

O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TCU

Por Benjamin Zymler

Ministro do Tribunal de Contas da União e Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília – UnB.

Sumário: 1. Histórico – 2. Escopo dos trabalhos realizados – 3. Metodologia utilizada – 4. Competências do TCU relativas à fiscalização das agências reguladoras – 5. Referências bibliográficas.

1. Histórico

Dentre as múltiplas atividades do Tribunal de Contas da União, merece destaque o controle exercido sobre as atividades finalísticas das entidades estatais encarregadas de regular a prestação de serviços públicos delegados.

Quando a prestação de serviços públicos se dava preponderantemente por meio de empresas estatais, a atuação do Controle Externo baseava-se na análise das prestações de contas daquelas entidades. Nessa época, o Tribunal concentrava sua análise nos atos de gestão dos administradores, praticados durante o exercício das atividades-meio das empresas, relegando a um segundo plano a análise do desempenho dessas entidades na condição de provedoras de serviços públicos.

Com a privatização das empresas estatais e a transferência do direito de prestação de serviços públicos para a iniciativa privada, por meio de concessões, permissões e, mais recentemente, autorizações,¹ implementou-se, em bases legais, um novo modelo regulatório que conferiu instrumentos ao Poder Concedente para atuar mais intensivamente na regulamentação, contratação e fiscalização das delegações, em vez de prover diretamente os serviços públicos.

A edição da Lei nº 8.987, de 13/2/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal² e dá outras providências, permitiu o incremento do volume dessas transferências. Sopesados os impactos econômicos e sociais dessas delegações e em decorrência do processo evolutivo das atividades de fiscalização do TCU, que, conforme ressaltado anteriormente, passaram a ter como objeto também o desempenho dos entes públicos, o Tribunal reavaliou sua forma de atuação e passou a analisar a eficiência da entidade reguladora e a qualidade dos serviços prestados.

¹ O art. 175 da Constituição Federal especifica que a delegação para a prestação de serviços públicos ocorrerá sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação. Por outro lado, o art. 131 da Lei nº 9.472, de 16/7/1997, estabeleceu que:

“Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

§2º A Agência definirá os casos que independem de autorização.

§3º A prestadora de serviço que independa de autorização comunicará previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes.

§4º A eficácia da autorização dependerá da publicação de extrato no Diário Oficial da União.”

² “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

Reitere-se que o TCU não deixou de verificar a legalidade dos atos praticados pelos gestores das agências reguladoras. Essa verificação continuou a ocorrer pelos meios usuais, merecendo destaque, nesse particular, a apreciação das contas dessas entidades³ e a realização de auditorias de conformidade.⁴

A avaliação pelo TCU da legalidade dos atos de gestão orçamentária e financeira praticados pelos administradores das agências reguladoras não enfrenta maiores questionamentos. Afinal, como ressaltou Meirelles,⁵ a submissão do gestor público ao controle externo realizado com vistas a apurar a regularidade das contas de todos que administram bens, valores e dinheiros públicos e o fiel cumprimento do orçamento público *“é decorrência natural da administração como atividade exercida em relação a interesses alheios. Não é, pois, a natureza do órgão ou da pessoa que a obriga a prestar contas; é a origem pública do bem administrado ou do dinheiro gerido que acarreta para o gestor o dever de comprovar seu zelo e bom emprego”*.

Diante disso, este artigo não analisará em detalhes a competência do Tribunal de Contas da União para aferir a legalidade dos atos de gestão orçamentária e financeira praticados pelos dirigentes das agências reguladoras.

Os trabalhos iniciais desenvolvidos pelo TCU, no que concerne ao acompanhamento de concessões, versaram sobre rodovias federais⁶, tendo as respectivas decisões plenárias formulado as primeiras normas relativas a esse acompanhamento. Com o passar do tempo, ocorreu uma sedimentação do conteúdo dessas decisões, o que possibilitou a edição de instruções normativas.⁷

A primeira instrução normativa do TCU sobre esse tema foi a de nº 10/1995, que, posteriormente, foi substituída pela IN TCU nº 27/1998.

Em 3/7/2002, diante dos questionamentos da sociedade civil e do próprio governo sobre a razoabilidade dos reajustes aplicados às tarifas de energia elétrica, a Corte de Contas editou a Instrução Normativa nº 43, dispondo sobre o acompanhamento pelo TCU dos processos de revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição dessa energia.

