as oportunidades de melhoria de procedimentos, evi-

tando que a entidade reguladora se desgarre das fronteiras, impostas pela lei, que lhe marcam o legítimo âmbito de atuação, tomando decisões tecnicamente inconsistentes e questionáveis, não direcionadas ao implemento da finalidade legal, ou resultantes da “captura”³ do ente regulador por interesses das entidades reguladas.

Para alcançar esse resultado, a atuação do órgão de controle não pode obviamente restringir-se à análise de conformidade e de legalidade de procedimentos e atos administrativos.

A demanda social em favor da atuação do Tribunal de Contas da União, na seara do controle da atuação das agências reguladoras, tem sido cada vez maior. O Congresso Nacional tem solicitado a realização de auditorias, relacionadas com os mais diversos aspectos da atuação prática dessas entidades. E não são raras as solicitações dos próprios atores envolvidos no processo de regulação, aí incluídos os prestadores de serviços, os licitantes interessados, o Poder Executivo⁴ e, por vezes, até mesmo, o próprio órgão regulador, a recusar-se a cumprir suas atribuições sem o prévio *placet* do TCU⁵.

No tocante à área-meio das entidades reguladoras, não há dúvida quanto à competência dos Tribunais de Contas para fiscalizá-la. Isto nem sempre ocorreu, todavia. As primeiras auditorias realizadas pelo TCU foram tachadas de impertinentes e inconstitucionais, sendo tidas por alguns como clássico exemplo de indevida ingerência do TCU nessas entidades. Chegou-se a alegar a imunidade dessas entidades ao controle, em razão da autonomia e da independência que, supostamente, estava a conferir-lhes a lei.

Exemplo perfeito do equivocado da concepção inicial, a respeito dos entes reguladores, pode ser encontrado, dentre outros, nas Prestações de Contas da Agência Nacional de Telecomunicações — Anatel, referentes aos exercícios de 1997, 1998

3 “Captura” é o termo técnico empregado para retratar a específica realidade de a agência passar a ser composta por entes vinculados aos setores que ela deveria supostamente regular, implicando, por conseqüência, a paralisação do cumprimento das suas atribuições de regulação. É um dos perigos decorrentes da ausência de burocracia estável, com a maioria dos cargos de mando sendo trocados a cada alteração governamental ou a cada mudança de paradigma de suporte político.

4 Por exemplo, o TC-005.302/2003-9 — Consulta formulada pelo Ministro das Comunicações, a respeito da aplicação dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações — Fust, de que resultou o Acórdão 1107/2003-TCU-Plenário. Merece registro o comentário de Alexandre Ditzel Faraco, ao tratar da atuação do TCU, em relação à aplicação dos recursos do Fust: “*O impasse jurídico que se criou em torno do Fust foi objeto de análise pelo TCU (...). O papel do TCU, nesse contexto, pode até ser visto como inesperado, pois não se cogitava do órgão como uma instância a influenciar a regulação setorial. Todavia, no exercício de sua competência de fiscalização do dispêndio de recursos públicos e da atividade administrativa, o TCU acabou por adquirir uma influência também nessa seara*”. (FARACO, Alexandre Ditzel. “*Concorrência e Universalização nas Telecomunicações: Evoluções Recentes no Direito Brasileiro*”, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, 8, out./dez. 2004, p.19).

5 Vide o TC-003.995/2004-0 – Consulta formulada pelo Ministério de Minas e Energia, a respeito da possibilidade de prorrogação de contratos de concessão de exploração de petróleo firmados entre a Agência Nacional de Petróleo — ANP e a Petrobras (Acórdãos 934/2004 e 935/2004, ambos do Plenário).

e 1999, em que a entidade, para justificar a violação de várias leis e decretos, afirmou expressamente que a independência, assegurada na sua lei de criação, tornava-a desvinculada das normas advindas de outras entidades públicas, salvo no caso da explícita aceitação dessas regras pela própria agência fiscalizada (TC 004.266/1998-6, TC 007.026/1999-4 e TC 008.249/2000-9)⁶. Vários argumentos desse naipe foram levados a debate no Poder Judiciário, dele não obtendo suporte.

