

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FREDERICO CARVALHO DIAS**

**DISCRICIONARIEDADE DO ATO REGULATÓRIO COMO LIMITAÇÃO AO  
CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO**

**BRASÍLIA  
NOVEMBRO 2016**

# DISCRICIONARIEDADE DO ATO REGULATÓRIO COMO LIMITAÇÃO AO CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO<sup>1</sup>

Frederico Carvalho Dias

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Controle da Regulação; 3. Discricionariedade na Atividade Regulatória e Controle Externo: uma relação difícil; 4. Conclusão; 5. Referências.

## RESUMO

Diante da consolidação da atuação estatal regulatória, o controle externo realizado pelo Tribunal de Contas deve se transformar para que possa acompanhar essa evolução e contribuir para o aprimoramento da Administração Pública. Ao mesmo tempo deve se precaver para que sua ação não acarrete maior instabilidade ao ambiente regulatório. A liberdade das escolhas administrativas - discricionariedade – é um dos principais fatores limitadores para o controle externo. Todavia, a análise de casos concretos revela que nem sempre é claramente determinada a margem de discricionariedade do agente administrativo e, por consequência, nem sempre são seguros os contornos que a protegem das investidas do controle.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Regulador – Regulação – Discricionariedade Administrativa – Controle Externo da Atividade Regulatória.

## ABSTRACT

Faced with the consolidation of Regulatory State action, the external control performed by the Federal Court of Accounts must be transformed to follow this evolution and contribute to the improvement of Public Administration. At the same time, it must be careful that its action does not increase instability in the regulatory environment. The freedom of administrative choices - discretion - is one of the main limiting factors for external control. However, the analysis of specific cases reveals that the discretion of the administrative agent is not always clearly determined and, therefore, the contours that protect it from control excesses are not always certain.

**KEYWORDS:** Regulatory State – Regulation – Administrative Discretion – External Control of Regulatory Activity.

---

<sup>1</sup> Pesquisa apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília - EDB.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o controle externo da regulação, ou seja, o controle realizado pelos Tribunais de Contas sobre a atividade regulatória.

Um dos pilares que sustentam o planejamento de longo prazo no Brasil está centrado na promoção do investimento público e privado em infraestrutura, com vistas a aumentar a competitividade da economia e oferecer à população serviços públicos de maior qualidade.

Nos próximos anos, é razoável prever o aprofundamento de um modelo de maior participação do setor privado nos investimentos direcionados a grandes empreendimentos, uma vez que, num ambiente de crise fiscal e reequilíbrio das contas públicas, o desenvolvimento da infraestrutura dependerá da ampliação das concessões<sup>2</sup>.

Nesse ambiente, a intervenção estatal direta cede em nome do fortalecimento de um Estado de perfil predominantemente regulador.

Acompanhando esse movimento de reestruturação da atuação governamental, o controle externo também precisa se readaptar. Afinal, nesse novo contexto, os atos de controle deixam de ser exercidos diretamente sobre os executores e passam a ser realizados sobre os reguladores. Vale dizer, controla-se a função de regular, que também é controle. Por isso, alguns autores vão falar em “controle de segunda ordem”.<sup>3</sup>

Mas, na medida em que começa a atingir os agentes de mercado e a dinâmica privada, essa atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) fica sujeita a críticas dos mais diversos matizes<sup>4</sup>. Ocorre que a análise dessas tensões revela que ainda não está muito claro para os atores qual o papel do TCU no jogo regulatório e quais seriam os limites da sua ação.

---

<sup>2</sup> Segundo reportagem publicada no Portal G1: “As concessões, segundo esses especialistas, continuam sendo uma das saídas para a realização de investimentos no atual cenário de recessão da economia e baixa arrecadação, que vem encarecendo o crédito e reduzindo a capacidade do governo de financiar obras de grande porte.” ALEGRETTI, Laís; AMATO, Fábio. Infraestrutura depende da ampliação das concessões, dizem especialistas. *Portal G1*. 11 de junho de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/infraestrutura-depende-da-ampliacao-das-concessoes-dizem-especialistas.html>>. Acesso em 14 de junho de 2016.

<sup>3</sup> Conforme Acórdão 2.314/2014-TCU-Plenário, ao exercer o controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o TCU deve atuar de forma complementar, exercendo uma fiscalização de segunda ordem, preservando ao máximo o âmbito de competência dessas entidades públicas.

<sup>4</sup> Segundo reportagem do Jornal Estadão: “Cada vez mais enfraquecidas, as agências reguladoras têm encontrado no meio do caminho um entrave difícil de superar. Nos últimos anos, não houve nem sequer uma única concessão na área de infraestrutura que não sofresse forte interferência do Tribunal de Contas da União (TCU). (...)

Quase sempre as mudanças determinadas pelo TCU causam polêmica no mercado, seja porque atrasam o processo licitatório ou porque os empresários consideram uma intromissão no trabalho das agências – criadas para atuar com autonomia e garantir regras estáveis a investidores e consumidores. (...)

‘Às vezes, ele atua de forma ponderada. Outras, ele extrapola e entra na questão regulatória. Na verdade, o TCU está descobrindo a própria competência’, avalia o professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Sérgio Guerra. Na avaliação dele, são as agências que têm permitido esse avanço do tribunal nas suas atribuições. ‘Elas foram desenhadas para serem o braço forte do Estado e dirigidas por técnicos que conhecem o mercado, não por governo de coalizão’.” PEREIRA, Renée. TCU toma lugar das Agências

Observa-se que as críticas dirigidas à atuação da Corte de Contas no controle da regulação envolvem, em especial, supostos avanços sobre áreas e decisões que deveriam estar sob o domínio dos entes reguladores, tanto em virtude de especialização técnica na matéria regulada, quanto por respeito à autonomia regulatória e à discricionariedade administrativa das escolhas governamentais.

A partir dessas considerações, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: “em que medida as decisões do TCU avançam sobre os limites que pautam o controle externo da regulação no que tange à margem de discricionariedade dos agentes reguladores?”

Dessa forma, entre as várias vertentes que poderiam caracterizar o controle da regulação, optou-se, no presente trabalho, por investigar seus limites em face da discricionariedade dos reguladores. Ou seja, buscou-se verificar em que medida o fator discricionariedade limita o controle externo da atividade regulatória e até que ponto esses limites são observados pelo Tribunal de Contas da União.

A pesquisa baseia-se tanto no que leciona a doutrina sobre o tema quanto em casos concretos submetidos a julgamento do TCU.

Na próxima seção é apresentado como se realiza o controle da regulação, num ambiente de fortalecimento do perfil de Estado Regulador, em que a ação governamental deve ser mais flexível. É abordado ainda o paradoxo entre as exigências do ambiente econômico por menor interferência, a necessidade da atividade regulatória para a preservação dos direitos fundamentais, a liberdade de que dispõem os agentes reguladores num ambiente mutável e complexo e os riscos de um controle que precisa atuar para evitar o arbítrio, mas não pode se exceder para não causar maior instabilidade.

Na terceira seção, foram selecionados julgados do Tribunal de Contas da União a fim de verificar como se dá, diante de problemas concretos, a relação entre discricionariedade – entendida aqui de maneira ampla, como a margem de liberdade da escolha administrativa – e controle externo.

## **2. CONTROLE DA REGULAÇÃO**

Para estudar o controle da regulação, há que se estabelecerem definições acerca de categorias teóricas importantes.

O advento do chamado Estado Regulador e o crescimento da atividade regulatória são acompanhados de um alargamento na margem de discricionariedade dos gestores.

Caracterizada por especialização e abordagem técnico-científica, tal atividade deve ser submetida a controle judicial atenuado, o qual não chega a ser totalmente afastado, eis que também a discricionariedade deve ser fiscalizada.

Quanto ao controle externo exercido pelos tribunais de contas, não obstante a existência de divergência doutrinária pontual, ele também alcança os atos regulatórios, inclusive os de natureza discricionária, e é sobre seus limites que se detém a presente reflexão.

## **2.1. Estado Regulador e Regulação**

Ao longo do século XX, o capitalismo assistiu o embate entre duas concepções de Estado: de um lado, o modelo Keynesiano; do outro, o Estado mínimo, decorrente da ideologia neoliberal.

Dada a crise do Estado (que inviabiliza o primeiro) e o irrealismo da sua concepção minimalista (que deslegitima o segundo), é necessário reconstruí-lo, de forma que ele não se limite apenas a garantir a propriedade e os contratos, mas também exerça seu papel complementar ao mercado na coordenação da economia e na busca da redução das desigualdades sociais.<sup>5</sup>

Assim, como uma síntese de dois modelos, surge, a partir dos anos 80, o conceito de Estado Regulador. Ainda dentro dos quadros de uma concepção liberal de Estado, na medida em que pretende assegurar o funcionamento da economia de mercado, o Estado Regulador não abandona inteiramente sua veste de Estado intervencionista, vez que objetiva balizar a atuação dos agentes econômicos, em nome da necessidade de salvaguardar o interesse público.<sup>6</sup>

Por meio desse tipo de atuação estatal, objetiva-se conjugar as vantagens provenientes da capacidade do setor privado, cuja autonomia na seleção dos meios é preservada, com a realização de fins de interesse público.<sup>7</sup>

A regulação é, portanto, uma espécie de intervenção estatal, porém indireta, que alcança atividades econômicas e sociais, visando, basicamente, a implementação de políticas

---

<sup>5</sup>BRASIL, Presidente. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

<sup>6</sup>NUNES, António José Avelãs. Breve reflexão sobre o chamado estado regulador. *Revista Seqüência*, nº 54, p. 9-18, jul. 2007.

<sup>7</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. *Dialética*. 2002. p. 30.

públicas e a realização dos direitos sociais.<sup>8</sup> Distingue-se dos modos clássicos de intervenção, por se limitar a supervisionar o jogo econômico: estabelecendo certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer as tensões, compor os conflitos e assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto. Ou seja, por meio da regulação, o Estado passa de ator a árbitro do processo econômico, enquadrando a atuação dos operadores e harmonizando suas ações.<sup>9</sup> A implantação da função regulatória pressupõe “uma posição de exterioridade relativamente ao jogo econômico, uma capacidade de arbitragem entre os interesses em jogo e uma ação contínua a fim de proceder aos ajustes necessários<sup>10</sup>.”

Em sentido amplo, a regulação envolve a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar as práticas privadas desejáveis e reprimir aquelas incompatíveis com a realização dos valores relevantes. As políticas regulatórias envolvem, inclusive, a aplicação jurisdicional do direito, considerando que o Estado Regulador atua preponderantemente pela via normativa.<sup>11</sup>

Da perspectiva da função administrativa, podemos considerar que a atividade regulatória está associada à intervenção indireta do Estado-administração realizada com a finalidade de implementar, com autonomia, políticas constitucionalizadas (prioridades cogentes), via correção de falhas de mercado e de governo, em caráter promocional ou repressivo, de ordem a melhor tutelar a eficácia dos direitos fundamentais.<sup>12</sup>

Um processo de regulação implica várias fases das quais se destacam a formulação das orientações da regulação, a definição e operacionalização das regras, a implementação e aplicação das regras, o controle da aplicação das regras, o sancionamento dos transgressores e a decisão nos recursos.<sup>13</sup>

O objetivo da adoção de um padrão estatal regulatório deve ser a cessão de capacidade decisória sobre aspectos técnicos para entidades descentralizadas em troca de credibilidade e estabilidade, dado que a nova ordem globalizada exige compromisso com a manutenção de regras (segurança jurídica) e contratos de longo prazo.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade. Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 3ª. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 75.

<sup>9</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 73.

<sup>10</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 73.

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. *Dialética*. 2002. p. 40.

<sup>12</sup> FREITAS, Juarez. Teoria da regulação administrativa sustentável. *Revista de Direito Administrativo*, v. 270, p. 117-145.

<sup>13</sup> VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001 apud GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade. Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 3ª. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 96.

<sup>14</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade. Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 3ª. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 97.

Tomando como pressupostos a retração das atividades desempenhadas diretamente pelo Estado e o cometimento de tarefas públicas à iniciativa privada, a regulação mostra-se cada vez mais necessária para corrigir imperfeições de mercado<sup>15</sup>. Na mesma medida, a regulação está em consonância com o espírito da proteção dos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o direito ao desenvolvimento.<sup>16</sup>

Assim, os fins buscados pela regulação não se restringem à abordagem econômica, segundo a qual o Estado Regulador se resumiria a mero “corretor de defeitos econômicos” do mercado. Para além dessa perspectiva, incumbe-lhe promover a satisfação de inúmeros outros interesses, relacionados a valores não econômicos os quais podem não ser atingidos ainda que o mercado esteja em perfeito funcionamento.<sup>17</sup>

Mas é interessante constatar que, embora surja a partir de um contexto de redução do papel do Estado, porquanto transfere boa parte de suas atribuições ao mercado, o Estado Regulador manteve, ou mesmo aumentou, o gasto público, apesar da “radical” alteração na sua forma de intervenção.<sup>18</sup>

É que, embora o Estado se retire do cenário econômico, permanece a necessidade de constranger os limites, os fins e a natureza da atividade privada para que sejam atingidos os resultados necessários ao bem comum.<sup>19</sup>

Nesse contexto, é natural que os agentes econômicos afetados pela atuação governamental aspirem por ambientes mais livres, opondo-se a novas regulamentações.<sup>20</sup> Afinal, a intervenção estatal, ainda que de natureza regulatória, acarreta custos para a economia, os quais são suportados pelo setor empresarial.<sup>21</sup> Alude-se ao conceito de “custo regulatório”, para indicar o efeito do cumprimento de posturas governamentais (muitas vezes desnecessárias ou inúteis) na composição de despesas assumidas pelos empresários para colocar seus produtos no mercado.<sup>22</sup>

---

<sup>15</sup> BARBOSA, Míriam Lúcia. Regulação Econômica. In: CASTRO, Cármen Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; e PINTO, Luciana Moraes raso Sardinha (orgs.). *Dicionário de Políticas Públicas*. Barbacena: EdUEMG, 2015, volume 2, p. 366.