Em 25/8/2004, foi editada a Instrução Normativa TCU nº 46, dispondo sobre a fiscalização, pelo Tribunal de Contas da União, dos processos de concessão para exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias ou trechos rodoviários delegados pela União a Estado, ao Distrito Federal, a Município ou a consórcio entre eles.

Em seguida, no dia 4/7/2007, foi publicada a Instrução Normativa TCU nº 52, dispondo sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas – PPP, a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União.

Finalmente, no dia 20/6/2018, foi editada a Instrução Normativa nº 81, que revogou as anteriores e passou a disciplinar a fiscalização dos processos de desestatização.

³ O art. 71, II, da Constituição Federal estabelece que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal.

⁴ As auditorias de conformidade buscam aferir a conformidade dos atos administrativos aos dispositivos legais e regulamentares pertinentes.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 607.

⁶ Cumpre destacar que, em 1993, o Tribunal aprovou requerimento formulado pelo Ministro Luciano Brandão acerca do acompanhamento de todos os procedimentos relativos à concessão para a exploração da Ponte Rio-Niterói, especialmente quanto à viabilidade técnica e econômica da outorga, à licitação e aos aspectos do contrato de concessão.

⁷ Segundo disposto no art. 67, I, do Regimento Interno do TCU, uma instrução normativa é uma norma que disciplina matéria que envolva pessoa física, órgão ou entidade sujeita à jurisdição do Tribunal.

Quanto à estrutura organizacional do TCU, destaco que, em 1998, foi criada uma unidade técnica voltada para a análise dos processos de privatização e para o controle da atuação dos órgãos reguladores: a Secretaria de Fiscalização de Desestatização – Sefid. Nessa ocasião, houve uma divisão interna das competências do Tribunal: a Sefid ficou incumbida de verificar a atuação finalística dos entes reguladores;⁸ e o acompanhamento dos atos de gestão orçamentária e financeira das agências ficou a cargo de outras unidades técnicas. Assim, toda a força de trabalho dessa secretaria foi alocada para avaliar, do ponto de vista operacional, os atos associados à regulação dos serviços públicos.⁹

Em 2011, visando atender à crescente demanda, foi criada uma segunda Secretaria de Fiscalização de Desestatização. Por fim, em 2015, houve a fusão entre as Sefid e as Secretarias de Fiscalização de Obras – Secob, da qual resultaram seis secretarias que atuam nas áreas de desestatização e de obras públicas.

Visando aperfeiçoar a fiscalização dos serviços públicos delegados à iniciativa privada¹⁰, o Tribunal vem estreitando o relacionamento com as agências reguladoras. Afinal, no caso das auditorias operacionais, a eficácia do processo de comunicação é muito importante para a aquisição pelo órgão de controle de legitimidade junto aos controlados. No que concerne ao outro fundamento dessa legitimidade, qual seja a qualidade técnica dos trabalhos empreendidos, vêm sendo realizados treinamentos específicos e cursos de pós-graduação (em nível de especialização e de mestrado), visando dotar os técnicos do Tribunal de um maior conhecimento sobre os diversos fatores relacionados à delegação de serviços públicos.

Aduz-se que o Tribunal, com recursos oriundos de um convênio firmado com o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, elaborou um projeto visando desenvolver e consolidar sua capacidade operacional para realizar trabalhos de controle externo na área de regulação de serviços públicos objeto de delegação. Com esse intuito, foram implementadas ações visando capacitar recursos humanos, desenvolver e atualizar métodos e técnicas de controle da regulação, avaliar o modelo organizacional e elaborar documentos técnicos sobre o tema.¹¹

Dentre os impactos decorrentes da execução desse projeto, destaca-se a melhoria do controle em outras esferas de governo, pois o TCU pode difundir o conhecimento adquirido e os métodos e técnicas desenvolvidos para outras entidades de controle, como, por exemplo, os tribunais de contas estaduais e municipais.

No bojo desse projeto foram desenvolvidos e validados novos modelos de controle da regulação, os quais contemplam a fiscalização pelo TCU dos futuros projetos de parcerias público-privadas que envolvam a delegação da prestação de serviços públicos no setor de infra-estrutura.

