

---

# Cadernos ASLEGIS

ISSN 1677-9010 / [www.aslegis.org.br](http://www.aslegis.org.br)

---

# O controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras

**Márcio Silva Fernandes**

*Consultor de Orçamento e Fiscalização  
Financeira da Câmara dos Deputados*

## 1. Considerações preliminares

O Brasil, a partir da última década, adapta-se a um novo modelo de Estado. Nosso país, seguindo uma forte tendência mundial, sobretudo do direito norteamericano, formula uma nova estrutura estatal, baseada em um modelo mediador e regulador, o qual sobrepõe-se ao modelo anterior, de máxima intervenção na economia. Assim, desprende-se do monopólio estatal para atribuir a prestação de serviços públicos à iniciativa privada, mantendo a ação reguladora e fiscalizadora sobre as empresas prestadoras de serviços.

As agências reguladoras ingressam no sistema de controles estatais, com o objetivo de garantir a supremacia do interesse coletivo na prestação dos serviços públicos que deixaram de ser executados diretamente pelo Estado, os quais, nem por isso, perderam a sua natureza pública.

Para tanto, as agências receberam uma série de poderes nos diplomas legais que as criaram. Não se afastam, porém, da natureza de entidades da Administração Pública, estando adstritas aos princípios constitucionais que regem todos os entes públicos.

Nesse sentido, cumpre examinar os limites da fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras, no âmbito de sua competência constitucional de auxiliar do Congresso Nacional no exercício do controle externo.

## 2. O modelo de agências reguladoras no Brasil

As agências reguladoras inserem-se, no Brasil, no contexto de desestatização recentemente iniciado, em que o Estado deixa de prestar diretamente os serviços públicos para transferi-los à iniciativa privada, por meio de instrumentos como as concessões, as autorizações e as permissões.

Dessa forma, as agências reguladoras assumem o papel do poder concedente em relação aos serviços públicos desestatizados. Cabe a tais agências normatizar a prestação dos serviços, as tarifas e a relação da prestadora com os usuários, fiscalizar

os serviços prestados e seu atendimento aos parâmetros legais, enfim, exercer as prerrogativas públicas oriundas dos contratos de concessão e permissão ou dos atos de autorização.

As agências reguladoras federais foram criadas sob a forma de autarquias de regime especial, por meio de leis específicas para cada agência<sup>1</sup>, devido à necessidade de maior autonomia em relação ao Poder Executivo para exercer suas atribuições quanto aos serviços públicos desestatizados. Referidas leis trouxeram diversas normas para garantir a independência das agências. Os aspectos principais a serem citados a respeito são o mandato fixo de seus dirigentes, a autonomia financeira por meio de fontes de receitas próprias e a possibilidade de emitir atos normativos dentro do espectro de atribuições definido em lei.

De qualquer forma, as agências não fogem aos princípios constitucionais e às regras genéricas que regem a Administração Pública, pois, como autarquias, ainda que de regime especial, são mantidas por recursos públicos, devendo prestar contas da utilização desses recursos para toda a sociedade.

As agências reguladoras não constituem novidade total no ordenamento jurídico pátrio. Como salienta DI PIETRO<sup>2</sup>, “...já existem no direito brasileiro, muitas entidades, especialmente autárquicas, como as Universidades Públicas, a Ordem dos Advogados do Brasil e outras entidades em que os dirigentes dispõem de mandato fixo, não podendo ser livremente exonerados pelo Poder Executivo...”. Da mesma forma, a função normativa é exercida por autarquias como o Banco Central e o CADE, sempre no âmbito de suas atribuições legais.

Tais características de independência, contudo, são mitigadas em face das formas de controle aplicáveis às agências reguladoras, assim como a toda a Administração Pública, por força de dispositivos constitucionais que se sobrepõem às leis que as criaram.

São exemplos das formas de controle supracitadas aquele exercido pelo Poder Judiciário, em função do contido no art. 5º, XXXV<sup>3</sup>, da Constituição Federal; o exercido pelo Congresso Nacional, previsto no art. 49, V<sup>4</sup>, da Carta Magna; e o exercido pelo Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência fixada pelo art. 71 da Constituição Federal.

---

<sup>1</sup> Por exemplo, a ANEEL, a ANATEL, a ANP e a ANVS foram instituídas, respectivamente, pelas Leis nºs 9.427/96, 9.472/97, 9.478/97 e 9.782/99. Destas, apenas a ANEEL e a ANATEL foram previstas em nível constitucional como órgãos reguladores.