<sup>16</sup> BARBOSA, Míriam Lúcia. Regulação Econômica. In: CASTRO, Cármen Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; e PINTO, Luciana Moraes raso Sardinha (orgs.). *Dicionário de Políticas Públicas*. Barbacena: EdUEMG, 2015, volume 2, p. 366.

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. *Dialética*. 2002. p. 38.

<sup>18</sup> GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, p. 615-630, 2006.

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. *Dialética*. 2002. p. 28.

<sup>20</sup> WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *Revista de direito administrativo*, v. 264, p. 13-56, 2013.

<sup>21</sup> WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *Revista de direito administrativo*, v. 264, p. 13-56, 2013.

<sup>22</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. *Dialética*. 2002. p. 45.

Dessa forma, ao tempo em que são convocados a salvaguardar uma quantidade cada vez maior de direitos, os governos ficam constrangidos a fazê-lo de forma a minimizar os encargos fiscais e regulatórios dos contribuintes, dos regulados e da sociedade em geral. Devem equilibrar a eficiência da iniciativa privada com as demandas da sociedade por proteção contra os piores excessos do mercado; e a eficiência econômica com justiça, equidade e razoabilidade.<sup>23</sup>

O desafio regulatório é, na verdade, criar mecanismos de motivação de lucro, que sejam consistentes com os retornos (*outcome*) pretendidos pelo regulador. A ação eficaz regulatória consiste em estabelecer critérios nos quais o retorno social desejado seja obtido pelo máximo lucro da empresa, de tal forma que esta possa escolher voluntariamente o padrão pretendido pelo regulador.<sup>24</sup>

No Brasil, o Estado de perfil regulador foi escolha do poder constituinte, eis que a Carta Magna reserva ao Estado, de modo preponderante, as funções regulatórias de fiscalização, incentivo e planejamento.<sup>25</sup>

O cenário brasileiro atual aponta para o aprofundamento desse modelo, quando combinamos a recorrente escassez de recursos e a premente necessidade de investimentos significativos em infraestrutura que solucione os gargalos logísticos e favoreça o desenvolvimento da atividade econômica.<sup>26</sup>

Além disso, o Estado não teria como escapar ao movimento de fundo que agita as sociedades que entraram na chamada era da pós-modernidade<sup>27</sup>, as quais são marcadas pela

---

<sup>23</sup> WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *Revista de direito administrativo*, v. 264, p. 13-56, 2013.

<sup>24</sup> BENJÓ. *Fundamentos da economia da regulação*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1999, p. 69 apud COUTINHO, Maria do Amparo; GOMES, Marcelo Barros; WANDERLEY, Maurício Albuquerque. 10 Anos de Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 275.

<sup>25</sup> Constituição Federal, arts. 173 e 174.

<sup>26</sup> Segundo a Mensagem que acompanha o Plano Plurianual 2016-2019, o PPA procura dar sequência ao projeto de desenvolvimento inclusivo e está assentado sobre dois pilares: o impulso à expansão do mercado de consumo e produção de massa; e a promoção do investimento, público e privado, coordenado pelo governo, em infraestrutura econômica e social. O documento pondera que “as demandas da população exigem esforços ainda maiores do Estado, seja com mais investimentos em infraestrutura, aumentando a competitividade da economia, seja com mais serviços públicos de qualidade.” BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. PPA 2016-2019 – Mensagem Presidencial. Brasília: MPOG, Secretaria de Planejamento e Investimento Estratégico, 2015. p. 8.

<sup>27</sup> Marcada pelo fim das metanarrativas como grandes esquemas explicativos, a condição pós-moderna encampa uma crise de conceitos como razão, sujeito, totalidade, verdade e progresso; e a valorização de outros, como potência, eficácia e otimização (Lyotard). Não mais a solidez, os contornos bem traçados, a fixidez e a rigidez do poder moderno tradicional, mas uma modernidade líquida, fluida, leve, flexível, sem contornos predeterminados e muito mais dinâmica (Bauman). GOMES JÚNIOR, Admardo Bonifácio. Modernidade, Pós-Modernidade e Hipermodernidade. In: CASTRO, Cármen Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; e PINTO,

complexidade, pela desordem, pela indeterminação e pela incerteza.<sup>28 29</sup> Nesse contexto, começam a ser questionadas as concepções e as estruturas que conformam o direito administrativo clássico e a própria organização administrativa: “a ordem burocrática, fundada sobre a hierarquização, é desestabilizada pela proliferação de estruturas de um novo tipo, colocadas fora do aparelho de gestão clássico e escapando ao poder de hierarquia.”<sup>30</sup>

Com efeito, a configuração atual da ação governamental e da sociedade contemporânea exige não só um novo aparato estatal<sup>31</sup>, mas também uma releitura de categorias, fórmulas e institutos do direito administrativo<sup>32</sup>, dado que aqueles conceitos cunhados há mais de um século já não dão conta dos problemas decorrentes dessa nova temática.<sup>33</sup>

Ademais, para ser possível uma regulação razoável e eficiente de subsistemas altamente complexos e fortemente impactados pela tecnologia, como os que caracterizam a sociedade contemporânea, é imprescindível o incremento nos espaços para as escolhas do administrador – o que acarreta imprevisibilidade e insegurança jurídica decorrentes de decisões e inúmeras normas produzidas fora do circuito legiferante. Resta identificar como compatibilizar essa ampliação na liberdade administrativa na ponderação de interesses antagônicos e conflitos distributivos com a necessidade de contenção do arbítrio<sup>34</sup>, papel exercido preponderantemente pela função de controle.

## 2.2. Discricionariedade, Regulação e Controle

Foi a partir do século XIX que o mundo jurídico abriu os olhos para o que hoje conhecemos como Direito Administrativo.<sup>35</sup> Naquele momento histórico, de proeminência do poder legislativo, o direito expressava-se, precisamente, por meio de leis. Representantes da

---

Luciana Moraes raso Sardinha (orgs.). *Dicionário de Políticas Públicas*. Barbacena: EdUEMG, 2015, volume 2. p. 268.

<sup>28</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 16-22.

<sup>29</sup> Embora não seja objeto de estudo neste trabalho, não se ignoram as críticas às concepções de pós-modernidade, como a desenvolvida por Habermas, para quem o projeto da modernidade ainda encontra-se inacabado. Cf HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.

<sup>30</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 16-22.

<sup>31</sup> Não se pode olvidar da reestruturação dos marcos teóricos que balizam a Administração Pública promovida a partir da segunda metade dos anos 90, a qual pode ser representada pela tentativa de superação do modelo burocrático weberiano.

<sup>32</sup> Que passa a sofrer forte influência do direito econômico.

<sup>33</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 24.

<sup>34</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 30-32.

<sup>35</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo :Atlas, 2014. p. 7.

vontade geral<sup>36</sup> e expressão fiel da própria razão humana, as normas jurídicas teriam o condão de garantir clareza, segurança absoluta e uma univocidade incondicional a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos.<sup>37</sup>

Naquele panorama, o monopólio político-legislativo de uma classe social relativamente homogênea determinava, por si só, as condições de unidade da legislação.<sup>38</sup>

Se assim era, as normas indicariam o único e possível comportamento para o administrador no caso concreto, não permitindo espaços discricionários ou conceitos abertos para algum tipo de julgamento subjetivo.<sup>39</sup>

Com a crescente complexidade das matérias, o Parlamento mostra-se incapaz de responder às demandas do Estado moderno. Esses fatores somados à impossibilidade de realização dos ideais positivistas de objetividade e neutralidade conduzem ao deslocamento da primazia do legislativo para o executivo<sup>40</sup>.<sup>41</sup>

Na medida em que o poder executivo aumenta seu protagonismo e consolida sua autonomia, ocorre uma progressiva ampliação do espaço para as escolhas administrativas – seja por abertura normativa do texto legal ou por discricionariedade pura – a qual vai atingir seu ápice no modelo intervencionista de Estado.<sup>42</sup>

De se notar que, num contexto de pluralismo e heterogeneidade dos valores e dos interesses, a lei já não é mais expressão pacífica de uma sociedade política internamente coesa, mas a manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social. Não é mais garantia última e absoluta de estabilidade, mas, ela mesma, causa de instabilidades.<sup>43</sup> E, na medida em que a lei perde seu *status*, o administrador passa a operar com maior liberdade a gestão do interesse público, passam a ser incrementados os espaços para a discricionariedade.

---

<sup>36</sup> Rousseauiana.

<sup>37</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 40-42.

<sup>38</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia e democracia*. Trad. Marina Gascón. Madrid, Editorial Trotta, 2011. p. 32.

<sup>39</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 40-42.

<sup>40</sup> Com as transformações do Estado, deslocou-se a primazia do legislativo para o executivo, afetando a relação entre os dois poderes, na modelagem da concepção clássica da legalidade administrativa; atenuou-se a contraposição entre os dois poderes, reconhecendo-se a existência de função de orientação política na cúpula do poder executivo; a lei votada pelo legislativo deixou de representar a vontade geral. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 146.

<sup>41</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 50.

<sup>42</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 51-57.

<sup>43</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia e democracia*. Trad. Marina Gascón. Madrid, Editorial Trotta, 2011. p. 38.

A tradicional doutrina administrativista segmenta a decisão administrativa em vinculada e discricionária. Em certos casos, a lei regula determinada situação em termos tais que não resta ao administrador nenhuma margem de liberdade, situação na qual se diz que há vinculação. Reversamente, fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal deixa a cargo do administrador certa esfera de liberdade para, a seu juízo, escolher a medida apropriada para dar a melhor satisfação ao objetivo da lei<sup>44</sup>.

Assim, a discricionariedade pode ser caracterizada como:

a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>45</sup>

Considera-se que haverá discricionariedade quando, agindo segundo o Direito, o comportamento administrativo não possa ser refutado por outro juízo pretensamente portador de verdade legal objetiva. Sempre que a relatividade do que foi apreciado e executado administrativamente não possa ser recusado pela contrariedade racional e conforme o Direito, aceita-se a conduta pública como tendo sido praticada no exercício regular da discricionariedade.<sup>46</sup>

Se é assim, diante do exercício regular de juízo discricionário por parte do administrador, não estão outros órgãos legitimados a impugnar a decisão administrativa exclusivamente com base nas percepções subjetivas de seus próprios agentes<sup>47</sup>. Por isso,

---

<sup>44</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 977-980.

<sup>45</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 988.

<sup>46</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Livraria Del Rey Editora, 1994.

<sup>47</sup> A título de exemplo dos riscos envolvidos com essa interferência indevida, mencione-se o caso relatado pelo jornalista Luiz Orlando Carneiro, em Seminário Internacional organizado pelo Instituto Helio Beltrão em setembro de 2001: “Porque os juízes de primeira instância – não todos, evidentemente, mas parte deles – têm se pronunciado política e ideologicamente contra as privatizações através de sentenças de primeira instância. Quando houve todo esse processo de privatização, quantas liminares foram concedidas pela primeira instância! Era um negócio diário que você tinha que cobrir, não sabia se ia haver leilão, se não ia...”. No mesmo evento, pronunciou-se da seguinte forma o professor Adilson Dallari: “Nós tivemos um exemplo disso no processo de privatização, quando houve uma incrível enxurrada de liminares de tudo quanto é jeito, concedidas em petições sem nenhum fundamento, que revelavam, apenas, uma posição ideológica dos juízes. Há pouco tempo, na crise de energia elétrica, tivemos uma série de liminares concedendo o direito de receber energia. Mas... e a produção? A liminar gera energia elétrica?” SEMINÁRIO INTERNACIONAL: DEBATES E TRABALHOS APRESENTADOS EM BRASÍLIA. Setembro de 2001. *Quem controla as agências reguladoras de serviço público?* Brasília: IHB, 2003. 400p. p. 82 e 200.

quanto maior a discricionariedade, menor o alcance do controle sobre a Administração Pública.