Evidentemente, tais teses não poderiam prosperar, seja em razão da expressa competência atribuída ao TCU pela Constituição Federal e pela legislação ordinária e complementar, seja por não ser possível conceber atividade estatal relevante, ou não, à margem do direito e da fiscalização.

A existência de normas e controles sobre as agências reguladoras em nada lhes afeta a independência ou neutralidade necessária para o adequado desempenho de suas finalidades legais. A autonomia e a competência das entidades de regulação foram asseguradas em acórdãos do Supremo Tribunal Federal, da lavra dos Ministros Octávio Gallotti e Sepúlveda Pertence, em diversas Adins, atinentes à Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul — Agergs⁷.

Diversa é, todavia, a questão da atuação dos Tribunais de Contas na fiscalização e controle de atividades finalísticas das agências reguladoras — tema ainda não pacificado na doutrina — em especial, a questão da possibilidade de o TCU expedir determinações às agências, tendo em vista questões de índole nitidamente regulatória.

Cumprir citar, por oportuno, o MS 23.761-DF, em que se alegou, no E.STF, a incompetência do TCU para fiscalizar serviço concedido, para interferir na execução do contrato de concessão e para atuar em lugar do órgão regulador. Argüiu-se, ainda, que, por não se tratar de ato relacionado à despesa, o ato da entidade estatal não estaria sujeito à jurisdição do TCU. O Relator do feito, Ministro Sepúlveda Pertence, ao indeferir a cautelar, entendeu não ser possível afastar a competência do TCU para o controle de legalidade do ato questionado, bem como vislumbrou “objeções de peso” à procedência da tese. Posteriormente, em vista disso, a concessionária desistiu da causa, afastando o exame do mérito da controvérsia.

Os limites da competência do Controle Externo em relação à atividade fim das entidades de regulação é tema em evolução, tendo sido objeto de debates e discussões importantes para a própria construção jurisprudencial do TCU.

No Brasil, a regulação dos serviços públicos, por entidades independentes, encontrou seu maior defensor no próprio Tribunal de Contas, na figura do Ministro Alfredo de Vilhena Valladão, cuja privilegiada inteligência lhe permitiu contribuir

6 Disponível em <http://www.tcu.gov.br>.

7 As competências da agência para a fixação de tarifas e homologação de editais de licitação e contratos de concessão foram reconhecidas no julgamento cautelar da Adin nº 2095-0, relatada pelo Min. Octávio Gallotti; a autonomia, no julgamento de liminar da Adin nº 1949-0, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

para a modernização da atuação do Tribunal⁸ e, a convite do presidente Afonso Pena, elaborar, em 1907, a minuta do Código das Águas⁹ que, todavia, não chegou a ser apreciada pelo Congresso Nacional.

Nomeado por Getúlio Vargas¹⁰, para integrar Subcomissão voltada à atualização do anteprojeto do Código de Águas, Alfredo Valladão modernizou sua concepção inicial e elaborou o regime regulatório para tratar do uso da “força hidráulica das águas” para a geração de energia elétrica. Ao finalizar o anteprojeto, em 1933, o Ministro Valladão havia dedicado grandes esforços para justificar a adoção do modelo de regulação do setor elétrico similar ao americano, ou seja, a regulamentação dos serviços de utilidade pública, por comissão administrativa independente, que denominava “Comissões de Serviços de Utilidade Pública”¹¹.

Ante o ineditismo da solução, a proposta de criação dessas comissões não foi acolhida, e o Código de Águas, instituído pelo Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934, deixou a regulação do setor de energia elétrica a cargo do Serviço de Águas do Departamento Nacional da Produção Mineral do Ministério da Agricultura.