Ainda com o intuito de aprimorar o controle das atividades desenvolvidas pelos entes reguladores, em 2004, o TCU concebeu e implementou o Centro de Estudos em Controle da Regulação – CECR, que é a instância de organização das informações voltadas para o apoio às atividades desenvolvidas pelo Tribunal nessa área. Adicionalmente, esse centro dissemina conhecimentos associados ao controle e à regulação de serviços públicos delegados, propiciando maior visibilidade às ações do TCU e facilitando o diálogo do Tribunal com seu público-alvo.

2. Escopo dos trabalhos realizados

⁸ Segundo o artigo 26 da Resolução TCU nº 140/2000, a Secretaria de Fiscalização de Desestatização tem por finalidade fiscalizar e avaliar as privatizações de empresas estatais, a outorga de serviços públicos e a execução dos respectivos contratos.

⁹ Alguns analistas lotados na Sefid dedicam-se ao controle das privatizações. Todavia, cumpre ressaltar que, tendo em vista o pequeno volume de privatizações ainda em curso, esse serviço é cada vez menos relevante e demanda recursos humanos mais reduzidos.

¹⁰ A delegação, que ocorre quando a administração pública delega ao agente privado ou público a prestação de um serviço, pode decorrer de privatização, quando uma delegação é transferida juntamente com os ativos de uma empresa estatal, ou de outorga pura e simples, no caso de concessão, permissão ou autorização.

¹¹ Dentre as ações desse projeto, destacam-se o mapeamento, a documentação e a análise de melhoria dos processos organizacionais e das atividades da Sefid, compreendendo, também, a elaboração de manuais técnicos de fiscalização da atuação das agências reguladoras.

Atualmente, o Tribunal acompanha a prestação de serviços públicos nas áreas de energia elétrica, telecomunicações, serviços postais, portos, aeroportos, rodovias, ferrovias, transportes de passageiros interestaduais e internacionais, petróleo e gás natural.

É importante ressaltar que o papel do Tribunal no controle das concessões, permissões e autorizações de serviço público não se confunde com o das agências reguladoras. Afinal, o TCU fiscaliza a atuação da agência, visando aferir sua aderência ao ordenamento jurídico e às orientações emanadas do poder competente. Dito de outra forma, o Tribunal realiza uma fiscalização de segunda ordem. Conclui-se que, se por um lado a Corte de Contas, no exercício de suas competências constitucionais e legais, deve fiscalizar as atividades-fim das agências, por outro lado ela deve atuar com cuidado para não invadir o âmbito de ação exclusivo da entidade reguladora.¹²

Apesar de questionamentos existentes no Brasil sobre a viabilidade técnica e jurídica e sobre os limites da fiscalização pelo TCU das atividades-fim das agências reguladoras, constata-se que, em nível internacional, a maioria dos estudiosos desse tema concluiu pela oportunidade e pela conveniência da realização de fiscalizações do gênero das ora realizadas pela Corte de Contas brasileira.

A International Organization of Supreme Institutions – Intosai (Organização Internacional das Entidades de Fiscalização Superior)¹³ vem dedicando especial atenção aos trabalhos de fiscalização executados pelas entidades reguladoras.¹⁴ Friso que as análises desenvolvidas pela Intosai ensejaram a publicação de um documento no qual foram apresentadas 22 diretrizes para a atuação das Entidades de Fiscalização Superior em todo o mundo, entre as quais se encontra o TCU.¹⁵

Reforçando a preocupação da Intosai com o efetivo controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o Auditor Geral do Reino Unido afirmou que:¹⁶

“Uma das conseqüências mais intrincadas da privatização é o desenvolvimento do papel da regulação econômica como modo de equilibrar o poder de fornecedores dominantes ou monopolistas de serviços públicos agora sob controle privado. Os reguladores enfrentam a difícil tarefa de equilibrar os interesses legítimos dos consumidores em contraposição aos dos fornecedores, assegurando a prestação de um serviço razoável a preço justo.”