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 392

<sup>3</sup> Segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>4</sup> Competência do Congresso Nacional para sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar.

### **3. O controle externo exercido pelo TCU**

A Constituição Federal, em seus artigos 70 e 71, relacionou as competências inerentes ao controle externo, a serem exercidas pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Nesse sentido, a fiscalização abrangerá os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, sempre que estiverem envolvidos recursos públicos, orçamentários ou não. Além disso, o parágrafo único do art. 70 cria a obrigatoriedade de prestação de contas a todos aqueles que utilizem recursos públicos, de modo a verificar-se a observância dos princípios constitucionais em tal utilização.

Dessa forma, as agências reguladoras estão sujeitas ao controle exercido pelo TCU em todos aqueles aspectos, assim como seus administradores estão obrigados a prestar contas da utilização dos recursos que lhes são entregues para desempenho de suas funções.

### **4. Limites à atuação do Tribunal de Contas**

Para alguns doutrinadores, o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas abrangeria apenas o uso de dinheiro público em sentido estrito, quanto à despesa em si gerada. Como salienta LUÍS ROBERTO BARROSO, “... em consonância com os ditames constitucionais, é próprio da fiscalização externa examinar as contas das entidades da administração direta e indireta, aos ângulos da legalidade, legitimidade e economicidade. Nota essencial, todavia, para que se abra a possibilidade de tal fiscalização, é que se trate efetivamente de uso de dinheiro público...”<sup>5</sup>.

O mesmo autor, lastreando-se em outros doutrinadores, destaca que “...escapa às atribuições dos Tribunais de Contas o exame das atividades autárquicas que não impliquem em dispêndio de recursos públicos.”<sup>6</sup>

O deslinde do tema ganha relevo quando se analisa os limites que terá o TCU para fiscalizar as agências reguladoras federais.

Vale mencionar, inicialmente, que o exercício desse controle, sob o enfoque da legalidade, legitimidade, economicidade e eficiência, contempla mais do que o simples exame da aplicação dos recursos públicos destinados ao ente fiscalizado. De fato, quando o dispositivo constitucional relacionou todos aqueles aspectos, preocupou-

---

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos – limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. In: Boletim de Direito Administrativo. v. 15, n. 6. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, jun 1999. p. 372

<sup>6</sup> Id. Ibid. p. 373.

se também com os reflexos da ação do administrador para o Erário, de modo que não resultasse, futuramente, em prejuízo para o mesmo pelo desvirtuamento do interesse público nos atos praticados ou resultantes de omissão.

O controle externo sob o ângulo operacional exige que se verifique também se a entidade fiscalizada, no caso a agência reguladora, cumpriu seus objetivos previstos em lei. Tal decorre do fato de que os serviços desestatizados ainda guardam a sua natureza pública, de modo que o interesse da coletividade deve ser preservado pela agência. Trata-se, aqui, de examinar se a entidade agiu de forma a cumprir seus deveres legais.

Se ocorre uma irregularidade na prestação dos serviços e a agência não atua, omitindo-se no cumprimento de seu dever legal, poderá causar danos aos usuários ou ao próprio Estado. Em ambos os casos, os prejuízos ao Erário decorrentes da não atuação da agência seriam consequência da teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Tal fato poderia acarretar uma despesa indevida, inserida entre as que compete ao TCU examinar.

Portanto, cabe ao Tribunal apreciar não apenas os dispêndios de recursos efetivamente ocorridos, como todos os atos tendentes a gerar dispêndios futuros, sob pena de tornar a fiscalização inócua.

Evidentemente, a fiscalização do Tribunal encontrará limites, como ocorre, aliás, em relação a toda a Administração Pública. O TCU não poderá jamais invadir a esfera do mérito administrativo, ou seja, a escolha realizada pelo administrador entre alternativas que igualmente atendam aos princípios constitucionais aplicáveis. Também não é possível antecipar-se à decisão do administrador, sob pena de invadir competência de outro poder, em ofensa ao princípio da separação dos poderes.

No tocante às agências, não caberá ao Tribunal imiscuir-se na execução dos contratos de prestação de serviços, fiscalizando as prestadoras ou a expedição dos atos normativos necessários à sua execução. O Tribunal apreciará apenas se os atos praticados pela agência estão de acordo com os parâmetros constitucionais e legais.

## **5. Jurisprudência do TCU em relação às agências reguladoras**

O Tribunal de Contas da União tem apreciado, ao longo dos últimos anos, diversos processos que versam sobre as agências reguladoras federais nos seus mais diversos aspectos, dentro das diversas competências de fiscalização definidos em nível constitucional. Dentre estas, destacamos alguns processos apreciados para demonstrar a forma de atuação do TCU e suas competências aplicadas às agências reguladoras.