Foram, assim, outros 63 anos necessários para que a visão do Ministro Valladão prevalecesse, com a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica — Aneel, por meio da Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

II — A Atuação do TCU no Controle da Regulação

Assente a competência constitucional do TCU de realizar auditorias e inspeções, de natureza operacional, e aferir a obediência ao princípio constitucional da eficiência, bem como a legitimidade da ação estatal, não poderia prescindir a Corte de Contas de fiscalizar a ponta de lança final da atuação das agências reguladoras, os contratos de concessão, os de permissão e os atos de autorização, para a prestação de serviços públicos. Os prestadores de tais serviços gerem bens e direitos públicos — e.g. rodovias, portos etc. — ou de natureza semelhante, como os bens reversíveis, afetados à prestação do serviço público e, em última análise, respondem pelo próprio serviço delegado, pertencente à União, titular de tais prestações.

Como exemplo de atuações relevantes do TCU, cita-se a recente auditoria operacional, incidente sobre a gestão do encargo tarifário “*Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados — CCC-ISOL*”¹², consistente em sub-

8 Para maior aprofundamento da contribuição de Alfredo Valladão nas inovações atinentes à atuação do Tribunal de Contas da União, ver a monografia “O Tribunal de Contas da União na História do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890 – 1998)”, de Artur Adolfo Cotias e Silva, vencedora do Prêmio Serzedello Corrêa em 1998.

9 Bases para o Código das Águas da República (1907).

10 Decreto 19.684, de 10 de fevereiro de 1931.

11 Ver “Exposição de motivos do anteprojeto do Código de Águas de 1934”. Brasília. DNAEE, 1980.

12 TC-013.237/2004-1.

sídios empregados nas Regiões Norte e Nordeste. O gigantesco montante de recursos envolvidos decorre do percentual de três a sete por cento das contas de energia elétrica pago por todos os usuários do sistema. O TCU apurou a inexistência de mecanismos de controle da regularidade dos gastos; o patente conflito de interesse na atuação da Eletrobras, ora como gestora da CCC, ora como destinatária de 49% desses mesmos recursos, por meio de sua subsidiária Manaus Energia S/A; a ausência da elaboração da regulamentação exigida por lei; o problemático e injusto repasse integral das perdas elétricas às tarifas, a contribuir para a inadmissível despreocupação com a eficiência das concessionárias locais de energia¹³.

No acompanhamento da licitação para a outorga de concessão do serviço público de transmissão de energia elétrica¹⁴, o Tribunal verificou a ocorrência de irregularidades relacionadas ao cálculo da Receita Máxima Anual, constante do Edital 001/Aneel. As falhas variavam de simples erros de preenchimento de planilhas a erros mais graves, com direta repercussão econômico-financeira, como o cálculo incorreto da variação de índice de preços do IGP-M e do encargo “Reserva Global de Reversão”, projetado até o ano de 2034, muito embora a Lei 10.438/2002 tenha estabelecido a sua extinção ao final do exercício de 2010.

No regime jurídico-constitucional brasileiro, em que a fiscalização do TCU pode ocorrer prévia, concomitante e posteriormente, todas essas questões relevantes, exigentes de imediata correção, foram levadas ao conhecimento das agências, a tempo de elas formularem as alterações nas licitações em andamento, antes que se tornassem imprescindíveis as determinações do TCU. Posteriormente, nos relatórios dos processos de auditorias, o TCU expediu determinações e recomendações, de similar objeto, destinadas a evitar a repetição futura das impropriedades¹⁵.

Outro problema grave, relacionado às concessões de transmissão de energia elétrica, refere-se à ausência de mecanismos de apropriação de ganhos de eficiência empresarial e de competitividade, conforme disciplina o art. 14, IV, da Lei 9.472/1997. No âmbito do TC-006.226/2004-8, verificou-se que os contratos de concessão obrigavam as concessionárias a reduzir os custos, criando condições para a redução das tarifas, por ocasião dos reajustes e revisões, mas na parte que disciplinavam a realização dos reajustes e revisões não contemplavam nenhuma hipótese que permitisse a efetiva realização dessa redução. Na ocasião, o TCU, por meio do Acórdão 649/2005, determinou expressamente à Aneel que cumprisse a lei e estabelecesse os mecanismos exigidos de transferência desses ganhos aos usuários.

Importante contribuição do TCU decorreu da auditoria incidente sobre a “Tarifa Social”, instituída pela Lei 10.438/2002, com o objetivo de subsidiar o fornecimento de energia elétrica aos consumidores residenciais de baixa renda (TC-014.698/2002-7).