Finalmente, cabe ressaltar que os trabalhos produzidos pelo Tribunal têm apresentado elevada qualidade, conforme tem sido atestado pela Intosai. Outra prova do apoio internacional à realização de auditorias operacionais na área-fim das agências reguladoras brasileiras foi a celebração de um acordo firmado pelo TCU e por um órgão do Reino Unido,¹⁷ cujo objeto incluiu a elaboração de um estudo do modelo de delegação da prestação de serviços públicos no Brasil, com foco na redução das desigualdades sociais.¹⁸

A primeira auditoria operacional realizada no âmbito desse projeto apresentou resultados positivos, dentre os quais destaca-se a análise dos critérios de definição dos consumidores de energia elétrica que podem ser beneficiados com a tarifa social. Saliento que, durante o “*Fórum Mundial sobre Regulação de Energia*”, realizado em Roma (Itália), a ANEEL apresentou as conclusões dessa análise, o que confirmou a

¹² Aliás, esse mesmo cuidado tem sido observado no que concerne à fiscalização pelo TCU das atividades finalísticas do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, cujas competências assemelham-se às das agências reguladoras. Nesse sentido, por exemplo, ver o Acórdão Plenário nº 399/2004.

¹³ A Intosai reúne mais de 100 entidades encarregadas do controle externo em todo o mundo, entre Tribunais de Contas, Controladorias ou Auditorias.

¹⁴ A Intosai constituiu um grupo de trabalho especializado no tema, visando traçar diretrizes para a ação das entidades de controle externo e acompanhar os resultados obtidos.

¹⁵ Ver *O Controle externo das agências reguladoras. Questões relevantes sobre o setor elétrico e de petróleo e gás natural*. Brasília: TCU, Sefid, 2003.

¹⁶ Idem

¹⁷ Referido projeto conta com recursos do TCU e do DFID – Department for International Development, órgão do Governo Britânico.

¹⁸ O Projeto de Aperfeiçoamento do Controle Externo com Foco na Redução da Desigualdade Social – CERDS, desenvolvido pelo TCU com o apoio do DFID, pretende capacitar o corpo técnico do TCU visando a utilização de novas metodologias de auditoria na área de avaliação de programas e de modelos regulatórios.

alta qualidade desse trabalho. Aduz-se que as sugestões formuladas pelo TCU foram levadas em conta pela agência quando da reformulação dos critérios de definição dos consumidores considerados como de baixa renda.

3. Metodologia utilizada

Segundo a Intosai, o modelo de controle da regulação deve observar 22 diretrizes, que podem ser estruturadas nas seguintes seções:¹⁹

- a) competência técnica dos órgãos de controle;
- b) ambiente de regulação econômica;
- c) fornecimento do serviço;
- d) preço do serviço; e
- e) desenvolvimento da competição.

Em conformidade com essas diretrizes, o TCU avalia os processos relativos às delegações efetuadas por intermédio de concessões ou permissões em dois momentos: quando da realização dos processos de outorga dos respectivos atos delegatórios e quando da execução contratual. Já as autorizações, em geral não precedidas por processos licitatórios, são acompanhadas por meio do exame de relatórios periódicos encaminhados pelos órgãos que delegam.

A fiscalização dos processos de outorga de serviços públicos, em conformidade com o disposto na Instrução Normativa TCU nº 81/2018, deve observar os seguintes parâmetros:

- a) a seleção dos objetos que serão fiscalizados observará o princípio da significância, de acordo com os critérios de materialidade, relevância, oportunidade e risco²⁰.
- b) para fins de planejamento das ações de controle, os órgãos gestores dos processos de desestatização deverão encaminhar ao Tribunal de Contas da União extrato do planejamento da desestatização prevista, em que conste a descrição do objeto, previsão do valor dos investimentos, sua relevância, localização e respectivo cronograma licitatório, com antecedência mínima de cento e cinquenta dias da data prevista para publicação do edital;
- c) caso vários direitos de outorga de um mesmo serviço sejam licitados simultaneamente, a análise poderá ser realizada a partir de um número selecionado de outorgas;
- d) o Poder Concedente deverá disponibilizar os estudos de viabilidade e as minutas do instrumento convocatório e respectivos anexos, incluindo minuta contratual e caderno de encargos, já consolidados com os resultados decorrentes de eventuais consultas e audiências públicas realizadas. Tais documentos deverão ser encaminhados, obrigatoriamente em meio eletrônico, no mínimo, noventa dias antes da data prevista para a publicação do edital de licitação;

¹⁹ A íntegra do documento publicado pela Intosai está disponível na Internet no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.nao.gov.uk/intosai/wgap/ecregguidelines.htm>>.