A doutrina diverge quanto à inclusão dos conceitos jurídicos indeterminados<sup>48</sup> no âmbito da discricionariedade. Enquanto há quem defenda a existência de liberdade de escolha por parte do agente, segundo sua vontade, na aplicação dos conceitos vagos ou indeterminados, há quem não admita discricionariedade nesse caso, com base no entendimento de que há somente uma “unidade de solução justa”.<sup>49</sup>

Para os primeiros, o caráter fluido e impreciso do conceito indeterminado, que o torna irredutível a uma completa objetividade, faz com que remanesça algum grau de discricionariedade ao administrador.<sup>50</sup> Nesses casos, não é possível contestar a coexistência de mais de uma interpretação válida, desde que elas sejam igualmente razoáveis.<sup>51</sup> Como resultado, é maior o espectro de situações de exercício da discricionariedade, e conseqüentemente uma maior gama de situações infensas ao controle ou, ao menos, submetidas a um controle de menor intensidade.

No segundo grupo encontram-se aqueles que sustentam a existência de uma única solução justa para cada caso concreto.<sup>52</sup> Essa tese fornece as bases para que o controle avance sobre a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, a fim de verificar se a decisão administrativa adotou a única solução correta para aquela situação específica.

No âmbito da atividade regulatória, ganha notoriedade a noção de discricionariedade técnica, a qual valorizaria a liberdade do órgão administrativo especializado na decisão de questões técnicas. A discricionariedade técnica estaria embasada no aparato necessário para investigação da solução mais conveniente e oportuna quando se trata de matéria técnica específica.<sup>53</sup> Utiliza-se esse conceito diante da prática de atos que, mesmo envolvendo uma

---

<sup>48</sup> Por exemplo, “notável saber”, “ordem pública”, “bons costumes”, “interesse público”, “segurança nacional” etc. conforme exemplificado em BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 985 e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo :Atlas, 2014. p. 56.

<sup>49</sup> QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010.

<sup>50</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 984-988.

<sup>51</sup> QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010.

<sup>52</sup> GUERRA, Sérgio Antônio Silva. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Editora Lumen Juris, 2005.

<sup>53</sup> TINANO, Marcelo Maciel. *Controle externo e autonomia das agências reguladoras: estudo de casos da ANEEL*. 2015. 112f. Dissertação de Mestrado. Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2015. p. 30.

margem de escolha por parte da administração pública, demandam recurso a conhecimentos técnicos específicos.<sup>54</sup>

O conceito apresentado normalmente é associado aos atos praticados pelas agências reguladoras, eis que a atividade regulatória envolve, essencialmente, a função discricionária de eleger os meios técnicos adequados ao atendimento das finalidades previstas em lei.<sup>55</sup> Com efeito, uma das características da atividade estatal reguladora é a grande quantidade de normas e termos técnicos, os quais se referem a conceitos estritamente científicos e indeterminados.<sup>56</sup>

Mas o termo “técnico” descaracterizaria a principal qualidade de um ato discricionário: a liberdade de escolha. A ideia é a de que o critério técnico restringe as opções do agente. Se o conhecimento especializado é capaz de ditar a melhor solução para determinado problema concreto, não restaria ao administrador outra solução se não adotá-la. Por sua vez, o ato de escolha de outra solução que não a recomendada tecnicamente estaria sujeito a correção judicial.

Afinal, mesmo as escolhas técnicas podem revelar-se inteiramente impróprias, inadequadas, desarrazoadas, custosas, contrárias ao interesse público e à finalidade legal, o que ensejaria a adoção de medidas corretivas.<sup>57</sup>

Por outro lado, o controle do ato administrativo amparado na técnica estará dificultado quando a ciência ou a técnica não oferecerem critérios claros de escolha da melhor opção.<sup>58</sup> Nesses casos, em que a tecnicidade não é capaz de conduzir a soluções unívocas, abre-se uma margem de elasticidade na decisão que impede a formação de um juízo técnico<sup>59</sup> desvinculado dos critérios de conveniência e oportunidade.

Portanto, só há que se falar em discricionariedade técnica diante da utilização de métodos não unívocos, sendo indispensável que a aplicação da técnica em jogo permita margem sobre a qual se possa exercer um ato de escolha. Vale dizer, a mera presença de um conceito, método ou técnica não é suficiente para caracterizar a discricionariedade técnica, apesar de normalmente essa particularidade ser tomada como sua nota característica. Para que haja discricionariedade, a inserção de critérios técnicos deve vir acompanhada de margens

---

<sup>54</sup> CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, 2010.

<sup>55</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Lumen Juris, 2005. p. 356.

<sup>56</sup> GUERRA, Sérgio Antônio Silva. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Editora Lumen Juris, 2005.

<sup>57</sup> RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. *Revista do TCU*, n. 104, p. 5-16, 2005.

<sup>58</sup> CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, 2010.

<sup>59</sup> MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Agências, expertise e profissionalismo: o paradigma da técnica na administração pública*. 2010.

reais de opção. A discricionariedade técnica dependeria da junção entre matéria técnica, sobre a qual são exercidos os juízos de oportunidade, e análise discricionária, havendo apreciação do interesse público em concreto para justificar a ação administrativa.<sup>60</sup>

Ao recorrer a critérios objetivamente aferíveis, a fundamentação técnica delimita a margem de escolha do administrador, ainda que a ciência não assegure a “certeza das decisões a adotar” e que remanesça algum juízo de conveniência e de oportunidade sobre a escolha da técnica mais adequada. Assim, embora a técnica não seja, no mais das vezes, suficiente para determinar a adoção desta ou daquela solução administrativa, a escolha concreta deverá vincular-se a juízos técnico-científicos.<sup>61</sup>

Após examinar doutrina local e alienígena, Sérgio Guerra conclui que não existe uniformidade de linha de pensamento acerca do que seria a discricionariedade técnica, não sendo possível nem mesmo estabelecer algum tipo de polarização com as opiniões divergentes, em virtude de sua mutiplicidade. Para o autor, o desenvolvimento dessa expressão revela apenas uma tentativa de limitação do controle jurisdicional, no sentido de evitar que as escolhas técnicas da Administração sejam substituídas pelas opções técnica realizadas pelo juiz. O que existiria, na verdade, é discricionariedade administrativa pura, ainda que, em determinados assuntos, o administrador se valha apenas de conhecimentos técnicos – e não políticos – para decidir o caso concreto.<sup>62</sup>

Inserese no âmbito da discricionariedade, por exemplo, o poder de regular determinado segmento de mercado, tendo em conta a impossibilidade de o legislador definir *a priori* a melhor solução a ser adotada para todas as situações concretas que se apresentam para o administrador público. O juízo de conveniência e oportunidade na definição do conteúdo do ato regulatório deve estar em estrita sintonia com a necessidade de se adotarem soluções que, do ponto de vista técnico, econômico e social, sejam consideradas mais adequadas para a realização do interesse público.<sup>63</sup>

Mas, conforme aponta a doutrina mais moderna, a tradicional teoria das escolhas administrativas (segmentadas em escolha vinculada e escolha discricionária) tem se mostrado insuficiente ante os graves desafios postos pela crescente complexidade, tecnicidade, mutabilidade e aceitabilidade social atual.

---

<sup>60</sup> TINANO, Marcelo Maciel. *Controle externo e autonomia das agências reguladoras: estudo de casos da ANEEL*. 2015. 112f. Dissertação de Mestrado. Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2015. p. 32.

<sup>61</sup> CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, 2010.

<sup>62</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 153-157.

<sup>63</sup> FURTADO, Lucas Rocha. O papel das agências no Estado brasileiro: considerações sobre a discricionariedade técnica. *Revista do TCU*, n. 98, p. 11-18, 2003.

Essa linha doutrinária sustenta que a legitimidade da aplicação da lei por meio da regulação deve ser obtida por processos decisórios abertos, de modo a integrar da maneira mais eficiente possível a vontade do legislador pelo emprego de uma flexibilidade operativa multifuncional, a qual compreende tanto decisões com conteúdo de normatividade secundária, como decisões com conteúdo de execução e decisões com conteúdo parajudicial, dirimentes de conflitos.<sup>64</sup> Por isso, afirma-se que “é na moderna atividade regulatória estatal que melhor se manifesta o novo paradigma de direito administrativo”<sup>65</sup>, o qual teria caráter “menos autoritário e mais consensual, aberto à interlocução com a sociedade e permeado pela participação do administrado”<sup>66</sup>, eis que “supremacia e unilateralidade se substituem por consenso e bilateralidade”<sup>67</sup>.

Nessa linha, os mecanismos de escolha administrativa do passado se apresentam, em determinadas situações complexas, incapazes de compreender a contemporaneidade da sociedade de riscos. As políticas nacionais típicas desse novo estado de coisas se põem em prática mediante a edição de muitas regras gerais, em grande parte com indeterminações técnicas. Na prática, ocorre mais do que uma “simples integração dessas mesmas normas, como ocorre na escolha determinativa de conceito – conceito jurídico indeterminado – e na escolha discricionária – discricionariedade”.<sup>68</sup>

Assim, passa-se a considerar que a categoria das escolhas administrativas acolhe também o tipo “escolha regulatória”, eis que está posto o desafio da implementação da atividade de regulação, com ampla transparência e procedimentalização da participação da sociedade diante de temas que concentram alta tecnicidade e cientificidade, sem amparo exclusivamente na compreensão valorativa dos Administradores públicos. Vale dizer, a tecnicidade do mundo moderno leva ao deslocamento da competência sobre questões complexas do poder legislativo para os reguladores.<sup>69</sup>

---

<sup>64</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. Discricionariedade administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 254, maio/ago, 2010. p. 95-108.

<sup>65</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Pensando o controle da atividade de regulação estatal. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 202.

<sup>66</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Pensando o controle da atividade de regulação estatal. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 202.

<sup>67</sup> CASSESE, Sabino; ORTEGA, Ortega Álvarez. *La globalización jurídica*. Marcial Pons, 2006 apud GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade. Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 3ª. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 92.

<sup>68</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 92-93.

<sup>69</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 100-101.

É relevante a discussão doutrinária sobre a discricionariedade (ou sobre as escolhas administrativas, incluída aí a novel concepção de escolha regulatória), porquanto traz reflexos à profundidade do controle que será exercido sobre aqueles atos.

É interessante notar que o debate sobre o controle dos atos discricionários, o qual já versou sobre a possibilidade ou não desse tipo de controle, atualmente reside na análise acerca do grau de alcance e das condições sob as quais ele deve ser exercido.

Com efeito, não se mostra sustentável a tese de que o ato administrativo discricionário esteja completamente defeso de controle. Por essa razão, são diversas as hipóteses levantadas pela doutrina acerca da possibilidade de correção de atos praticados no âmbito da competência discricionária. A título de exemplo, poderiam ser adequadamente revistos judicialmente atos discricionários que, embora praticados dentro dos marcos legais estritos, se enquadrassem nas seguintes situações:

- a) ato que viole princípios constitucionais<sup>70</sup>;
- b) ato que contenha vício manifesto no seu processo de formação<sup>71</sup> (seja por falhas procedimentais, seja pela ocorrência de erros na adoção de critérios técnicos<sup>72</sup>);
- c) ato que, embora amplamente discricionário na previsão normativa, mostre-se vinculado no caso concreto, em virtude de os contornos fáticos daquela situação conduzirem necessariamente a outra solução, distinta da que foi adotada;<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> Toda atuação da Administração Pública submete-se à supremacia da Constituição, de modo que também os atos administrativos discricionários subordinam-se aos princípios constitucionais, notadamente relacionados a direitos fundamentais. Cf CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, 2010.

Os princípios constitucionais podem reduzir ou limitar a discricionariedade da administração, conforme o caso concreto. Cf RIBAS, Carolline Leal; DE CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *Revista de Direito Administrativo*, v. 268, p. 83-116, 2013.

No campo da discricionariedade administrativa, o controle judicial por meio de princípios de direito não consiste na substituição da decisão administrativa pela decisão própria e subjetiva do juiz. O controle por princípios deve conduzir o juiz ao âmago da decisão questionada, a fim de identificar uma explicação material amparada em princípio geral. Trata-se de técnica absolutamente necessária e indispensável ao controle do arbítrio e da injustiça do ato. Cf GUERRA, Sérgio Antônio Silva. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Editora Lumen Juris, 2005. p. 296-297.

<sup>71</sup> Como o escopo idealizado pelo Estado é atingido por meio de um processo administrativo, regulá-lo é a maneira mais eficaz de controlar a administração pública, dada a possibilidade de intervenção no sentido de verificar a lisura e o escoreito prosseguimento dos atos administrativos dentro do processo. Cf CASTRO, Rodrigo Pironti Aguierre de. *Processo administrativo e controle da atividade regulatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 121.

<sup>72</sup> É possível ao Poder Judiciário examinar atos discricionários para corrigir eventuais erros no estabelecimento de critérios técnicos. Cf DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: GOMES, Marcelo Barros et al. *O controle externo da regulação de serviços públicos*. Brasília: TCU, 2002. p. 64.