Na ocasião, o cruzamento dos dados de renda e de consumo da amostra extraída da Pesquisa sobre Padrões de Vida do IBGE identificou problemas com o critério

13 Acórdão 556/2005 — TCU – Plenário.

14 TC-006.226/2004-8.

15 Acórdão 649/2005 — TCU – Plenário.

estabelecido em lei — consumo de energia elétrica — para identificar os beneficiários da especialíssima tarifa. A escolha somente seria adequada se houvesse forte correlação entre consumo de energia elétrica e renda, o que na prática não se verificou. Assim, a aplicação dos critérios legais, além de excluir consumidores de baixa renda, fez incluir, entre os beneficiários, quantidade considerável de domicílios de média e alta renda, produzindo resultado oposto aos objetivos declarados na lei.

Por meio de auditorias, realizadas nas agências reguladoras e nos ministérios, com a atuação relacionada à área de infra-estrutura, o Tribunal de Contas da União identificou a insuficiência das políticas e diretrizes macrossetoriais. Essa lacuna fez com que as agências, de forma anômala, exorbitassem de seus mandatos legais, pois, para regular todo o setor, foram obrigadas a tomar decisões afetas aos organismos governamentais formuladores de políticas públicas.

No setor energético, a ausência de diretrizes políticas decorria, antes de tudo, da falta de atuação do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), instituído pela Lei nº 9.478/1997, a quem caberia assessorar o Presidente da República, na formulação da política energética nacional¹⁶.

No setor de telecomunicações, verificou-se a omissão do Ministério das Comunicações, a quem competia o papel de assessorar o Presidente da República na formulação das políticas do setor, não existindo previsão em lei de colegiado com tal competência.

Em razão dessa omissão, a Agência Nacional de Telecomunicações viu-se obrigada a agir conforme o que se lhe afigurava melhor ao interesse público. Por exemplo, mesmo na ausência de política relacionada à utilização de posições orbitais notificadas pelo País, a agência buscou implementar programa que assegurasse a utilização imediata das posições então alocadas ao Brasil.

Exemplos semelhantes com resultados diversos são a escolha do padrão de televisão digital e a escolha do padrão de telefonia celular, adotadas nas chamadas Bandas C, D e E. Neste caso, coube à Agência a escolha política, manifestada em termos de escolha da faixa de frequência usada, mas que significou, na verdade, a escolha entre a tecnologia européia (GSM) e a americana (CDMA). No outro caso, muito embora a agência tenha iniciado o procedimento de escolha do padrão digital para a radiodifusão, o governo assumiu seu papel de formulador de políticas públicas, o que permitiu a condução do tema em esfera apropriada, integrada às demais diretrizes de desenvolvimento nacional, e a devida inserção no mercado mundial.

Ainda na área das telecomunicações, auditoria realizada sobre o cumprimento das metas de universalização, definidas nos contratos de concessão, permitiu identificar sérias inconsistências, tanto no sistema de gerenciamento de dados da agência (SGOU), como nos procedimentos de fiscalização. A equipe de auditoria concluiu

16 Vide TC-005.793/2002-7 – Relação 43/2002 – 2ª Câmara. Sobre o assunto, ver também “O controle externo das agências reguladoras: questões relevantes sobre os setores elétrico e de petróleo e gás natural”. Brasília: TCU, Sefid, 2003.

necessária a total reformulação dos procedimentos de fiscalização, o que ensejou grande número de recomendações à Anatel¹⁷.

Essa particular experiência, adquirida pelo TCU ao longo dos anos, no monitoramento e na fiscalização da regulação econômica no setor de telecomunicações, permitiu identificar, além da ausência de políticas governamentais e do controle deficiente pela Anatel das metas de universalização, a incipiente atividade de regulação econômica desenvolvida pela Agência.