²⁰ A materialidade está diretamente relacionada com o volume de recursos financeiros e com o valor dos bens envolvidos no projeto sob comento. A relevância depende da importância conferida àquele projeto pelo governo e pela sociedade civil. O risco de ocorrência de eventos que possam prejudicar ou, até mesmo, inviabilizar a consecução dos objetivos da desestatização é calculado com base numa matriz elaborada pelo TCU. A oportunidade diz respeito ao contexto vivenciado no momento em que está sendo avaliada a desestatização e à respectiva influência sobre o processo de tomada de decisão.

e) a unidade do TCU responsável pela instrução do processo de acompanhamento da desestatização deverá autuá-lo, analisar os documentos e as informações nele contidas e remeter a proposta de mérito ao relator até setenta e cinco dias após seu recebimento, a fim de que o Tribunal emita pronunciamento quanto à legalidade, legitimidade e economicidade dos atos fiscalizados;

f) o Poder Concedente deverá encaminhar ao Tribunal de Contas da União, no mínimo cento e cinquenta dias antes da assinatura de contratos ou termos aditivos para a prorrogação ou a renovação de concessões ou permissões, inclusive as de caráter antecipado, descrição sucinta do objeto, das condicionantes econômicas, da localização, do cronograma da prorrogação e dos normativos autorizativos; e

g) a qualquer momento, se verificados indícios ou evidências de irregularidade grave, os autos serão encaminhados ao ministro-relator com proposta para adoção das medidas cabíveis.

Importa lembrar que os contratos de concessão ou permissão sob enfoque possuem um longo período de vigência. Apenas a título de exemplo, registre-se que, no caso dos contratos relativos à construção e à exploração de usinas hidroelétricas, esse prazo é de 35 anos, prorrogável por igual período. Assim sendo, no curto espaço de tempo dedicado à outorga, o Tribunal deve avaliar a regularidade legal da delegação em questão, a viabilidade técnico-econômica das condições de transferência do serviço público e as respectivas implicações ambientais.

Trata-se de um exemplo de controle concomitante, pois o Tribunal tem a oportunidade de exarar determinações simultâneas ao desenrolar do processo licitatório, visando aprimorar um processo que está se desenvolvendo. Constata-se que, nessa hipótese, a Corte de Contas atua de forma preventiva, o que torna sua ação muito mais eficaz. Além disso, em casos excepcionais, podem ser adotadas medidas urgentes e imprescindíveis visando evitar a consumação de atos ilegais ou contrários ao interesse público.

O controle concomitante do processo de outorga, apesar de oferecer inegáveis vantagens, pode dar ensejo à ocorrência de um grave problema, qual seja, a procrastinação do encerramento de um processo que deve ser o mais célere possível, devido aos relevantes interesses políticos, sociais e econômicos envolvidos. Assim, se o TCU não atuar com a agilidade necessária, ele pode provocar prejuízos consideráveis aos agentes econômicos, aos usuários dos serviços públicos ou ao Erário.

Contudo, a Corte de Contas não pode adotar decisões precipitadas, visando agradar aos participantes das licitações relativas às outorgas de serviços públicos, às agências reguladoras ou às entidades representativas da sociedade civil, que, algumas vezes, pressionam o TCU visando obter uma deliberação intempestiva.

Já a execução contratual é controlada por meio de auditorias e inspeções, além do exame dos relatórios consolidados de acompanhamento, que são elaborados pelos órgãos concedentes federais e encaminhados semestralmente ao Tribunal. Nessa fase, o TCU avalia o cumprimento das cláusulas contratuais, notadamente daquelas relativas à tarifa praticada, à qualidade do serviço prestado e à efetiva realização dos investimentos previstos. Especificamente em relação à qualidade do serviço, são avaliadas a regularidade, a continuidade, a eficiência, a segurança, a atualidade, a generalidade e a cortesia na sua prestação.

O Tribunal controla a execução dos contratos de concessão ou permissão de forma concomitante, por meio das auditorias, ou posterior, por intermédio do exame dos relatórios acima citados. Note-se que, apesar de o controle posterior apresentar algumas desvantagens, ele é adotado tendo em vista a impossibilidade física de serem realizadas auditorias permanentes direcionadas para o acompanhamento *pari passu* da execução de todos os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos.

