



Enap

Escola Nacional de Administração Pública

Diretoria de Formação Profissional
Coordenação-Geral de Especialização

**A Atividade Regulatória
Estatual do setor de
Transportes Terrestres e o
limite de intervenção da
Corte de Contas.**

Brasília – DF
Julho/2016

A Atividade Regulatória Estatal do setor de Transportes Terrestres e o limite de intervenção da Corte de Contas.

Trabalho de conclusão de curso apresentado como parte dos requisitos para obtenção do grau de especialista no Curso de Especialização em Gestão Pública 10ª edição.

Professor Orientador: João Paulo de Resende

Brasília – DF
Julho/2016

A ATIVIDADE REGULATÓRIA ESTATAL DO SETOR DE TRANSPORTES TERRESTRES E O LIMITE DE INTERVENÇÃO DA CORTE DE CONTAS

Autora: Celyvania Malta de Brito

Advocacia-Geral da União

RESUMO: O presente trabalho analisa a interação entre a atividade regulatória estatal desempenhada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres e a atividade de controle de atos, efetuado pelo Tribunal de Contas da União, explorando casos concretos em que as competências dos dois entes entraram em conflito, para, ao final, se esboçar o espaço de atuação de cada atividade, identificando alguns assuntos em que o Tribunal de Contas da União não teria competência para se imiscuir em matéria regulatória.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação. Agência Reguladora. Accountability. Limites.

Sumário

Introdução.....	4
1. A Atividade de Regulação e o surgimento das Agências.....	7
2. Conceito de Independência e Autonomia Regulatória.....	8
2.1 Análise quanto ao alcance da independência e autonomia do Setor de Transportes	12
3 Barreiras à Atividade Regulatória Estatal.....	16
3.1. O excessivo sistema de controle brasileiro.....	17
3.2. Casos práticos de tentativa indevida de invasão das competências do ente regulador, pelo Tribunal de Contas da União.....	19
3.2.1 Caso referente ao controle e fiscalização da execução do contrato de concessão para exploração das Rodovias BR-101/SC e BR-116/376/PR, no Trecho entre Florianópolis e Curitiba.....	20
3.2.2 Caso referente à celebração, pela ANTT, de Termos de Ajuste de Conduta (TAC), em Contratos de Concessão de Rodovia e Ferrovia.....	23
3.2.3 Caso referente à Nova Subida da Serra.....	24
4. Limites do controle exercido pelo Tribunal de Contas da União.....	28
Considerações finais.....	32
Referências.....	35

Introdução

A Administração Pública, após o advento do Estado Regulador, na consecução de seus fins e na concretização do interesse público, promoveu a transferência, para a iniciativa privada, de atividades econômicas e dos serviços públicos, por meio das concessões e permissões. Neste cenário, surgem as Agências Reguladoras, como autarquias independentes, imbuídas de regular diferentes setores da economia e a prestação de serviços públicos.¹

Consoante o art. 175, da Constituição Federal, incumbe ao Poder Público a prestação de serviço público, de forma direta, ou sob o regime de concessão ou permissão, albergando, todavia, o princípio da Obrigatoriedade de Licitação nestas últimas hipóteses.

As concessões e permissões de serviços públicos são disciplinadas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que regulamentou o art. 175 da Constituição Federal.

Uma vez conferida a agentes privados a prestação de serviços públicos, mediante concessão ou permissão, possuem as Agências Reguladoras, como função precípua, a regulação das matérias relacionadas à sua área de atuação, bem como a fiscalização da eficiência na prestação dos serviços públicos pelos concessionários, permissionários e autorizados.

Ainda, as Agências Reguladoras, como integrantes do aparato público estatal brasileiro, dentro da lógica de separação de poderes que constitui um princípio fundamental da Constituição brasileira, estão sujeitas, *constitucionalmente*, aos controles procedimentais clássicos, quais sejam: controle administrativo, controle parlamentar e controle judicial.

Neste contexto insere-se o Tribunal de Contas da União que é órgão auxiliar do Congresso Nacional, com atribuições de controle quanto à legalidade, legitimidade, economicidade dos atos e aplicação de subvenções e renúncia de receitas, por meio de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

Todavia, o que nos inquieta saber é se a Agência Nacional de Transportes Terrestres tem sofrido intervenções indevidas do Tribunal de Contas da

¹ ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **A Administração Pública Brasileira no Contexto do Estado Democrático de Direito**. 2013. Texto base da disciplina Direito Administrativo do eixo comum do Curso de Especialização em Direito Público, Centro de Educação a Distância da Universidade de Brasília e Escola da Advocacia Geral da União. Brasília, 2013.