A despeito da expressa previsão na Lei, nos regulamentos e nos contratos, a Anatel não possui informações adequadas sobre a prestação dos serviços, nem mesmo tendo como verificar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), não dispondo de conhecimentos adequados para a realização de eventual revisão tarifária, instrumento preferencial para o reequilíbrio econômico-financeiro das avenças, conforme explicitamente contido nos contratos de concessão e na Lei Geral de Telecomunicações. Em auditoria realizada em 2000, verificou-se que a Agência se limitava a receber e arquivar os balanços oficiais, encaminhados pelas operadoras, sem nenhuma análise¹⁸ ou apropriado estudo.

No exercício de 2003, nos processos de revisão tarifária, promovidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica, a ação do Tribunal de Contas da União obteve grande divulgação. Não obstante de longa data a ação do TCU no controle dos atos relacionados à fixação das tarifas e à apuração do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, o debate que se seguiu ao exercício do controle foi excepcional, com o ilimitado envolvimento de todas as partes interessadas. Os processos encontram-se ainda pendentes de solução de recurso.

A ação fiscalizadora do TCU decorre, em grande parte, da atuação ordinária do Tribunal no acompanhamento das privatizações e desestatizações, conforme disciplinado nas leis que versaram sobre o Plano Nacional de Desestatização.

Neste campo, a atuação do TCU revelou-se extremamente profícua. Por exemplo, dentre outras, as correções determinadas pelo TCU na avaliação do Banespa, federalizado e alienado pelo Banco Central, resultaram na elevação de seu preço mínimo, em valores da época, em mais de R\$ 1,17 bilhão de reais. Correções semelhantes foram necessárias no preço mínimo das outorgas do serviço móvel pessoal, nas bandas “C”, “D” e “E”, cujos cálculos iniciais continham erros que somaram R\$ 1,6 bilhão de reais. Tais dados foram, à época, parcamente divulgados.

A acumulação de conhecimentos pelo TCU na área das finanças corporativas, análise de fluxos de caixa, avaliação de investimentos e todas as questões usuais nos processos de revisão tarifária foi haurida paulatinamente, desde o acompanhamento dos primeiros processos de desestatização, com a apreciação do valor mínimo de venda das empresas privatizadas e com os problemas identificados nos vários con-

17 Acórdão 1778/2004 — TCU – Plenário.

18 vide TC-003.632/2001-9 e Decisão 215/2002 — TCU – Plenário.

tratos de concessão de rodovias, permitindo a compreensão de termos e procedimentos que, pela lata tecnicidade, permanecem alheios à grande maioria dos interessados

Em face da relevância desses processos, no especial contexto da regulação econômica, é natural que o Tribunal dedique especial atenção às revisões de tarifas a cargo das novas agências reguladoras, para averiguar-lhes a conformidade com a lei e com os contratos de concessão.

Evidente que, uma vez concedido o serviço público, a atuação do TCU, no acompanhamento da execução dos contratos de concessão, não pretende — nem poderia — substituir o papel constitucional e legal das agências reguladoras, cujas competências são inteiramente distintas das suas. A elas é que cabe regular o mercado, agindo, o TCU, não como segunda instância ou revisor, mas como órgão constitucional de superposição e controle.

A propósito, já nos primeiros processos de concessão de rodovias, o Tribunal foi chamado a fiscalizar o cálculo do valor da tarifa básica de pedágio, motivo que, aliás, o havia levado antes a decretar a anulação de certame (Decisão 763/1994 — Plenário)¹⁹. Após a promoção de diversos estudos, concluiu o Tribunal pela regularidade da cobrança da Tarifa Básica de Pedágio no valor de R\$ 1,20, apesar de o valor inicialmente fixado ser de R\$ 0,78²⁰. Este exemplo demonstra, de per si, a absoluta imparcialidade da ação do TCU, em busca da correta aplicação dos parâmetros legais, cujos resultados, por si, não são neutros, ora em favor dos usuários dos serviços, ora em favor das concessionárias. A ação do TCU, portanto, tem em vista sobretudo a lei e favorece a segurança e a estabilidade das relações contratuais, impedindo ganhos impertinentes de lado a lado.