4. Competências do TCU relativas à fiscalização das agências reguladoras

Tendo em vista que as agências reguladoras são autarquias especiais, elas se encontram no âmbito da jurisdição do TCU²¹. Aduz-se que seus principais administradores têm o dever de prestar contas ao Tribunal dos recursos geridos em determinado exercício²².

Ressalte-se que, em conformidade com o disposto no art. 1º, II, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, a Corte de Contas pode realizar, por iniciativa própria ou em decorrência de solicitação do Congresso Nacional, auditorias nos entes reguladores, visando verificar a regularidade dos atos neles praticados nas áreas contábil, financeira, patrimonial e orçamentária. Caso essas auditorias detectem a existência de irregularidades graves, que demandem a adoção de providências imediatas por parte do TCU, o ministro-relator ou o Plenário podem adotar medida cautelar, com vistas a evitar a ocorrência de danos ao Erário ou aos usuários dos serviços.²³

Além disso, em consonância com o disposto no art. 1º, XVI, da mencionada Lei Orgânica, o TCU pode conhecer das denúncias apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre possíveis irregularidades ou ilegalidades ocorridas na atuação das agências.

Além das fiscalizações voltadas para a análise da legalidade e da regularidade dos aspectos jurídicos formais, compete à Corte de Contas examinar os resultados alcançados pelas agências no exercício de sua missão institucional. Afinal, consoante o entendimento do ministro-emérito do TCU Marcos Vinícios Vilaça, “a fiscalização da legalidade só será relevante e eficaz se estiver integrada à avaliação do desempenho da administração pública e dos responsáveis pela gestão dos recursos públicos”.²⁴ Nesse mesmo sentido, Justen Filho afirmou que não bastam honestidade e boas intenções para validar atos administrativos.²⁵

Aduz-se que o art. 71, IV, da Constituição Federal expressamente conferiu ao Tribunal competência para realizar auditoria de natureza operacional, cujo objeto inclui a verificação da conformidade dos

²¹ O art. 5º, I, da Lei nº 8.443/1992 dispõe que:

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

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

²² O art. 1º, I, da Lei nº 8.443/1992 estabelece que:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;”

²³ A lei orgânica do TCU previu a possibilidade de decretação de medida cautelar nos seguintes termos:

Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

§1º Estará solidariamente responsável a autoridade superior competente que, no prazo determinado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista no caput deste artigo.

§2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.”

Medidas cautelares também podem ser adotadas quando há perigo de ocorrência de danos ao Erário. Nessa hipótese, o TCU atua com fulcro no art. 45 de sua lei orgânica, verbis:

Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.”

Caso, posteriormente, seja confirmada a existência de graves irregularidades não passíveis de convalidação, o Tribunal determinará aos órgãos ou entidades que celebraram o contrato viciado a instauração de procedimento administrativo, visando facultar à empresa contratada o exercício da ampla defesa e do contraditório. Ao término desse procedimento, o contrato inquinado será rescindido, se essa for a medida mais adequada ao interesse público.

²⁴ VILAÇA, Marcos Vinícios. Palestra proferida no XXI Encontro Anual de Dirigentes do Tribunal de Contas da União e publicada no *Informativo União*, n. 68, 29 abr. 1999.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998. p. 66.

resultados obtidos pelo órgão ou pela entidade auditada com os respectivos objetivos institucionais fixados em lei, quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia.²⁶

Esse entendimento ganhou ainda mais força com o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, que consagrou o princípio da eficiência, em decorrência do qual:

“a atividade administrativa deve ser exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.”²⁷

Nesse mesmo sentido, o Ministro do STF Alexandre de Moraes afirmou que, atualmente:

“o administrador público precisa ser eficiente, ou seja, deve ser aquele que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e pela imparcialidade.”²⁸

Assim sendo, o gestor público atual deve, além de observar os ditames legais, procurar organizar e dirigir a administração pública de forma a obter as soluções ótimas na prestação dos serviços públicos.²⁹ Contudo, nunca é demais repetir que o administrador público, em nome de uma almejada eficiência, não pode agir ao arrepio da lei, pois o princípio da eficiência não pode se sobrepor aos demais princípios regentes da administração pública.³⁰