<sup>73</sup> A situação concreta afunila o campo de liberdade abstratamente aberto na lei e pode eliminá-lo por completo, o que pode ser verificado pelo judiciário sem que haja qualquer invasão do campo discricionário do agente. Cf BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1004.

d) ato que adote solução flagrantemente desarrazoada;<sup>74</sup>

e) ato que não encontra suporte em motivação<sup>75</sup> adequada (ou seja, os fundamentos apresentados carecem de coerência<sup>76</sup>, racionalidade<sup>77</sup> ou veracidade<sup>78</sup>);

f) ato cometido com desvio de finalidade<sup>79</sup>.

Em que pese essas possibilidades de controle do poder discricionário, que tendem a estreitar a margem de liberdade do agir administrativo, continuam válidas as exigências de cautela e contenção dirigidas aos órgãos de controle (sejam os judiciais, seja o Ministério Público, sejam os tribunais de contas), os quais não podem ocupar o papel dos agentes públicos do Executivo, em particular, das agências reguladoras. Eventuais excessos na atuação dos órgãos de controle, com atuação meramente substitutiva à do administrador,

---

Em casos concretos nos quais os autos e a norma discricionária a ser aplicada ofereçam elementos suficientes para que seja cabível apenas uma solução razoável, o Poder Judiciário não deverá se furtar em aplicá-la. Cf ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009 apud TINANO, Marcelo Maciel. *Controle externo e autonomia das agências reguladoras: estudo de casos da ANEEL*. 2015. 112f. Dissertação de Mestrado. Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2015. p. 70.

<sup>74</sup> Embora não caiba ao Judiciário substituir o juízo técnico pelo seu, isso pode ocorrer no caso de zona de certeza de sua manifesta irrazoabilidade. Cf SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Lumen Juris, 2005. p. 371.

<sup>75</sup> A partir da motivação do ato, o administrador passa a estar vinculado aos motivos explicitados. Cf MACIEIRA, Leonardo dos Santos. O problema da regulação e a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim dos órgãos reguladores. *Revista do TCU*, n. 110, p. 71-77, 2007. Sustenta-se serem controláveis os atos administrativos discricionários por meio da sua motivação. Cf CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, 2010.

O exame de decisões administrativas discricionárias deve ser feito por meio do escrutínio cuidadoso das razões da agência. Quando a decisão não apresentar suficientes fundamentos, deve ser determinado às agências que justifiquem seus atos. Cf SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções Gerais sobre o Controle das Agências Reguladoras no Direito Norte Americano. In: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella (Coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004. p. 414.

<sup>76</sup> O juiz deve analisar se há transparência e coerência lógica na motivação científica, técnica ou de experiência, podendo ir até onde sejam possíveis os aspectos objetiváveis. Cf SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Lumen Juris, 2005. p. 370/371.

<sup>77</sup> O controle judicial possibilita o controle da razoabilidade das decisões, através da exigência de suporte factual e conclusões racionais. Cf SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções Gerais sobre o Controle das Agências Reguladoras no Direito Norte Americano. In: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella (Coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004. p. 410.

<sup>78</sup> O controle dos atos administrativos se estende ao exame dos motivos e da causa do ato. O ato é nulo se inexistente o motivo ou se o administrador extraiu dele consequências incompatíveis com o direito. O juiz deve proceder à análise dos pressupostos de fato que embasaram a atuação administrativa. Quanto ao exame da causa, cogita-se de uma congruência, de uma compatibilidade lógica, isto é, de uma relação de pertinência entre o elemento empírico, que serviu de suporte para a prática do ato, e seu conteúdo, tendo em vista a finalidade legal do ato. Cf BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 993-998.

A doutrina pátria é pacífica no entendimento de que a inexistência do motivo alegado como fundamento para a prática de qualquer ato administrativo acarreta sua nulidade. Também a desconformidade entre os motivos e a realidade acarreta a invalidade do ato. GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 262.

<sup>79</sup> Também na perquirição da finalidade, a fim de verificar se houve desvio de poder, o judiciário comparece a fim de controlar a legitimidade da atuação administrativa. Desvio de poder (ou desvio de finalidade) é o manejo de uma competência em descompasso com a finalidade em vista da qual foi instituída. Cf BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 993-998.

podem representar grave subversão das funções estatais e desconsideração à importante dimensão da especialização técnico-funcional do princípio da separação dos poderes.<sup>80</sup>

Vale dizer, o campo de apreciação meramente subjetiva permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro e invasão de funções em ofensa ao princípio da independência dos poderes (Constituição Federal, art. 2º).<sup>81</sup>

Toda essa discussão, normalmente travada no âmbito do controle judicial, pode dar suporte para a análise dos limites do controle externo realizado pelo TCU.

### 2.3. Controle Externo da Regulação

O controle externo caracteriza-se por ser exercido por órgão estranho à Administração responsável pelo ato controlado e visa a comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, bem como a fiel execução do orçamento<sup>82</sup>. É função do Poder Legislativo (portanto, um controle de natureza política) exercida com auxílio dos respectivos Tribunais de Contas (portanto, sujeito à apreciação técnico-administrativa). Consiste, assim, na fiscalização do povo, por meio de seus representantes, sobre a administração financeira e orçamentária<sup>83</sup>.

No que diz respeito à prestação de serviços públicos, compete ao TCU acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela administração pública federal, compreendendo as privatizações de empresas, incluindo instituições financeiras, e as concessões, permissões e autorizações de serviço público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal e das normas legais pertinentes<sup>84</sup>.

O controle exercido sobre os atos das agências reguladoras pode ser caracterizado como um “controle de segunda ordem”<sup>85</sup>, que não se confunde nem se sobrepõe à fiscalização realizada por elas (de se notar que o objeto de controle não são as empresas concessionárias em si, mas as agências). Busca-se identificar falhas e oportunidades de melhoria de procedimentos, a fim de evitar que as agências reguladoras afastem-se dos limites impostos

---

<sup>80</sup> QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010.

<sup>81</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1008

<sup>82</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>83</sup> SILVA, José Afonso. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2010.

<sup>84</sup> Regimento Interno do TCU, art. 1º, XV.

<sup>85</sup> Para utilizar a expressão adotada no Acórdão 2.314/2014-TCU-Plenário.

pela lei ou adotem decisões não condizentes com sua finalidade legal ou resultantes da sua captura por interesses dos entes regulados<sup>86</sup>:

Especificamente em relação ao acompanhamento dos atos regulatórios, salienta-se que o TCU não atua diretamente formulando políticas públicas ou direcionando a regulação, mas sobretudo fiscaliza a atuação das agências em face de suas competências legais, de modo que estas não ultrapassem os marcos legais do setor. O foco do controle sobre as agências reguladoras dá-se basicamente em dois momentos: o primeiro, nos atos de outorga de delegação ao ente privado da prestação de um serviço público; o segundo, na execução dos contratos decorrentes dessas outorgas. O objetivo do controle nos dois momentos não é outro senão o de garantir regularidade, transparência e auditabilidade aos atos das agências. Dessa forma, ao reduzir eventuais riscos de captura pelo regulador, o Controle Externo cria condições necessárias para estabilidade das regras, o correto cumprimento dos contratos e a eficiência da regulação.<sup>87</sup>

Uma especificidade desse tipo de controle é a necessidade de especialização do corpo técnico para que o tribunal de contas possa se aprofundar na fiscalização de editais e contratos e no acompanhamento da execução contratual.<sup>88</sup>

Quanto aos limites do controle externo da regulação, há de se observar a existência de acirrada controvérsia acerca da possibilidade, ou não, de as Cortes de Contas exercerem controle sobre as atividades finalísticas e sobre os atos administrativos discricionários das agências reguladoras.

Parte da doutrina (Luís Roberto Barroso, Marcos Juruena Vilela Souto e Marçal Justen Filho, entre outros) dá contornos mais restritos à amplitude desse tipo de controle, limitando-o à fiscalização de atos de gestão e despesa.<sup>89</sup> Em linhas gerais, sustenta-se que o controle deveria ater-se aos atos de gestão administrativa propriamente dita (dispêndios,

---

<sup>86</sup> COUTINHO, Maria do Amparo; GOMES, Marcelo Barros; WANDERLEY, Maurício Albuquerque. 10 Anos de Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

<sup>87</sup> COUTINHO, Maria do Amparo; GOMES, Marcelo Barros; WANDERLEY, Maurício Albuquerque. 10 Anos de Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

<sup>88</sup> VIDIGAL, José Augusto Maciel. As Agências Reguladoras e seus Poderes Especiais no Ambiente Institucional Contemporâneo Brasileiro. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

<sup>89</sup> VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O Controle do Tribunal de Contas da União Sobre os Atos Discricionários das Agências Reguladoras à Luz dos Princípios Constitucionais. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 122 e OLIVEIRA, Deise Souza de. A Atuação dos Tribunais de Contas no Controle da Exploração de Rodovias Federais Delegadas aos Entes Federados. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 189.

licitações e contratações, atos atinentes a pessoal e respectiva remuneração), não cabendo investigar o conteúdo de decisões regulatórias.<sup>90</sup>

Outra parcela (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Mauro Roberto Gomes de Mattos, Alexandre Santos de Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto, Paulo Soares Bugarin e Benjamin Zymler, entre outros) defende um perfil mais abrangente ao controle externo da regulação, o qual poderia alcançar as atividades-fim dos órgãos reguladores.<sup>91</sup> Se o objeto da regulação são bens e serviços públicos, é papel do TCU aferir se os interesses afetos ao Poder Público estão sendo preservados.<sup>92</sup>

A segunda vertente ganha força quando, no âmbito de uma administração pública gerencial, o controle volta-se mais aos resultados (fins) do que aos processos (meios).<sup>93</sup> Nos quadros desse paradigma, além do controle jurídico formal, o TCU deve exercer também um controle mais sofisticado, finalístico, de natureza operacional, o qual busca verificar se as metas das agências, os objetivos das agências ou de qualquer órgão ou entidade estão sendo ou não alcançados.<sup>94</sup>

Ainda que se admita que o TCU possa avaliar os atos regulatórios propriamente ditos (e não apenas os atos de gestão das agências reguladoras), haveria que se perscrutar acerca da amplitude desse controle e em que medida ele é limitado pela discricionariedade do regulador.

Nesse ponto, pode contribuir a discussão sobre o alcance do controle judicial sobre os atos discricionários, abordado no tópico anterior. Não é desarrazoado defender a possibilidade de o controle externo alcançar o ato discricionário naquelas mesmas hipóteses excepcionais, mencionadas alhures, em que se admite o controle pelo poder judiciário.<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. Dialética. 2002. p. 588.

<sup>91</sup> VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O Controle do Tribunal de Contas da União Sobre os Atos Discricionários das Agências Reguladoras à Luz dos Princípios Constitucionais. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 124; OLIVEIRA, Deise Souza de. A Atuação dos Tribunais de Contas no Controle da Exploração de Rodovias Federais Delegadas aos Entes Federados. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 190; e MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Forum, 2005. p. 126-127.

<sup>92</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Forum, 2005. p. 126-127.

<sup>93</sup> BRASIL, Presidente. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

<sup>94</sup> Manifestação de Benjamin Zymler, Ministro do Tribunal de Contas da União, em Seminário Internacional organizado pelo Instituto Helio Beltrão em setembro de 2001. SEMINÁRIO INTERNACIONAL: DEBATES E TRABALHOS APRESENTADOS EM BRASÍLIA. Setembro de 2001. *Quem controla as agências reguladoras de serviço público?* Brasília: IHB, 2003. 400p. p. 46.

<sup>95</sup> Conforme assinalado, o controle sobre a discricionariedade poderia ocorrer nos casos de violação a princípios constitucionais, vício no procedimento, vinculação do agente a solução distinta da adotada devido aos contornos do caso concreto, solução flagrantemente desarrazoada, falhas identificadas na análise da motivação e desvio de finalidade.

Em adição, é preciso considerar que a fiscalização realizada pelo TCU abrange não só a legalidade, mas também a legitimidade<sup>96</sup>, a economicidade<sup>97</sup> e a eficiência<sup>98</sup>, o que fornece maiores possibilidades de parâmetros para o exercício da atividade de controle.<sup>99</sup> Ademais, a previsão constitucional para a realização de auditorias de natureza operacional - as quais agregam dimensões de desempenho ao controle -<sup>100</sup> é o principal fundamento apontado para a defesa da possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem controle sobre as atividades-fim e sobre os atos discricionários das agências reguladoras.<sup>101</sup>

Num cenário de escassez, um dos objetivos primordiais do controle é a busca da melhor aplicação dos recursos financeiros. Superada a era dos controles de índole meramente formal, é possível afirmar, à luz do ordenamento jurídico pátrio, que os atos discricionários podem ser passíveis de censura, seja pelo Poder Judiciário, seja pelos órgãos de controle. Com efeito, nos limites estabelecidos pelo Legislador Constituinte<sup>102</sup>, cumpre ao TCU avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos praticados pelos jurisdicionados. Dessa forma, o Tribunal não exorbita de suas funções quando, detectada ineficiência, ilegitimidade ou antieconomicidade no ato administrativo discricionário, entre outras hipóteses, assina prazo para adoção das providências cabíveis.<sup>103</sup>

---

<sup>96</sup> A verificação quanto à legitimidade diz respeito a avaliar se o ato controlado realiza o direito fundamental que lhe é subjacente na medida e na profundidade exigida pela Constituição. Cf CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de Contas - Controle das Políticas Públicas pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015. p. 161.