Em relação às concessionárias de rodovias, de má memória a cobrança irregular do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, no percentual de cinco por cento, sobre os valores correspondentes a todas as tarifas dos pedágios arrecadados dos usuários desde 1996. A autarquia responsável pela fiscalização da execução dos contratos de concessão autorizou a cobrança pelas concessionárias de imposto inexistente que, exatamente por essa razão, uma vez cobrado, não era repassado pelas mesmas concessionárias aos cofres públicos municipais, porque não havia lei a lhe autorizar a cobrança. No caso, a irregularidade foi tida como grave, em razão de o órgão, desde o início da tramitação dos procedimentos licitatórios, ter pleno conhecimento da inexistência de suporte legal para a exigência do tributo e, ainda assim, permitir sua cobrança.

Em razão do descumprimento dessas deliberações, bem como da reincidência na prática ilegal, foram aplicadas diversas sanções aos gestores da entidade, tendo havido a necessidade de apuração dos valores indevidamente arrecadados pelas concessionárias e sua reversão nos respectivos fluxos de caixa, para novamente equilibrar os contratos de concessão firmados²¹.

19 Essa deliberação veio a ser parcialmente reformada pela Decisão 188/1995 – Plenário, ante o novo conjunto de elementos apresentados no processo.

20 Decisão 14/2000 — TCU — Segunda Câmara.

21 Sobre a questão, ver as Decisões Plenárias 434, 485 e 516, todas de 1999, e os Acórdãos 138/1999 — Plenário e 56/2001 – Plenário.

No processo de acompanhamento da revisão das tarifas da Escelsa, em 2001, o TCU identificou impropriedades nos procedimentos adotados pela Agência, especialmente quanto ao cálculo do custo de capital (Decisão 1483/2002). A despeito do recurso interposto pela Aneel, grande parte das questões suscitadas pelo TCU foram devidamente corrigidas em novo estudo de custo de capital, elaborado para as revisões tarifárias realizadas no ano de 2003 (TC-014.291/2003-2).

Neste último processo, os analistas do TCU evidenciaram inconsistências do método de cálculo do fator de produtividade (Fator X), adotado pela Agência. “Fator X” é a estimativa dos ganhos de produtividade, auferidos pelo concessionário, que deverão ser necessariamente repassados aos usuários. A análise teórica do modelo escolhido pelo regulador já indicava, na opinião dos técnicos, a inadequação do método. Para corroborar sua análise, a unidade técnica aplicou tal metodologia à empresa hipotética que não apresentava ganho de eficiência. Uma vez que os dados utilizados correspondiam à empresa com ganho de produtividade nulo, o “fator x” deveria ser igualmente nulo. No entanto, o resultado encontrado foi diferente de zero, sendo, portanto, incompatível com a real ausência de ganho de eficiência contida nos dados utilizados.

Em razão dessas inconsistências e de outras falhas apuradas — como a dupla contagem de determinados grupos contábeis, na definição do capital de giro — o Tribunal determinou à Aneel a adoção de providências a fim de sanar as impropriedades detectadas²².

Em todos os casos mencionados, o TCU pretendeu agir dentro das balizas constitucionais e legais, jamais tolhendo a ação do órgão regulador. Dessa forma, não escolheu a metodologia de cálculo para o “Fator X”, nem fixou o valor eventualmente tido por correto. Limitou-se a apontar a impropriedade da escolha da entidade reguladora e determinar a correção da falha.

III — Considerações finais

Em decorrência da nova ordem constitucional, a história recente do TCU tem sido marcada por desafios. O desafio básico é conferir a máxima concretização às normas constitucionais, sobretudo aos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência, permitindo, dentro desses marcos, a atuação segura da Administração. Esse desafio se desdobra em inúmeros outros, concretos e quantificáveis, que permitem o avanço na construção de efetivo Controle Externo da Administração, mais confiável e eficaz.

Os erros, omissões, inconsistências técnicas, indefinições e impropriedades, comprovados em dezenas de processos atinentes à atividade regulatória, apenas robustecem a necessidade da atuação tempestiva e permanente do controle externo, na supervisão da atuação dos entes reguladores.