Ainda em relação ao impacto da constitucionalização do princípio da eficiência sobre a atuação dos gestores públicos, cumpre colacionar a observação de Harger, no sentido de que o princípio sob comento restringiu a amplitude da competência discricionária desses gestores. Afinal, agora, eles não podem mais optar livremente entre as várias alternativas permitidas pela lei, mas devem obrigatoriamente sopesar qual é a solução mais adequada aos interesses públicos, no sentido de ser a solução mais eficiente.³¹

Todavia, cumpre acrescentar que, além de ser eficiente, essa solução deve ser econômica, pois o princípio da economicidade também é relevante e igualmente possui foro constitucional. Ademais, a eficiência e a economicidade estão intrinsecamente relacionadas, pois, como asseverou Pereira Júnior, “a eficiência é o dever de agir do administrador em função executiva, a que corresponde a função de controle da economicidade e da legitimidade, atribuída aos Tribunais de Contas”.³²

Por intermédio das auditorias operacionais realizadas nas agências reguladoras, o TCU fiscaliza, entre outras questões, a execução dos contratos de concessão ou de permissão. Essa fiscalização poderia ensejar uma redundância das esferas de controle, visto que uma das principais atribuições das agências é exatamente fiscalizar esses contratos. Para evitar que essa indesejável superposição de atividades ocorra, o Tribunal deve exercer uma fiscalização de segundo grau, buscando identificar se as agências estão cumprindo bem e fielmente seus objetivos institucionais, dentre os quais avulta o de fiscalizar a prestação de serviços públicos, sem se imiscuir indevidamente na área de competência privativa das agências.

²⁶ Consoante Pardini, a Carta Magna, ao assim dispor, perfilou-se a uma corrente internacional que confere cada vez mais importância à aferição, pelo controle externo, da repercussão social da atividade estatal. Ressalte-se que a referida aferição deverá utilizar como critérios básicos a eficiência e a economicidade. In: PARDINI, Frederico. *Tribunal de Contas da União: Órgão de Destaque Constitucional*. Tese (Doutorado em Direito Público). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1997. p. 22.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 90.

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. com a EC nº 24/1999. São Paulo: Atlas, 2000. p. 302.

²⁹ Esse entendimento é também esposado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como se depreende da leitura de seu livro “Direito Administrativo”, anteriormente citado, p. 83.

³⁰ Nesse sentido, ver MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno, de Acordo com a EC 19/1998*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 152-153, e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 84.

³¹ HARGER, Marcelo. Reflexões Iniciais sobre o Princípio da Eficiência. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano XV, n. 12, dez. 1999, p. 808.

³² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da Reforma Administrativa Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 45.

Assim, se por um lado a Corte de Contas deve, no exercício de sua competência constitucional, avaliar a execução desses contratos, por outro lado, o TCU não pode controlar as empresas concessionárias em si mesmas consideradas, mas apenas examinar se as agências estão fiscalizando de forma adequada a execução dos contratos por elas firmados.

Sintetizando o acima exposto, pode-se afirmar que cabe ao Tribunal contribuir para o atingimento de um nível de excelência na prestação de serviços públicos. Para tanto, no que concerne à fiscalização operacional das atividades-fim das agências reguladoras, o TCU deve assumir uma posição de parceiro dessas entidades paralelamente à de fiscal.

Finalmente, é importante ressaltar que essa metodologia de controle, por enfatizar a fiscalização concomitante da atuação do Estado, tem permitido a adoção pelo TCU de relevantes ações preventivas e corretivas.

5. Referências bibliográficas

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *O Controle Externo das Agências Reguladoras*. Questões Relevantes sobre o Setor Elétrico e de Petróleo e Gás Natural. Brasília: TCU, Sefid, 2003.

HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o Princípio da Eficiência. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano XV, n. 12, dez. 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno, de acordo com a EC 19/1998*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. com a EC nº 24/1999. São Paulo: Atlas, 2000.

PARDINI, Frederico. *Tribunal de Contas da União: Órgão de Destaque Constitucional*. Tese (Doutorado em Direito Público). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1997.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da Reforma Administrativa Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILAÇA, Marcos Vinícios. In: ENCONTRO ANUAL DE DIRIGENTES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 21. *Palestra... Informativo União*, n. 68, 29 abr. 1999.