<sup>97</sup> O vocábulo economicidade se vincula, finalisticamente, no plano da ciência econômica e da teoria geral da administração, à idéia fundamental de desempenho qualitativo. Como parâmetro de controle permitiria avaliar, portanto, a obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico. Cf BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 210.

<sup>98</sup> O vocábulo eficiência liga-se à ideia de ação que leve à ocorrência de resultados de modo rápido e preciso; significa obter o máximo de resultados de um programa a ser realizado, como produtividade no exercício de atribuições. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 242.

<sup>99</sup> Constituição Federal, art. 70, *caput*.

<sup>100</sup> Constituição Federal, art. 71, inciso IV. A auditoria operacional é o exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública. Enquanto a eficácia relaciona-se ao grau de alcance das metas programadas (bens e serviços), a efetividade diz respeito ao alcance dos resultados pretendidos, a médio e longo prazo. Cf BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Manual de auditoria operacional*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2010.

<sup>101</sup> VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O Controle do Tribunal de Contas da União Sobre os Atos Discricionários das Agências Reguladoras à Luz dos Princípios Constitucionais. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 130.

<sup>102</sup> Constituição Federal, art. 37, *caput*, c/c art. 70, *caput*, além dos princípios implícitos, como o da razoabilidade.

<sup>103</sup> VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O Controle do Tribunal de Contas da União Sobre os Atos Discricionários das Agências Reguladoras à Luz dos Princípios Constitucionais. In: BRASIL. Tribunal de

O controle da discricionariedade – o qual busca evitar o arbítrio e o desperdício – passa pelo exame dos fundamentos de fato e de direito que ensejaram a prática de um ato. Sempre que a motivação for aceitável, denotando efetivo cumprimento às normas em vigor, não caberá a interferência do TCU.<sup>104</sup>

Especificamente quanto às atividades dos entes reguladores, cabe às Entidades de Fiscalização Superior – o TCU entre elas - adentrar na análise dos fundamentos técnicos das escolhas administrativas. Assim, a análise de experiências estrangeiras revela que o controle das atividades-fim dos entes reguladores é uma realidade mundo afora e uma característica do sistema de freios e contrapesos.<sup>105</sup>

Constata-se, pois, que as Entidades Fiscalizadoras Superiores desempenham um importante papel na sustentabilidade e no aperfeiçoamento dos regimes regulatórios, motivo pelo qual adentram suas atividades de controle até mesmo nos atos considerados discricionários, com vistas a verificar sua razoabilidade<sup>106</sup> e adequação. Isso porque a independência dos entes reguladores, essencial para que esses exerçam seus papéis de forma isenta, pode levar também a comportamentos indesejados por parte daqueles que delegaram mandatos específicos para os referidos entes.<sup>107</sup>

De qualquer forma, a par da discussão doutrinária, é fato que, na prática, o Tribunal tem exercido controle sobre a atividade regulatória<sup>108</sup>, ainda que se possa discutir, a cada caso, qual o alcance dessa atribuição. As fiscalizações promovidas pelo TCU envolvem a formação

---

Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 147.

<sup>104</sup> VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O Controle do Tribunal de Contas da União Sobre os Atos Discricionários das Agências Reguladoras à Luz dos Princípios Constitucionais. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 147.

<sup>105</sup> Os casos de Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Portugal e Argentina foram analisados em estudo apresentado em QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010.

<sup>106</sup> Conceito entendido como a coerência lógica nas decisões administrativas, a adequação entre meios e fins e a adequada consideração acerca dos interesses direta ou indiretamente envolvidos na decisão. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 244.

<sup>107</sup> QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010. p. 209.

<sup>108</sup> Desde o ano de 1998, o TCU tem adaptado a sua estrutura organizacional para realizar o controle da regulação, com unidades especializadas em desestatizações, concessões e agências reguladoras. Assim, embora ainda remanesçam divergências doutrinárias, no seio do Tribunal a matéria encontra-se já pacificada, não havendo quaisquer dúvidas quanto à possibilidade de fiscalização das atividades regulatórias das agências. Dessa forma, o TCU tem efetivamente atuado no controle das atividades-fim das agências em diversos setores econômicos, tais como: energia elétrica, telecomunicações, portos, rodovias, ferrovias, transportes de passageiros interestaduais e internacionais, petróleo e gás natural, saúde, saúde suplementar, água etc. Cf QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010. p. 214.

de juízo sobre os resultados, a economicidade, a eficiência e a efetividade da atuação dos entes reguladores. Mais que isso, identifica e recomenda práticas de gestão regulatórias que possam alavancar o desempenho dos entes envolvidos, analisa a governança do regime regulatório e, ainda, busca criar um histórico em políticas de regulação que sirva de base para tomadas de decisões, sem, contudo, sobrepor-se e confundir-se com o papel do regulador.<sup>109</sup>

Esse avanço do controle sobre a atividade regulatória tem despertado constantes críticas acerca da competência do Tribunal para desempenhar tal atividade.

Contra o controle externo exercido pelo TCU sobre os atos regulatórios argumenta-se, em geral, que: essa atuação seria ilegal ou inconstitucional; suas recomendações e determinações<sup>110</sup> seriam uma ingerência sobre a autonomia dos órgãos reguladores; o TCU estaria regulando o mercado em substituição ao próprio regulador; e a atuação do TCU acabaria resultando em insegurança jurídica.<sup>111</sup>

O maior receio que existe é o de que a atuação dos órgãos de controle seja excessiva<sup>112</sup>, de maneira meramente substitutiva dos agentes reguladores, sem levar em conta a importante dimensão da especialização técnico-funcional do princípio da separação dos

---

<sup>109</sup> MARTINS, Paulo Roberto Wiechers et al. Iniciativas do TCU para o aperfeiçoamento do controle externo da regulação. *Revista do TCU*, n. 104, p. 32-40, 2005.

<sup>110</sup> É relevante estabelecer distinção entre as determinações (cogentes) e as recomendações (não cogentes) proferidas pelo Tribunal de Contas da União. Na fiscalização das agências reguladoras, a adoção de determinações seria mais voltada a casos que envolvam atos vinculados. Nesse sentido, sempre que a lei e o regulamento abram campo para a deliberação autônoma do ente regulador, e não se caracterizam ilegalidades nas decisões das agências reguladoras, o Tribunal lhes endereça recomendações, respeitando-lhes inclusive a faculdade de avaliar a oportunidade e a conveniência de adotar – ou não – as sugestões assim formalizadas. Por serem feitas em caráter de colaboração, sem qualquer vezo coercitivo, as recomendações respeitam os limites de competências técnica e regulamentar do regulador. Cf QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010. p. 237.

<sup>111</sup> MACIEIRA, Leonardo dos Santos. O problema da regulação e a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim dos órgãos reguladores. *Revista do TCU*, n. 110, p. 71-77, 2007.

<sup>112</sup> Muitas vezes, a crítica centra-se no excesso de modalidades de controle, como se depreende da manifestação de Pedro Parente, então Ministro-Chefe da Casa Civil, em Seminário Internacional organizado pelo Instituto Helio Beltrão em setembro de 2001: “Vivemos numa sociedade de demandas crescentes, num mundo que muda com velocidade cada vez maior (...). Trata-se de uma sociedade em que os requerimentos sobre o governo são cada vez maiores e que, portanto, o governo tem de estar preparado para mudar, ser flexível. Nesse sentido, é fundamental uma gestão empreendedora, em que os administradores públicos possam ter a autonomia necessária para poder provocar essas mudanças. (...) O que coloco para discussão é saber se essa multiplicidade de controles que já existem não pode ser conflitante, se permite a essas agências a flexibilidade que vejo no mundo de hoje.” No mesmo evento, pronunciou-se Paulo Pedrosa, então diretor da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), da seguinte forma: “Outro ponto importante é a quantidade de fiscalizações a que os órgãos reguladores estão submetidos. Num levantamento rápido, feito ainda hoje pela manhã, nós identificamos não demandas no sentido de envio de informações, mas demandas que exigem esforço de processamento interno da agência: 218 demandas a partir de janeiro deste ano. São demandas do TCU, da Secretaria de Fiscalização e Controle da Fazenda [que veio a se transformar na CGU e, depois no Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle], da AGU, de Procuradorias Estaduais e mesmo Municipais, do Ministério Público Federal (...).” SEMINÁRIO INTERNACIONAL: DEBATES E TRABALHOS APRESENTADOS EM BRASÍLIA. Setembro de 2001. *Quem controla as agências reguladoras de serviço público?* Brasília: IHB, 2003. 400p. p. 14-15, 178.

poderes.<sup>113</sup> Ainda que se considere de fundamental importância a participação do TCU nos processos de concessões de serviços públicos, critica-se quando ele se excede na análise de questões de caráter regulatório e chama para si a tomada de “decisões administrativas” que deveriam permanecer a cargo do regulador.<sup>114</sup>

O Tribunal de Contas da União possui equipes cada vez mais especializadas em determinado setor<sup>115</sup>, o que coloca seus agentes em condições de dialogar tecnicamente com os reguladores. Mas, ainda assim, questiona-se se é desejável ou legítimo o crescimento de um “ativismo de contas”<sup>116</sup> ou uma “autonomização do controle”<sup>117</sup>.

É importante notar que o avanço sobre a esfera de discricionariedade da competência executiva acaba produzindo reflexos ainda mais impactantes quando se trata de atos regulatórios de caráter estritamente técnico, praticados após procedimentos complexos, com a participação dos diretamente interessados e baseados em laudos técnicos. Muitas vezes desconsidera-se que essas decisões regulatórias levam em conta não apenas uma política setorial específica, mas o ambiente econômico, político e social e a análise das repercussões futuras envolvidas.<sup>118</sup>

---

<sup>113</sup> QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010. p. 185.

<sup>114</sup> OLIVEIRA, Anderson Marcio de. O papel do Tribunal de Contas da União na regulação econômica dos serviços públicos: análise dos arrendamentos portuários. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 40, novembro/dezembro/janeiro, 2014-2015. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-40-NOVEMBRO-2014-ANDERSONOLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016.

<sup>115</sup> Em relação à especialização técnica, alguns autores questionam a possibilidade de o TCU montar equipes altamente profissionais e capacitadas para auditar as agências. Além disso, ponderam que a constituição de equipes de auditores cada vez mais especialistas pode representar, considerada a existência concomitante das agências, uma sobreposição institucional com várias conseqüências do ponto de vista organizacional: desperdício de recursos públicos, duplo comando, imprevisibilidade da regulação, entre outras. Cf GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, p. 615-630, 2006.

<sup>116</sup> Ativismo de Contas poderia ser caracterizado pela realização da atividade de controle externo de maneira a interferir com mais vigor no âmbito da Administração Pública, visando concretizar, em maior ou menor grau, os valores e os fins estabelecidos na Constituição. Vale dizer, as competências atribuídas aos Tribunais de Contas passariam a ser exercidas de forma mais ativa, principalmente nos casos de insuficiência/inexistência de políticas públicas. A defesa desse tipo de postura pode ser encontrada em CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de Contas - Controle das Políticas Públicas pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015. p. 198.

<sup>117</sup> Segundo o qual o controle se expande e passa a ser visto como um fim em si mesmo, conforme crítica desenvolvida em MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 221 apud ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 17.

<sup>118</sup> TINANO, Marcelo Maciel. *Controle externo e autonomia das agências reguladoras: estudo de casos da ANEEL*. 2015. 112f. Dissertação de Mestrado. Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2015. p. 66

Em alguns casos, as críticas à atuação do controle externo passam a constituir matéria de defesa das partes nos próprios processos que tramitam no Tribunal.<sup>119</sup>

Diante de todas essas considerações, é aceito que não deve o TCU interferir em escolhas regulatórias adotadas em face de um leque de soluções igualmente legais, legítimas, eficientes e econômicas. Por outro lado, havendo soluções que se mostrem mais viáveis do que a adotada, deve o TCU perquirir a motivação da opção escolhida e, se for o caso, observado o devido processo legal, deliberar a respeito.<sup>120</sup>

Em contraponto às recorrentes críticas, pondera-se que a atuação do TCU no contexto regulatório objetiva assegurar regularidade, transparência e assessoramento aos atos das agências reguladoras a fim de evitar que tais entidades se distanciem dos limites impostos por lei ou de que divirjam de suas missões institucionais. Ademais, o controle externo dos reguladores, idealmente, é uma forma de fortalecimento do próprio ambiente regulatório, podendo ensejar o aumento da credibilidade de compromissos assumidos.<sup>121</sup>

Compete ao TCU analisar os fundamentos jurídicos, econômicos e financeiros contidos nos estudos técnicos empreendidos pelos reguladores. Havendo falhas, ilegalidades, irregularidades ou inconsistências, o TCU pode determinar ou recomendar correções. Essas determinações ou recomendações, em vez de ensejar insegurança, aumentariam a confiança de usuários, concessionários e poder público na regulação. Nesse sentido, as escolhas regulatórias - metodologias, técnicas e objetivos - seriam sempre feitas pelos órgãos reguladores, cabendo ao TCU averiguar se tudo foi feito conforme proposto, se houve erro

---

<sup>119</sup> No Acórdão 2.832/2016-TCU-Plenário, por exemplo, por meio do qual o TCU apreciou recurso (pedido de reexame) interposto pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) em face de determinações dirigidas a ela, uma das razões recursais apresentadas pela recorrente abordava essa questão. Com efeito, sustentava-se no recurso, entre outras alegações, que o TCU somente estaria autorizado a fiscalizar as atividades da agência que efetivamente implicassem dispêndios de recursos públicos, ou seja, apenas as atividades administrativas. Segundo essa tese, que foi rejeitada no julgamento do recurso, as atividades-fim da Aneel não importariam o dispêndio de recursos públicos e estariam expressamente excluídas da esfera de fiscalização do TCU. Também foi levantado pelo recorrente, e afastado pelo Tribunal, o argumento de que teria sido invadido o espaço de discricionariedade técnica do agente regulador.