22 Acórdão 1757/2003 – Plenário.

Nessa linha, a Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores — Intosai — entidade que congrega órgãos de fiscalização e auditoria governamental de todos os países membros da ONU — divulgou as diretrizes e as melhores práticas para o controle da regulação econômica²³, evidenciando a geral e cada vez maior preocupação com a atuação das autoridades de regulação. Na Inglaterra, por exemplo, o “*National Audit Office*” estimula e realiza estudos sobre regulação e controle com excepcional grau de excelência²⁴.

A propósito do desenvolvimento das entidades de regulação, Brian Levi e Pablo T. Spiller prelecionam que a evolução institucional dos órgãos reguladores decorre justamente da necessidade de limitar a ação discricionária na regulação. E, nesses termos, mencionam o seguinte: “*a análise da evolução da regulação das public utilities na Inglaterra sugere que a limitação da discricionariedade regulatória está por trás do desenvolvimento das instituições regulatórias nos países industrializados*”²⁵.

Nesta obra, os autores apresentam, em síntese, as seguintes conclusões:

a) o desempenho da regulação pode ser satisfatório sob ampla diversidade de arranjos e procedimentos regulatórios, *desde que existam mecanismos para limitar a ação discricionária do regulador*, restrições formais ou informais à alteração do sistema regulatório e instituições que assegurem tais limitações; e

b) amplos poderes discricionários assegurados ao regulador não induzirão a realização dos investimentos desejados se as instituições do País não souberem diferenciar o comportamento arbitrário da autoridade reguladora do adequado uso de suas faculdades discricionárias.

Como se vê, os mesmos problemas espraiam-se por todas as plagas.

Nesse contexto, a discricionariedade técnica não seria mais que as fronteiras da ação do administrador na escolha de soluções propriamente técnicas.

Instigantes as conclusões da palestra de Sérgio Antonio Silva Guerra, segundo as quais “o termo discricionariedade técnica visa apenas uma limitação jurisdicional do controle do seu exercício, no sentido de evitar que as escolhas técnicas da Administração não sejam substituídas pelas opções técnicas realizadas pelo juiz” e “as agências Reguladoras não gozam de uma função discricionária estritamente técnica na expedição de seus atos, e sim uma discricionariedade administrativa pura”²⁶.

23 INTOSAI. *Guidelines on Best Practice for the Audit of Economic Regulation*. Seul, 2001. Texto disponível em <http://www.nao.gov.uk/intosai/wgap/ecregguidelines.htm>.

24 vide, por exemplo, *Pipes and Wires*. NAO report (HC 723 2001-2002).

25 *Regulations, Institutions, and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications*. Cambridge University Press. 1996, p.2.

26 Discricionariedade Técnica e Agências Reguladoras. Palestra proferida no Seminário “As Agências Reguladoras”, promovido pela ESMAF.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar das agências reguladoras, assevera que “a discricionariedade técnica existe apenas quando a decisão que nela se fundar possa ser motivada também tecnicamente. Esta é, quiçá, a limitação mais importante, pois afasta, ao mesmo tempo, o arbítrio, o erro, a impostura e a irrazoabilidade, limite este que afasta decisões desnecessárias, inadequadas e desproporcionais”.²⁷

Nessa trilha, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca ser sempre possível, no estabelecimento de critérios técnicos, o abuso de poder, o arbítrio, o erro, o dolo e a culpa.²⁸

Na mesma ordem, Marçal Justen Filho leciona que “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.”²⁹

As escolhas “técnicas”, derivadas da “discricionariedade técnica”, podem, também, revelar-se inteiramente impróprias, inadequadas, desarrazoadas, custosas, contrárias ao interesse público e à finalidade legal, o que ensejaria a adoção de medidas corretivas, exatamente nos mesmos termos da discricionariedade administrativa.

A discricionariedade no Brasil, seja ela técnica ou administrativa, é, portanto, única e merecedora de idêntico tratamento. E a escolha dela resultante deve ser sempre vinculada à finalidade pública, sob pena de invalidação.

Ao proceder à fiscalização das atividades fins das agências reguladoras, o Tribunal não pretende substituir-se aos órgãos que controla, pois aí o controlador se transmutaria 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.