Exemplo da apreciação pelo TCU dos contratos de concessão de serviços

públicos, oriundos das agências, ocorreu no Processo nº 003.823/1998-9, que tratou de concessão pela ANATEL de direito de exploração de satélite para transmissão de sinais, por meio de processo licitatório específico. Em face do caráter oneroso do contrato, justificou-se plenamente tal controle.

Em relação aos atos de admissão de pessoal, os quais o Tribunal deve apreciar para fins de registro quanto à legalidade<sup>7</sup>, o Processo nº 001.100/2000-0 tratou de representação formulada pelo CREA/DF, relatando que a ANATEL publicou Edital em discordância com a legislação vigente, ante a não exigência de registro no CREA e a exigência de que o empregado designado para exercer a função fosse do sexo masculino. Aquela Corte pronunciou-se no sentido de “fixar o prazo de 15 (quinze) dias para que a Agência Nacional de Telecomunicações adote providências com vistas a adaptar o Contrato – ADIN-Nº 052/99 ANATEL ao disposto no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal, evitando impor discriminação quanto ao sexo dos empregados naquela relação contratual, dando ciência a esta Corte das medidas efetivadas”<sup>8</sup>. Evidenciou-se, desta forma, a competência do TCU para exame do tema e expedição de determinações à ANATEL.

Mais polêmica tem causado a possibilidade do Tribunal realizar o controle operacional das agências reguladoras, de modo a verificar o atendimento dos seus objetivos. No Processo nº 000.699/1998-5, o Tribunal examinou a atuação da ANEEL na fiscalização da execução dos contratos de concessão de serviço público de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica celebrado entre a União e as empresas LIGHT e CERJ.

Tal exame decorreu de notícias acerca de interrupções de fornecimento de energia, do não atendimento às solicitações dos usuários e da não aplicação dos investimentos previstos no contrato. Ao proferir a Decisão nº 589/1999, o Plenário daquela Corte considerou adequados os procedimentos de fiscalização adotados pela ANEEL. Contudo, ressalta-se que, caso a ANEEL não estivesse cumprindo seus deveres legais, poderia ocasionar danos ao Erário.

Atualmente, a IN nº 27, de 02.12.1998, do TCU dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União nos processos de desestatização. O art. 1º determina que este deve “acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, compreendendo as privatizações de empresas, inclusive instituições financeiras, e as concessões, permissões e autorizações de serviço público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal e

---

<sup>7</sup> Art. 71, inciso III, da Constituição Federal.

<sup>8</sup> Decisão nº 729/2000-TCU-Plenário, proferida em 06.09.2000.

das normas legais pertinentes”.

O caput do art. 11 da referida Instrução Normativa assim disciplina:

“Art. 11. Na fase de execução contratual, a fiscalização observará o fiel cumprimento das normas pertinentes e das cláusulas contidas no contrato e nos respectivos termos aditivos firmados com a concessionária ou com a permissionária, ou constantes do termo de obrigações, além de avaliar a ação exercida pelo órgão, pela entidade federal concedente ou pela respectiva agência reguladora, bem como as diretrizes por ele estabelecidas.”

Verifica-se que o TCU examinou os procedimentos de execução dos contratos de concessão da ANEEL, ou seja, se esta atendeu às exigências legais. Não se trata de invadir a competência da agência, mas exatamente examinar se aquela exerceu corretamente sua competência, em face do interesse público que deve prevalecer na situação.

## 6. Conclusão

As agências reguladoras, como demonstrado, enquadram-se, no ordenamento jurídico pátrio, como autarquias de regime especial, criadas de modo a garantir-lhes relativa independência em relação a ingerências do Poder Executivo na sua atividade de executar os contratos de concessão e permissão de serviços públicos.

Tal independência não tem o poder de afastar, todavia, o controle externo a ser exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Desta forma, o TCU tem competência para fiscalizar os atos das agências reguladoras sob os aspectos definidos constitucionalmente, com as mesmas limitações impostas ao controle em relação aos demais entes da Administração Pública. A própria jurisprudência do TCU corrobora tais assertivas, em face de procedimentos fiscalizatórios já realizados, tendo em vista o caráter de entidade pública que possuem as agências reguladoras.

## Bibliografia

BARROSO, Luis Roberto. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos – limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. In: Boletim de Direito Administrativo. v. 15, n. 6. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, jun 1999. p. 367-374.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.