<sup>120</sup> VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O Controle do Tribunal de Contas da União Sobre os Atos Discricionários das Agências Reguladoras à Luz dos Princípios Constitucionais. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 139.

<sup>121</sup> DOURADO, Rodolfo Maciel. *O controle externo sobre as agências reguladoras de Estado: limites e (im)possibilidades*. 2011. 151f. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. Rio de Janeiro, 2011. p. 141. No mesmo sentido, defende-se que o TCU criou sistema de controle de processos de desestatização que, em geral, tem contribuído para o desenvolvimento e solidificação de melhores práticas em matéria de concessões. ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 244.

nos cálculos ou no emprego das metodologias e se foram obedecidos os princípios constitucionais e legais que norteiam a atuação da administração pública.<sup>122</sup>

Ocorre que, na prática, nem sempre é tarefa simples identificar quando há avanço do controle sobre a discricionariedade na atividade regulatória.

### **3. DISCRICIONARIDADE NA ATIVIDADE REGULATÓRIA E CONTROLE EXTERNO: UMA RELAÇÃO DIFÍCIL**

Algumas decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União foram selecionadas e examinadas a fim de verificar como se dá, na prática, a relação entre discricionariedade e controle externo no âmbito da atividade regulatória e identificar possíveis avanços indevidos do Tribunal sobre a esfera de liberdade de decisão do regulador.

Tendo em conta a situação prática atual<sup>123</sup>, toda a reflexão doutrinária exposta no tópico precedente<sup>124</sup> e as decisões proferidas pelo Tribunal sobre a matéria<sup>125</sup>, podemos considerar razoável a postura que admite a existência de controle sobre a atividade regulatória (atividade-fim), desde que as deliberações proferidas não venham a substituir ou concorrer com o juízo próprio do administrador.

---

<sup>122</sup> MACIEIRA, Leonardo dos Santos. O problema da regulação e a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim dos órgãos reguladores. *Revista do TCU*, n. 110, p. 71-77, 2007.

<sup>123</sup> Conforme visto, o Tribunal, de fato, exerce controle sobre as atividades-fim das agências reguladoras, tendo composto, inclusive, equipes especializadas na matéria. Ademais, de maneira geral, ainda que se possa criticar a intensidade do controle em alguns casos, essa atuação é aceita pelas agências reguladoras, pelos ministérios envolvidos e pelo setor regulado.

<sup>124</sup> Em que se encontram tanto opiniões que negam qualquer tipo de controle da atividade-fim das agências reguladoras quanto opiniões que defendem a importância do controle externo, inclusive para dar maior confiabilidade ao ambiente regulatório, dado o risco de que as agências possam não desempenhar adequadamente suas atividades. De qualquer modo, é interessante notar que mesmo aqueles que desenvolvem críticas sobre a participação do Tribunal em determinados casos concretos admitem a contribuição do Tribunal, a exemplo de OLIVEIRA, Anderson Marcio de. O papel do Tribunal de Contas da União na regulação econômica dos serviços públicos: análise dos arrendamentos portuários. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 40, novembro/dezembro/janeiro, 2014-2015. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-40-NOVEMBRO-2014-ANDERSONOLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016.

<sup>125</sup> Na interpretação dada pelo Tribunal às suas próprias atribuições, o controle externo da atividade regulatória pode ser adequadamente exercido desde que não se substitua aos órgãos que controla, nem estabeleça o conteúdo do ato de competência do órgão regulador, determinando-lhe a adoção de medidas (Acórdão 715/2008-TCU-Plenário). Verificada qualquer violação de disposição legal expressa, em ato vinculado, poderá o Tribunal determinar ao agente regulador que adote medidas tendentes ao saneamento do ato tido por irregular. Já, no caso de ato discricionário, praticado de forma motivada e em prol do interesse público, cabe a esta Corte, tão-somente, recomendar a adoção das providências que reputar adequadas. Não se suprime, contudo, a competência do TCU para determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que este sido praticado por autoridade incompetente, se não tiver sido observada a forma devida, se o motivo determinante e declarado de sua prática não existir ou, ainda, se estiver configurado desvio de finalidade. Em tal hipótese, poderá o Tribunal até mesmo determinar a anulação do ato, se grave for a irregularidade perpetrada. (Acórdão 602/2008-TCU-Plenário). No caso de ato praticado de forma motivada e em prol do interesse público, cabe ao TCU, tão somente, recomendar a adoção das providências que reputar adequadas Acórdão 2.832/2016-TCU-Plenário).

Deve o Tribunal, apenas, zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores almejando assegurar a adequada prestação de serviços públicos à população. Entretanto, percebendo omissão ou incapacidade da agência, deve agir a fim de evitar maiores transtornos à sociedade.<sup>126</sup>

A decisão do Tribunal pode ser considerada excessiva se, diante de opções igualmente válidas no que tange à legalidade, à legitimidade e à economicidade, ele rejeita a opção do regulador e determina a adoção de outra solução possível. Seriam adequadas, por outro lado, por exemplo, as determinações proferidas naquelas situações em que uma única decisão apresenta-se como apropriada. Também seriam adequadas aquelas deliberações proferidas mediante recomendação, ainda que versem sobre matéria discricionária, eis que, conforme exposto alhures, as recomendações não têm caráter cogente ou coercitivo, respeitando os limites de competências técnica e regulamentar do agente administrativo.

No presente trabalho, intentou-se verificar como essas questões são conduzidas na prática do Tribunal, diante dos casos concretos com que se depara.<sup>127</sup>

Foram, então, selecionadas as decisões mais recentes<sup>128</sup> proferidas pelo Tribunal de Contas da União no âmbito da regulação do setor portuário.<sup>129</sup> Concentrou-se sobre determinações e recomendações dirigidas, nessas decisões, à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)<sup>130</sup>, atores governamentais relacionados à regulação portuária em âmbito federal<sup>131</sup>.

A partir desse filtro, foram identificadas 23 deliberações, entre determinações<sup>132</sup> e recomendações<sup>133</sup>, distribuídas em quatro acórdãos do Tribunal de Contas da União<sup>134</sup>, todas listadas no Apêndice A<sup>135</sup> <sup>136</sup>.

---

<sup>126</sup> ZYMLER, Benjamim. O Papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. *Revista Fórum Administrativo*, nº 11, 2002.

<sup>127</sup> Considera-se que, muitas vezes, posturas teóricas ou intelectuais completamente antagônicas no que diz respeito a determinada tese abstrata podem convergir quanto à solução adequada quando estão diante dos contornos de um mesmo caso concreto.

<sup>128</sup> Acórdãos unitários proferidos pelo TCU entre 1/1/2015 e 30/6/2016, quando do início da pesquisa. Foram excluídos os julgamentos em grau de recurso, por revisitarem matéria já apreciada.

<sup>129</sup> Optou-se pelo setor portuário tendo em vista a relevância adquirida nos julgados do Tribunal diante das recentes alterações promovidas pela nova lei dos Portos (Lei 12.815/2013).

<sup>130</sup> De se destacar que, no controle da regulação, o TCU atua sobre o regulador e não sobre os regulados.

<sup>131</sup> Como o foco do trabalho foi a intervenção do TCU sobre a regulação, desconsideraram-se as deliberações que se limitavam a aprovar procedimentos, dar ciência sobre impropriedades ou determinar o envio de documentos.

<sup>132</sup> Foram levantadas onze determinações dirigidas exclusivamente à Antaq, cinco determinações dirigidas exclusivamente à SEP/PR e duas determinações dirigidas às duas entidades simultaneamente.

<sup>133</sup> Foram levantadas uma recomendação dirigida exclusivamente à Antaq, uma recomendação dirigida exclusivamente à SEP/PR e três recomendações dirigidas às duas entidades simultaneamente.

<sup>134</sup> Acórdãos 2.200/2015-TCU-Plenário, 2.413/2015-TCU-Plenário, 787/2016-TCU-Plenário e 1.439/2016-TCU-Plenário.

<sup>135</sup> É possível verificar o exato teor das deliberações mencionadas e os fundamentos que as sustentam mediante acesso ao sítio do Tribunal de Contas da União ([www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)).

Nos problemas concretos examinados, o Tribunal atuou tendo como objeto a atividade desempenhada pelas agências<sup>137</sup>, não se arvorando em formular política pública ou direcionar a regulação<sup>138</sup>. De maneira geral, revela-se o cuidado de exigir regularidade, eficiência e auditabilidade dos atos das agências, zelando por estabilidade da regulação e cumprimento das cláusulas contratuais.

Constata-se que, diante de problemas concretos, o grau de interferência do Tribunal sobre a atividade regulatória varia conforme a situação encontrada e os contornos fáticos e jurídicos do caso.

Há situações cujos elementos circundantes transmitem maior convicção de que a atuação da Corte de Contas se deu de modo não excessivo ou mais contido. É o caso, por exemplo, da determinação veiculada no item 9.4 do Acórdão 787/2016-TCU-Plenário, a qual se fundamentou em resolução da própria Antaq<sup>139</sup>. Também expressam um esforço de contenção do Tribunal os casos das recomendações expedidas quando verificadas oportunidades de melhoria em virtude de boas práticas e entendimentos mais modernos quanto à questão examinada ou quando admitido que a agência possa identificar solução mais adequada de acordo com os problemas concretos examinados.<sup>140</sup> Cumpriria, então, às entidades reguladoras avaliar a conveniência e a oportunidade de seguir a solução indicada pelo Tribunal.

Em outras situações, ao identificar riscos e fragilidades na opção regulatória da agência, o Tribunal determinou que fossem apresentadas, a cada caso concreto, fundamentações consistentes que demonstrassem a adequação e a regularidade da solução adotada.<sup>141</sup> E, ao verificar deficiências e falta de padronização nas análises feitas pelos órgãos técnicos, o Tribunal determinou que fossem desenvolvidos procedimentos padronizados e metodologias a serem percorridos pelo regulador para a análise de estudos de viabilidade<sup>142</sup>, projeto executivo<sup>143</sup> e preenchimento de condições para navegação de longo curso nos portos

---

<sup>136</sup> Reconhece-se que a amostra não foi aleatoriamente selecionada e, evidentemente, não pode ser considerada representativa da postura que o Tribunal adota em seus julgamentos de maneira geral. Dessa forma, não se pretendeu expandir os resultados dos casos particulares para a atuação geral do Tribunal, mas apenas exemplificar como a discussão travada na teoria se materializa nos casos concretos.

<sup>137</sup> Destaque-se que a elas foram dirigidas as deliberações do Tribunal.

<sup>138</sup> Cumpre à própria agência desenvolver o conteúdo da solução dos problemas apontados pelo Tribunal.

<sup>139</sup> A Resolução-Antaq 2.240/2011 (art. 12, inciso VIII) torna obrigatório que o edital contenha determinada regra (parâmetros mínimos de qualidade e produtividade). Ao verificar a inexistência desses parâmetros, o Tribunal determinou que eles fossem regulamentados.

<sup>140</sup> Itens 9.3 e 9.4 do Acórdão 2.200/2015-TCU-Plenário e itens 9.5.1, 9.5.2 e 9.5.3 do Acórdão 2.413/2015-TCU-Plenário.

<sup>141</sup> Item 9.1.2 do Acórdão 2.200/2015-TCU-Plenário e item 9.4 do Acórdão 2.413/2015-TCU-Plenário.

<sup>142</sup> Item 9.2.1 do Acórdão 2.200/2015-TCU-Plenário.

<sup>143</sup> Item 9.2.3 do Acórdão 2.200/2015-TCU-Plenário.

brasileiros<sup>144</sup>. De se notar que, em todos esses casos, o Tribunal remete à própria agência o conteúdo das decisões, exigindo apenas fundamentação adequada e procedimento padronizado.

