

# Colunistas

## Quais os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras?

ANO 2021 NUM 476



Eduardo Ferreira Jordão (BA)

— *Professor da FGV Direito Rio e Sócio da Portugal Ribeiro Advogados. Doutor em Direito Público pelas Universidades de Paris (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (Sapienza), com pesquisas de pós-doutorado realizadas na Harvard Law School e no MIT Economics. Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics and Political Science (LSE). Mestre em Direito Econômico pela*

*Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Foi pesquisador visitante na Yale Law School e em Institutos Max-Planck.*

Like 53

Share

Tweet

04/02/2021 23:39:34 | 1136 pessoas já leram esta coluna. | 7 usuário(s) ON-line nesta página

A resposta mais óbvia a esta pergunta é a seguinte: os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras são, simplesmente, aqueles estabelecidos na Constituição e nas leis.

Essa resposta pode parecer tão óbvia, quanto banal e desnecessária. Afinal, este é o limite da atuação de quaisquer entidades públicas. Mas o fato é que a realidade e o dia-a-dia da atuação do TCU revelam a importância desta resposta óbvia, e a necessidade da sua afirmação.

É que, com a exceção dos autores que são membros do próprio TCU, a literatura é unânime em afirmar que a atuação do TCU extrapola inequivocamente e extensamente as competências que a Constituição e as leis preveem para ele. E a literatura é também praticamente unânime em registrar como várias das atividades hoje realizadas corriqueiramente pelo TCU encontram respaldo normativo *único* nas normas infralegais criadas pelo próprio TCU. Ou seja, foi o próprio TCU que criou a base normativa de parte significativa da sua atuação.

Aliás, em sua bela tese de doutorado [1], André Rosilho mostra que algumas destas competências que o TCU se atribuiu em suas próprias normas tinham sido propostas por membros do Tribunal para constarem da Constituição de 1988 – e tinham sido

rejeitadas pela Assembleia Nacional Constituinte. Quer dizer: o Tribunal usa suas próprias normas para se atribuir competências que o jogo democrático lhe negou.

Além disso, o Tribunal usa também as suas próprias normas para ampliar significativamente o significado de expressões que efetivamente constam do texto constitucional, como é o caso da ideia de “auditoria operacional”. [2]

Lamentavelmente, o TCU leva muito pouco a sério estas críticas quase unânimes da doutrina sobre extrapolação de suas competências. Em geral, retruca simplesmente que a atuação do TCU tem sido muito relevante para combater a corrupção e aprimorar o cenário nacional de infraestrutura.

Há aí uma resposta antijurídica, que supõe que a alegada realização de positivos justificariam quaisquer meios. Há também uma certa compreensão idealizada do próprio Tribunal e das consequências de suas ações. O que não há é um enfrentamento concreto e específico dos argumentos que apontam a falta de respaldo legal ou constitucional para diversos de suas formas de atuação.

Considerando a sua própria normatização infralegal, a jurisprudência do TCU frequentemente faz alusão ao Acórdão 1703/2004, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, para expor o entendimento do tribunal sobre o limite da sua atuação sobre as agências reguladoras.

Naquele acórdão, foi dito que, em relação às agências, o TCU exerce apenas um “controle de segunda ordem”, que teria como objeto “a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório” e não o “próprio jogo regulatório em si mesmo considerado”. Além disso, este controle de segunda ordem não permitiria ao TCU “se substituir às agências ou limitar os seus poderes”.

Esta, portanto, seria a resposta oficial do TCU à pergunta título deste artigo. Só que, a rigor, (i) nem é verdade que o TCU, na prática, só realiza um controle de segunda ordem; (ii) nem é verdade que este seja, de acordo com o nosso ordenamento, o único limite de sua atuação.

Em relação ao primeiro ponto, o próprio Acórdão 1703/2004 reconheceu explicitamente, naquela altura, que, “em várias ocasiões, o Tribunal exerceu funções típicas de órgão regulador”. Mas o Acórdão ressaltou que “essa atuação, que pode ser considerada indevida, foi necessária quando as agências reguladoras, por se encontrarem em sua fase inicial de implantação, ainda não dispunham das condições necessárias para exercer plenamente as respectivas competências”.

O TCU reconhecia ali, portanto, em 2004, que já tinha ido muito além desta ideia de controle de segunda ordem e já tinha feito às vezes de regulador, mas sugere que, dali em diante, as coisas seriam diferentes.

Em primeiro lugar, é de se notar esta auto atribuída competência para avaliar o grau de maturidade de seus órgãos jurisdicionados e modular a sua intervenção de acordo com esta leitura subjetiva. Parece desnecessário apontar mais uma vez que as

competências fiscalizatórias do TCU decorrem da lei e da Constituição, e não da compreensão que o TCU tem, teve ou terá a propósito da capacidade de outros órgãos para cumprir as suas funções.

Em segundo lugar, e mais importante, várias pesquisas empíricas recentes mostram que o TCU *segue* fazendo as vezes de regulador, impondo frequentemente às agências a específica solução regulatória que deve ser adotada e invadindo claramente o campo discricionário de sua competência. Isso se dá mesmo quando o TCU mascara estas determinações na forma de supostas “recomendações”, que acabam tendo também caráter obrigatório.