De qualquer modo, é esse, talvez, o maior desafio do Controle Externo, distinguir o comportamento arbitrário da autoridade reguladora do uso adequado de suas faculdades discricionárias.

A abrangência das falhas consideradas pelo TCU reforça a imperiosa necessidade de aprimoramento e fortalecimento do sistema das agências reguladoras. Sobre tudo com relação à fundamental conformação e aprimoramento dos seus quadros técnicos especializados, cuja instabilidade — propiciada pela ausência de quadros efetivos, pela elevada rotatividade dos contratos temporários, pelas trocas dos cargos em comissão, pelo sistemático contingenciamento de recursos e pela ausência de cursos de formação e aprimoramento — dificulta e compromete seriamente toda a atividade regulatória³⁰.

27 *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 169-170.

28 *In Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 156.

29 *In O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 516.

30 Vide “Relatório e Pareceres Prévios sobre as Contas do Governo da República: exercício de 2004”. Brasília: TCU, 2005.

Assim, a atuação do TCU, coibindo, por um lado, comportamentos arbitrários e injustificáveis por parte do regulador, e, por outro, estimulando a ação do Estado, contribui para o apropriado funcionamento das instituições. Ao invés de atentar contra o modelo, essa atuação assegura-lhe o adequado funcionamento, impedindo, na medida do possível, dentro de sua específica competência de fiscalização operacional, o abuso, o arbítrio, o erro.

No regime republicano, o Congresso e a sociedade civil demandam informações fidedignas sobre a atuação e o desempenho de todos os órgãos do governo. Nesse mister, tem o TCU competência constitucional, conhecimento técnico, imparcialidade política, acesso a informações atinentes à Administração Pública e estrutura administrativa organizada. Esses fatores lhe permitem suprir o Parlamento e a sociedade com todas as informações, necessárias e fidedignas, a fundamentar o debate democrático sobre a atuação estatal e, em especial, sobre a das agências reguladoras.

Referências bibliográficas

- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Diversos Processos, Acórdãos e Decisões (1994-2005).
- _____. O controle externo das agências reguladoras, questões relevantes sobre o setor elétrico e de petróleo e gás : sumário executivo — Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2003.
- _____. Relatório e Pareceres Prévios Sobre as Contas do Governo da Republica — Exercício de 2004. Brasília: TCU, 2005.
- _____. Tarifa social e desafios da universalização dos serviços de energia elétrica no Brasil: sumário executivo — Brasília : TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2004.
- DI PIETRO, Maria. S. Z. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 156.
- FARACO, Alexandre Ditzel. Concorrência e Universalização nas Telecomunicações: Evoluções Recentes no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, n. 8, out./dez. 2004, p.19.
- GUERRA, Sérgio Antonio Silva. *Discricionariedade Técnica e Agências Reguladoras*. Anais do Seminário As Agências Reguladoras. Esmaf, 2004.
- INTOSAI. *Guidelines on Best Practice for the Audit of Economic Regulation*. Seul, 2001.
- JUSTEN FILHO, M. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- LEVI, Brian e SPILLER, Pablo T. *Regulations, Institutions, and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications*. Cambridge University Press. 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo. de F. *Mutações do direito administrativo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp.169-170.
- NATIONAL AUDIT OFFICE. NAO report (HC 723 2001-2002): *Pipes and Wires: Report by the Comptroller and Auditor General*. Londres, 2002

RODRIGUES, Walton Alencar. *O TCU e o controle das agências reguladoras*. Palestra proferida no seminário “O Controle das Agências Reguladoras”, realizado em Brasília, em novembro/2003. (mimeo).

SILVA, Artur Adolfo Cotias e. *O Tribunal de Contas da União na História do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998)*. Brasília: TCU. Instituto Serzedello Corrêa, 1999.

VALLADÃO, Alfredo de Vilhena. Exposição de motivos do anteprojeto do Código de Águas. *Código de Águas — Volume I*. Brasília: DNAEE, 1980.

ZYMLER, Benjamin. *O Papel do Tribunal de Contas da União no 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.