Houve situações em que o TCU determinou à agência que cumprisse suas funções e verificasse, caso a caso, o preenchimento de critérios legais ou o atendimento às cláusulas contratuais que condicionavam determinado ato submetido ao controle do regulador.<sup>145</sup> Da mesma forma, determinou-se que fosse analisada pela agência a razoabilidade dos critérios de cobrança de determinada taxa<sup>146</sup>, fossem realizados estudos sobre a questão<sup>147</sup> ou fossem reguladas certas atividades desempenhadas pelas concessionárias e demais agentes econômicos envolvidos<sup>148</sup>. Nesses casos, o Tribunal havia constatado a omissão da agência reguladora no desempenho de suas funções, o que teria acarretado abuso por parte da concessionária em prejuízo dos usuários.

Por fim, são dignos de nota os casos em que o Tribunal vislumbrou riscos graves diante de certa situação e determinou à agência que implementasse medidas mitigadoras<sup>149</sup>.

Nos casos selecionados, de maneira geral, o TCU atuou a partir de situações que demandavam correção na atuação da agência (seja para dar cumprimento a disposições legais e normativas, seja para prevenir riscos de abusos por parte dos regulados, seja para tornar a regulação mais eficiente e efetiva). Nessas deliberações, percebe-se que a Corte de Contas tende a demonstrar atenção ao espaço de discricionariedade dos reguladores<sup>150</sup> deixando a seu cargo a definição do conteúdo do ato regulatório.

Em alguns casos, todavia, não é clara a linha demarcatória da margem de discricionariedade, o que faz com que seja tênue a distinção entre atuação contida e excessiva do Tribunal.

Destaque-se, por exemplo, o caso da determinação proferida no item 9.2.2 do Acórdão 2.200/2015-TCU-Plenário. O TCU constatou falhas na avaliação dos dados econômico-financeiros, as quais decorriam da inexistência de um plano de contas específico do setor.

---

<sup>144</sup> Item 9.3.4 do Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário.

<sup>145</sup> Item 9.3.1.1 do Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário.

<sup>146</sup> Item 9.3.1.2 do Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário.

<sup>147</sup> Item 9.6.3 do Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário.

<sup>148</sup> Itens 9.3.3 e 9.3.5 do Acórdão 1.439/2016-TCU-Plenário.

<sup>149</sup> Item 9.3 do Acórdão 2.413/2015-TCU-Plenário e itens 9.1.1, 9.1.3 e 9.1.5 do Acórdão 2.200/2015-TCU-Plenário.

<sup>150</sup> Num dos casos, a relatora consigna expressamente que “Há de se registrar, contudo, que não é objetivo do controle externo substituir o gestor na definição das regras ou mesmo realizar aprovação prévia do instrumento normativo a ser desenvolvido pela agência reguladora.” (Acórdão 2.200/2015-TCU-Plenário).

Inicialmente, a relatora do processo entendeu que determinar a criação do plano de contas seria imiscuir-se, indevidamente, sobre a discricionariedade do agente, razão pela qual propunha realizar recomendação com esse teor. Basicamente, não havia nenhuma norma que obrigasse a agência a elaborar o plano de contas específico.

Todavia, a relatora modificou seu entendimento e acompanhou o voto revisor que divergia nesse ponto, por entender que, como a ação estava dentro das competências da Antaq e era necessária para preservar a sua finalidade e o interesse público, não restava outra alternativa à agência que não fosse elaborar o referido plano, o que possibilitaria ao Tribunal expedir determinação no caso. E assim foi feito.

Em síntese, não é incontroverso caracterizar determinado ato de discricionário, estando a matéria, grande parte das vezes, sujeita ao procedimento de argumentação jurídica, o que, por consequência, pode vir a elastecer ou reprimir a ação do controle.

Admitida essa hipótese, o processo de controle externo, em especial por contar com contraditório e possibilidade de recurso, cumprirá o papel fundamental de criar um ambiente dialético, em que visões contrapostas serão explicitadas a fim de que, ao menos idealmente, prevaleça a autoridade do melhor argumento.<sup>151</sup>

#### **4. CONCLUSÃO**

A Administração Pública contemporânea movimenta-se em ambiente de grande complexidade: escassez de recursos; altas demandas de cidadãos por serviços públicos que atendam, com eficiência, a seus direitos fundamentais; necessidade de investimentos em infraestrutura; instabilidades e incertezas dos valores que permeiam uma sociedade altamente plural.

Como resposta a esse contexto, o Estado passa a atuar segundo uma lógica regulatória, o que lhe permite maior flexibilidade para enfrentar esses desafios.

O controle deve se transformar na mesma medida para que possa acompanhar essa evolução e contribuir para o aprimoramento da atuação estatal, sem que se converta em fator de instabilidade em um ambiente de pede o incremento da segurança jurídica e da previsibilidade a fim de favorecer os investimentos. Por isso, urge que se reflita sobre sua atuação de modo a compreender melhor seu papel e seus limites.

---

<sup>151</sup> Ressalte-se, por exemplo, a decisão proferida no Acórdão 2.832/2016-TCU-Plenário (já mencionado), na qual o Tribunal deu provimento parcial ao pedido de reexame interposto pela Aneel e converteu duas determinações em recomendações, em respeito à margem de discricionariedade da agência para decidir as questões discutidas naquele caso.

Agentes reguladores, setores regulados, doutrina e Tribunal de Contas da União convergem para apontar, como um dos principais limites ao controle externo da regulação, a discricionariedade - aqui entendida de maneira ampla, como escolha administrativa.

Dessa forma, ainda que não esteja afastada a fiscalização da atividade discricionária, admite-se a existência de um espaço de liberdade de escolha que não pode ser expropriado do agente administrativo – o regulador, em especial – pelo agente de controle.

Por outro lado, pondera-se que os parâmetros de controle da legitimidade, da economicidade e da eficiência e a competência constitucional para a realização de auditorias operacionais alargam o espectro de situações sindicáveis pelo Tribunal de Contas.

Como critério de análise, considera-se que o controle mantém-se dentro de seus limites quando, ao zelar pela atuação adequada dos entes reguladores, não intenta substituí-los ou concorrer com o juízo próprio deles, definindo o conteúdo do ato regulatório em situações que admitem soluções variadas.

A análise de julgados recentes revela cautela e contenção da Corte de Contas em relação à margem de decisão própria do regulador, evitando imiscuir-se indevidamente sobre suas competências. Entretanto, nem sempre é determinado o espaço de discricionariedade na regulação, e por consequência os limites do controle, o que pode levar a questão a ser definida mediante procedimento dialético de argumentação jurídica no âmbito do processo de controle externo.

## 5. REFERÊNCIAS

- ALEGRETTI, Laís; AMATO, Fábio. Infraestrutura depende da ampliação das concessões, dizem especialistas. *Portal G1*. 11 de junho de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/infraestrutura-depende-da-ampliacao-das-concessoes-dizem-especialistas.html>>. Acesso em 14 de junho de 2016.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.
- BARBOSA, Míriam Lúcia. Regulação Econômica. In: CASTRO, Cármem Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; e PINTO, Luciana Moraes raso Sardinha (orgs.). *Dicionário de Políticas Públicas*. Barbacena: EdUEMG, 2015, volume 2, p. 366.
- BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Resolução 2.240, de 4 de outubro de 2011. Aprova a norma que regula a exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão das administrações portuárias no âmbito dos portos organizados. *Diário Oficial da União*. 7 de outubro de 2011, seção I.

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *PPA 2016-2019 – Mensagem Presidencial*. Brasília: MPOG, Secretaria de Planejamento e Investimento Estratégico, 2015.
- BRASIL. Presidente. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 602/2008. Plenário. Acompanhamento do 1º estágio do leilão para contratação de energia nova, UHE de Jirau. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 715/2008. Plenário. Acompanhamento da revisão tarifária, pela ANTT, do transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Relator: Augusto Nardes. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2010.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.314/2014. Plenário. Solicitação do Congresso Nacional relativa a esclarecimentos acerca da atuação e desempenho da Companhia Energética de Alagoas (Ceal) e de realização de auditoria nessa distribuidora. Relator: José Jorge. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.200/2015. Plenário. Acompanhamento dos procedimentos para prorrogação antecipada de contratos de concessões portuárias. Relatora: Ana Arraes. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.413/2015. Plenário. Acompanhamento do 1º estágio das concessões de áreas e instalações localizadas nos portos organizados de Santos, Vila do Conde e Terminais de Outeiro e Miramar. Relatora: Ana Arraes. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 787/2016. Plenário. Arrendamento do Terminal de fertilizantes e de ração animal do Porto de Imbituba/SC. Relator: Raimundo Carreiro. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.439/2016. Plenário. Denúncia acerca de possíveis omissões na atuação da Antaq. Relatora: Ana Arraes. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.832/2016. Plenário. Pedido de Reexame acerca do Primeiro estágio do Leilão 13/2015-Aneel. Relator: Vital do Rego. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo :Atlas, 2014.
- CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de Contas - Controle das Políticas Públicas pelos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015.
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguierre de. *Processo administrativo e controle da atividade regulatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, 2010.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COUTINHO, Maria do Amparo; GOMES, Marcelo Barros; WANDERLEY, Maurício Albuquerque. 10 Anos de Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: GOMES, Marcelo Barros et al. *O controle externo da regulação de serviços públicos*. Brasília: TCU, 2002.
- DOURADO, Rodolfo Maciel. *O controle externo sobre as agências reguladoras de Estado: limites e (im)possibilidades*. 2011. 151f. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. Rio de Janeiro, 2011.
- FREITAS, Juarez. Teoria da regulação administrativa sustentável. *Revista de Direito Administrativo*, v. 270, p. 117-145.
- FURTADO, Lucas Rocha. O papel das agências no Estado brasileiro: considerações sobre a discricionariedade técnica. *Revista do TCU*. n. 98, p. 11-18, 2003.
- GOMES JÚNIOR, Admardo Bonifácio. Modernidade, Pós-Modernidade e Hipernormatividade. In: CASTRO, Cármen Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; e PINTO, Luciana Moraes raso Sardinha (orgs.). *Dicionário de Políticas Públicas*. Barbacena: EdUEMG, 2015, volume 2.
- GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, p. 615-630, 2006.
- GUERRA, Sérgio Antônio Silva. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Editora Lumen Juris, 2005.

- GUERRA, Sérgio Antônio Silva. *Discrecionalidade, Regulação e Reflexividade. Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 3ª. ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. Dialética. 2002.
- MACIEIRA, Leonardo dos Santos. O problema da regulação e a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim dos órgãos reguladores. *Revista do TCU*, n. 110, p. 71-77, 2007.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Forum, 2005.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Pensando o controle da atividade de regulação estatal. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- MARTINS, Paulo Roberto Wiechers et al. Iniciativas do TCU para o aperfeiçoamento do controle externo da regulação. *Revista do TCU*, n. 104, p. 32-40, 2005.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. Discrecionalidade administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 254, maio/ago, 2010.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Agências, expertise e profissionalismo: o paradigma da técnica na administração pública*. 2010.
- NUNES, António José Avelãs. Breve reflexão sobre o chamado estado regulador. *Revista Sequência*, nº 54, p. 9-18, jul. 2007.
- OLIVEIRA, Anderson Marcio de. O papel do Tribunal de Contas da União na regulação econômica dos serviços públicos: análise dos arrendamentos portuários. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 40, novembro/dezembro/janeiro, 2014-2015. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-40-NOVEMBRO-2014-ANDERSONOLIVEIRA.pdf>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016.
- OLIVEIRA, Deise Souza de. A Atuação dos Tribunais de Contas no Controle da Exploração de Rodovias Federais Delegadas aos Entes Federados. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

- PEREIRA, Renée. TCU toma lugar das Agências Reguladoras. *O Estado de São Paulo*. 25 de abril de 2016. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,tcu-toma-lugar-das-agencias-reguladoras,10000027856>. Acesso em 14 de junho de 2016.
- QUEIROZ, Marco Aurélio Marques de. *O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. 2010. 297f. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010.
- RIBAS, Carolline Leal; DE CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *Revista de Direito Administrativo*, v. 268, p. 83-116, 2013.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Livraria Del Rey Editora, 1994.
- RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. *Revista do TCU*, n. 104, p. 5-16, 2005.
- ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.
- SEMINÁRIO INTERNACIONAL: DEBATES E TRABALHOS APRESENTADOS EM BRASÍLIA. Setembro de 2001. *Quem controla as agências reguladoras de serviço público?* Brasília: IHB, 2003. 400p.
- SILVA NETO, Orlando Celso da. Noções Gerais sobre o Controle das Agências Reguladoras no Direito Norte Americano. In: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella (Coord.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.
- SILVA, José Afonso. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2010.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Lumen Juris, 2005.
- TINANO, Marcelo Maciel. *Controle externo e autonomia das agências reguladoras: estudo de casos da ANEEL*. 2015. 112f. Dissertação de Mestrado. Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2015.
- VIDIGAL, José Augusto Maciel. As Agências Reguladoras e seus Poderes Especiais no Ambiente Institucional Contemporâneo Brasileiro. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo/Tribunal de Contas da União*. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.
- VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O Controle do Tribunal de Contas da União Sobre os Atos Discricionários das Agências Reguladoras à Luz dos Princípios Constitucionais. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo/Tribunal de Contas da União*. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

- WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *Revista de direito administrativo*, v. 264, p. 13-56, 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia e democracia*. Trad. Marina Gascón. Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- ZYMLER, Benjamim. O Papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. *Revista Fórum Administrativo*, nº 11, 2002.