Em declaração do ano passado que foi bastante repercutida na mídia, outro Ministro do TCU justificava estas “intervensões mais fortes”, que seguem acontecendo, com um argumento bastante parecido ao que o acórdão 1703/2004 utilizou para se referir a um passado supostamente superado. Afirmou o Ministro que o Tribunal intervém mais nas agências que possuem pior reputação.

Ou seja, o TCU segue se crendo competente para avaliar qual agência reguladora é mais madura ou menos madura, mais bem reputada ou menos bem reputada, e se crendo competente para, nos casos em que considerar as agências imaturas ou com má reputação, se substituir a elas nas suas funções regulatórias.

Portanto, e a despeito de declarações em contrário, não é verdade que o TCU exerça sobre as agências reguladoras apenas um controle de segunda ordem. A propósito, acórdão recente de Relatoria do Ministro Raimundo Carreiro tem a seguinte ementa:

*Acórdão 3251/2020 Plenário (Agravo, Relator Ministro Raimundo Carreiro)*

*Competência do TCU. Agência reguladora. Abrangência. Poder discricionário. Economicidade. Tarifa.*

*O TCU pode determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que esse ato viole o ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da economicidade da Administração Pública e da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos.*

O TCU admite que fará uma avaliação da correção de atos discricionários das agências reguladoras em face dos “princípios da Administração Pública”. Dada a lassidão por todos conhecida destes princípios, na prática que o TCU respeitará a discricionariedade das agências... quando concordar com as suas decisões.

Se é isso que é o controle de segunda ordem, fica difícil saber o que é um controle de primeira ordem.

De todo modo, tampouco é verdade que o nosso ordenamento jurídico estabeleça como único limite da atuação do TCU esta natureza de “segunda ordem” de seu controle. Não é verdade que o TCU possa controlar totalmente a atividade das agências reguladoras, desde que não as substitua em suas competências finalísticas. Quais são, então, na realidade, os limites da atuação do TCU, de acordo com a nossa Constituição? Qual é o seu real papel?

Aqui vai mais uma resposta óbvia, mas que aparentemente precisa ser reafirmada: o Tribunal de Contas é um tribunal de contas. O seu papel constitucional, portanto, é o mesmo papel que, no mundo todo, se reconhece aos Tribunais de Contas: julgar as contas das entidades administrativas, fiscalizar a sua execução orçamentária. O TCU pode e deve julgar as contas das agências reguladoras – e esse é o núcleo da sua missão institucional. Qualquer atuação para além disso deve estar especificada na legislação ou na constituição, e é ônus do TCU apontar onde vê essa especificação.

O Tribunal de Contas é um tribunal de contas e como tribunal de contas deve se comportar. Não é um Conselho de Estado, não é um órgão supremo da jurisdição administrativa, cujas competências de controle das entidades administrativas possam ser pressupostas.

Em conclusão, portanto, os limites da competência da TCU não são aqueles que podem ser extraídos das normas que ele mesmo produziu, mas aqueles estabelecidos nas leis e na Constituição.

A recorrente atuação do TCU fora destes limites tem desmantelado o desenho institucional do Estado Regulador brasileiro, transformando um Tribunal de Contas numa espécie de autoridade supra-reguladora, usurpando e menoscabando as competências que as leis atribuem às agências reguladoras.

NOTA:

[1] André Rosilho, *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*, São Paulo, Quartier Latin, 2019.

[2] Ver, a propósito, o excelente trabalho de Pedro Dutra e Thiago Reis, *O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura*, São Paulo, Singular, 2020, pp. 114 e ss.

\* *Adaptação de palestra apresentada em 28/10/2020 no Fórum sobre Concessões e PPPs, organizado pelo Estadão e pelo Grupo Hiria.*

Like 53

Share

Tweet

---

Por Eduardo Ferreira Jordão (BA) —

## Veja também

Colunas do professor

Artigos do professor

---

Quais os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras?

Prof. **Eduardo Ferreira Jordão (BA)**

04/02/2021 23:39:34

1135 Visualizações

Ler coluna (colunistas/eduardo-ferreira-jordao/quais-os-limites-das-competencias-do-tcu-sobre-as-agencias-reguladoras)

O art. 22 da LINDB e as "dificuldades jurídicas" do gestor público

Prof. **Eduardo Ferreira Jordão (BA)**

08/10/2018

5006 Visualizações

Ler coluna (colunistas/eduardo-ferreira-jordao/o-art.-22-da-lindb-e-as-dificuldades-juridicas-do-gestor-publico)

Por mais realismo no controle da administração pública

Prof. **Eduardo Ferreira Jordão (BA)**

03/06/2016

5016 Visualizações

Ler coluna (colunistas/eduardo-ferreira-jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica)

## Mapa do website

Confira aqui o mapa de conteúdo e áreas do nosso website.

---

- Professores (professores)

Revistas Nacionais

- REDE (rede)
- RERE (rere)
- REDAE (redae)

Revistas Internacionais

- IJPC (ijpc)

Tv Direito

- Catálogo de vídeo (tvdireito)

- Depoimentos magistrais (tvdireito/depoimentos-magistrais)

#### Serviços

- Notícias (noticias)
- Colunistas (colunistas)
- Guia de profissionais (guia)  
Contatos (contatos)

#### Fale conosco

- Contatos (contatos)