**Apêndice A – Deliberações selecionadas para análise no presente estudo.**

<b>Acórdão</b>	<b>Id.</b>	<b>Item</b>	<b>Tipo de Deliberação (Entidade)</b>	<b>Conteúdo (resumido)</b>	<b>O que o TCU constatou (razões que fundamentam a deliberação)</b>
<b>2.200/2015</b> (Acompanhamento dos Procedimentos para Prorrogação Antecipada de Contratos de Concessões Portuárias)	1	9.1.1	Determinação (SEP/PR)	Estabelecer nos termos aditivos de prorrogação antecipada: cláusula resolutiva condicionando sua validade à observância de prazo para a efetiva implementação do plano de investimentos; cláusulas contratuais específicas para aplicação de sanções em caso de atrasos injustificados; e cláusula contratual que atribua ao arrendatário os riscos decorrentes das exigências impostas pelos órgãos ambientais no licenciamento dos empreendimentos.	Riscos de que não seja cumprido o plano de investimentos pactuado, os quais motivariam a antecipação da prorrogação.
	2	9.1.5	Determinação (SEP/PR)	Apresentar plano de ação, contendo cronograma, atividades detalhadas e responsáveis, que preveja a elaboração de regulamentação específica acerca das medidas sancionatórias aplicáveis nos casos de atrasos injustificados na implementação das intervenções pactuadas nas prorrogações antecipadas.	Riscos de que não seja cumprido o plano de investimentos pactuado, os quais motivariam a antecipação da prorrogação.
	3	9.1.2	Determinação (SEP/PR)	Ao estabelecer os indicadores de desempenho – e suas condições de revisão e atualização – em cada pedido de prorrogação antecipada de contrato de arrendamento, evidenciar, de forma expressa e fundamentada, sua aderência aos objetivos insculpidos na Lei 12.815/2013 e, também, que os índices de produtividade definidos proporcionarão ganhos de eficiência comprovados, à exceção, quanto a este último aspecto, dos casos em que os investimentos propostos não oferecerão de imediato nenhum incremento dessa variável, para os quais deverão restar demonstrados os outros benefícios que serão obtidos com a dilação de prazo.	Insuficiência das definições e exigências constantes dos normativos da SEP/PR para induzir incremento das variáveis de desempenho e eficiência, requisito exigido para a antecipação da prorrogação.
	4	9.1.3	Determinação (SEP/PR)	Previamente à celebração dos termos aditivos relativos aos pedidos de prorrogação antecipada apresentados após a ciência da presente deliberação, incluir, na regulamentação das prorrogações antecipadas: regras gerais de revisão e atualização dos parâmetros de desempenho, evidenciando expressamente diretrizes de modernização e aperfeiçoamento que irão nortear essas alterações; e a obrigação de essas regras constarem entre as cláusulas dos termos aditivos que serão firmados.	Insuficiência das definições e exigências constantes dos normativos da SEP/PR para induzir incremento das variáveis de desempenho e eficiência, requisito exigido para a antecipação da prorrogação.
	5	9.4	Recomendação (Antaq)	Regulamentar, por meio de normativo específico, a aplicação dos parâmetros de desempenho nos termos aditivos de prorrogação	Insuficiência das definições e exigências constantes dos

Acórdão	Id.	Item	Tipo de Deliberação (Entidade)	Conteúdo (resumido)	O que o TCU constatou (razões que fundamentam a deliberação)
				antecipada, contemplando regras relacionadas, entre outras, à definição, à revisão, à atualização dos índices de eficiência e às penalidades aplicáveis em casos de descumprimento, observadas as diretrizes de modernização e aperfeiçoamento.	normativos da SEP/PR para induzir incremento das variáveis de desempenho e eficiência, requisito exigido para a antecipação da prorrogação.
	6	9.1.4	Determinação (SEP/PR)	Incluir nos termos aditivos de prorrogação antecipada a exigência de registro das operações dos respectivos terminais em demonstrativos contábeis próprios, submetidos a auditoria independente, conforme diretrizes a serem estabelecidas pela Antaq.	Dificuldades para realizar análise de dados em virtude da ausência de individualização dos demonstrativos dos terminais.
	7	9.3	Recomendação (SEP/PR)	Avaliar a conveniência e a oportunidade de incluir nos aditivos de prorrogação antecipada cláusula contendo a obrigatoriedade de a arrendatária instituir Sociedade de Propósito Específico com a finalidade exclusiva de explorar o arrendamento.	Dificuldades para realizar análise de dados em virtude da ausência de individualização dos demonstrativos dos terminais.
	8	9.2.1	Determinação (Antaq)	Somente aprovar os EVTEA que obedeçam a sistemática estabelecida em regulamento específico a ser desenvolvido pela agência, no qual estejam registradas as metodologias para análise dos estudos, incluindo a definição de critérios baseados em relevância, risco e materialidade para balizar a avaliação, a circularização das informações apresentadas pela arrendatária, a aferição de custos e da eficiência (presente e futura) dos terminais e o exame detalhado das premissas que embasaram a elaboração dos respectivos EVTEA	Deficiências e falta de padronização na análise dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA).
	9	9.2.2	Determinação (Antaq)	Encaminhar plano de ação contemplando cronograma, atividades detalhadas e responsáveis, para a elaboração de manual de contabilidade próprio para o setor portuário, contendo plano de contas, com vistas a disciplinar e uniformizar os critérios para o registro contábil das operações dos arrendamentos portuários	Inexistência de um plano de contas específico do setor, o que tem gerado deficiências de avaliação dos dados disponíveis e ampliado o efeito da assimetria de informações. A elaboração de um plano de contas específico (para viabilizar a análise de desempenho econômico-financeiro dos operadores) é competência expressamente prevista no regimento interno da Antaq.

Acórdão	Id.	Item	Tipo de Deliberação (Entidade)	Conteúdo (resumido)	O que o TCU constatou (razões que fundamentam a deliberação)
	10	9.2.3	Determinação (Antaq)	Somente aprovar os projetos executivos que obedeçam a sistemática estabelecida em regulamento específico a ser desenvolvido pela agência, no qual estejam registrados os elementos que deverão constar do projeto executivo previsto, metodologia para análise dos projetos executivos e metodologia e padrões de acompanhamento da execução das obras previstas nos processos de prorrogação antecipada.	Inexistência de mecanismos próprios, consistentemente elaborados e em grau de detalhamento suficiente, para aferir a correção e a validade dos projetos executivos apresentados pela concessionária, bem como para o posterior acompanhamento das obras.
<b>2.413/2015</b> (Arrendamento de Áreas e Instalações Localizadas nos Portos Organizados de Santos, Vila do Conde e Terminais de Outeiro e Miramar)	11	9.4	Determinação (Antaq e SEP/PR)	Apresentar fundamentação consistente para adoção ou não de regras de vedação à adjudicação de mais de um terminal a um mesmo proponente.	Riscos e fragilidades associadas a regra que restringia a adjudicação de mais de um arrendamento ao mesmo proponente, eis que tendia a reduzir a competitividade.
	12	9.3	Determinação (Antaq e SEP/PR)	Comprovar que foram adotadas medidas que mitiguem os riscos decorrentes do insucesso na adjudicação de um dos terminais e do inadimplemento ou atraso de um dos concessionários na realização da contraparte nos investimentos e atividades atribuídos simultaneamente à responsabilidade dos três futuros arrendatários.	Fragilidade na modelagem em virtude do compartilhamento equitativo da responsabilidade sobre parte dos investimentos, relativa às estruturas comuns. Riscos graves relacionados a eventual inadimplência de alguma das partes em prejuízo dos demais
	13	9.5.3	Recomendação (Antaq e SEP/PR)	Evitar incluir nos contratos de arrendamento obrigações de fazer na modalidade solidária.	Fragilidade na modelagem em virtude do compartilhamento equitativo da responsabilidade sobre parte dos investimentos, relativa às estruturas comuns. Riscos graves relacionados a eventual inadimplência de alguma das partes em prejuízo dos demais
	14	9.5.1	Recomendação (Antaq e SEP/PR)	Disponibilizar na internet as explicações fornecidas ao TCU acerca dos quantitativos de projeto.	Oportunidade de melhoria da transparência dos processos feita com base em boas práticas já

Acórdão	Id.	Item	Tipo de Deliberação (Entidade)	Conteúdo (resumido)	O que o TCU constatou (razões que fundamentam a deliberação)
					identificadas.
	15	9.5.2	Recomendação (Antaq e SEP/PR)	Alterar a matriz de riscos para atribuir ao Poder Concedente o encargo de obter licença prévia para os terminais <i>greenfield</i> e reservar a obtenção das demais licenças ambientais aos arrendatários.	Oportunidade de melhoria quanto à distribuição de riscos em virtude do mais moderno entendimento sobre a questão.
<b>787/2016</b> (Arrendamento do Terminal de Fertilizantes e de Ração Animal do Porto de Imbituba/SC)	16	9.4	Determinação (Antaq)	Regulamentar parâmetros mínimos de qualidade e produtividade para a prestação do serviço portuário adequado a serem exigidos nos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias.	Inexistência de parâmetros mínimos de qualidade aceitáveis do serviço, bem como de fórmulas ou parâmetros definidores da qualidade do serviço, em contrariedade ao que previa as disposições legais e normativas incidentes sobre a questão.
<b>1.439/2016</b> (Denúncia acerca de Aumento Abusivo de Tarifas no Arrendamento Portuário Libra Terminal Rio S.A.)	17	9.3.1.1	Determinação (Antaq)	Informar se a cobrança de novos serviços está em conformidade com todas as exigências estipuladas no Contrato de Concessão, e, caso encontradas irregularidades, determinar a suspensão das referidas cobranças, após ouvida a interessada.	Não estava demonstrada a procedência da cobrança em face das condições estabelecidas no contrato de arrendamento.
	18	9.3.1.2	Determinação (Antaq)	Informar se o prazo adotado pela concessionária para as faixas da cobrança das tarifas progressivas para os períodos de armazenagem: (i) é compatível com os prazos realmente demandados no porto para a liberação da mercadoria; e (ii) está em conformidade com as exigências do Contrato de Concessão e com a equação econômico-financeira da concessão, e, caso encontradas irregularidades, determinar as correções necessárias, após ouvida a interessada.	Indícios de que não seriam razoáveis as regras estabelecidas pela arrendatária na cobrança de tarifa progressiva em função do tempo de armazenagem.
	19	9.3.2	Determinação (Antaq)	Expedir orientação para assegurar que a <i>Terminal Handling Charge</i> (THC) só seja paga ao armador mediante comprovação dos custos efetivamente incorridos pelo operador portuário, observada a necessária compatibilidade entre receitas previstas para essa atividade no contrato de concessão.	Risco de abuso na cobrança da THC, considerando a disposição constante em normativo da Antaq que somente autoriza a cobrança a título de ressarcimento.
	20	9.3.3	Determinação (Antaq)	Regular a atuação de todos os concessionários e arrendatários, de forma a exigir a necessária divulgação, aos usuários, da composição dos custos da THC e de todos os itens da Cesta de Serviços.	Risco de abuso na cobrança da THC, considerando a disposição constante em normativo da Antaq que somente autoriza a cobrança a

<b>Acórdão</b>	<b>Id.</b>	<b>Item</b>	<b>Tipo de Deliberação (Entidade)</b>	<b>Conteúdo (resumido)</b>	<b>O que o TCU constatou (razões que fundamentam a deliberação)</b>
					título de ressarcimento.
	21	9.3.4	Determinação (Antaq)	Instituir procedimento que ateste e assegure que as empresas de navegação estrangeiras estejam enquadradas nos acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade, por meio de outorga de autorização ou outro ato administrativo com esse fim, dando ampla publicidade acerca dos países que atendem às condições constitucionais e legais.	Omissão da Antaq quanto à regulação da atividade desempenhada por armadores estrangeiros.
	22	9.3.5	Determinação (Antaq)	Apresentar plano de ação voltado a regulação, ordenação e supervisão da navegação de longo curso nos portos brasileiros, de forma a permitir o controle dessa atividade, contemplando, dentre outras questões que considere pertinentes: o registro de armadores estrangeiros; o registro de preços de frete, extra-frete e demais serviços; estudos comparativos de rotas e preços praticados pelos armadores estrangeiros; e normas para aplicação de sanção aos armadores estrangeiros em caso de omissões injustificadas de portos	Omissão da Antaq quanto à regulação da atividade desempenhada por armadores estrangeiros.
	23	9.3.6	Determinação (Antaq)	Realizar estudos, inclusive comparativos com portos estrangeiros, para atestar a modicidade tarifária nas THCs cobradas dos usuários brasileiros, de forma a permitir o estabelecimento de teto para esses serviços portuários	Inexistência de controle sobre os valores cobrados a título de THC, em prejuízo à modicidade tarifária e aos usuários.

Fonte: elaboração própria do autor.