União, a pretexto do desempenho de sua missão constitucional e quais são os limites desse controle.

O presente trabalho analisará, assim, a interação entre a atividade regulatória estatal desempenhada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres e a atividade de controle de atos, efetuado pelo Tribunal de Contas da União, explorando casos concretos em que as competências dos dois entes entraram em conflito, para, ao final, se esboçar o espaço de atuação de cada atividade.

Interessa à questão analisar o significado de independência e autonomia regulatória, atributos próprios dessas entidades identificadas como Agências Reguladoras e a importância de se preservar tais características em um determinado setor da economia, o que será feito baseado em lições de autores como Marçal Justen Filho, Floriano de Azevedo Marques Neto e Marcelo Figueiredo.

Nesse desiderato, também serão tecidas as contribuições do Projeto da Lei Geral das Agências Reguladoras (Projeto de Lei do Senado n.º 52/2013), que, recentemente, foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, para a definição da questão.

Adentrando, especificamente, no setor de transportes terrestres, será analisado o grau de autonomia e independência, conferido, legalmente, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, relacionado à estabilidade dos seus dirigentes, à ausência de controle hierárquico (dimensão orgânica); além da garantia de autonomia de gestão, autonomia financeira e de regime de pessoal compatível (dimensão administrativa).²

Após descrição dos tipos de controle a que está submetida a Agência Reguladora do Setor de Transportes, com maior ênfase naquele desempenhado pelo Tribunal de Contas da União, serão apresentados casos práticos ilustrativos de atuação indevida do órgão de controle externo que, por vezes, substitui a vontade do Administrador Público, tais como: TC n. 005.534/2011, cujo objeto é o controle e fiscalização da execução do contrato de concessão para exploração das Rodovias BR-101/SC e BR-116/376/PR; TC n.º 026.045/2015-0, que diz respeito à legitimidade de a ANTT firmar Termos de Ajuste de Conduta, no âmbito dos contratos de concessão de rodovias e ferrovias e TC 014.689/2014-6, que cuidou de

² Esta categorização de independência regulatória em dimensões orgânica e administrativa é tratada por Floriano de Azevedo Marques Neto em sua obra *Agências Reguladoras Independente - Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 72.

examinar a legalidade e a legitimidade dos procedimentos da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e do Ministério dos Transportes - MT nas alterações dos contratos objeto da 1ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais.

Ao final, sem qualquer pretensão de exaurir o tema, se tentará estabelecer, em termos objetivos, qual é o limite de intervenção do controle exercido pelo TCU sobre as Agências Reguladoras, em especial sobre a ANTT, ancorada em reflexões trazidas por Luis Roberto Barroso, Floriano de Azevedo Marques Neto, Eduardo Ferreira Jordão e Reginaldo Pereira Miguel.

1. A Atividade de Regulação e o surgimento das Agências.

Vital Moreira³ conceitua a atividade regulatória como “o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica, destinadas a garantir seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos.”

Ainda, conforme sintetiza Floriano de Azevedo Marques Neto⁴,

a regulação estatal, em face da economia, envolve: (i) alguma forma de intervenção estatal sobre o domínio da liberdade de iniciativa; (ii) ação estatal esta que não se resume ao estabelecimento de regras, mas envolve ações concretas para implementação das pautas normativas; (iii) os objetivos da regulação estatal não se resumem à preservação dos mercados, mas compreendem o atingimento de objetivos de interesse público para os quais se faça necessário alguma coordenação ou condução do processo econômico.

No panorama histórico de um “Estado Regulador”, marcado pela presença de um Estado dirigente e gerenciador, voltado para a consecução dos direitos fundamentais, é que surgem as agências reguladoras (autarquias especiais), prestando-se ordinariamente a implementar a regulação do mercado, com vistas a impedir o abuso das empresas, com o objetivo de garantir excelência e padrões de qualidade.

Marçal Justen Filho⁵ esclarece que a expressão “agência”,

visa a acentuar a consagração, em nível constitucional, de uma estrutura organizacional dotada de autonomia, visando a propiciar o desempenho de funções estatais com proteção contra influências políticas, econômicas e sociais, sem vínculo de subordinação hierárquica e com garantias contra o exercício das competências inerentes aos demais Poderes.

De modo a realizar seus fins, as agências deveriam exercer independência de ação, para que possam definir políticas e estratégias focadas na eficiência na prestação do serviço.

O regime especial, conferido a tais entidades, consiste, assim, em maior autonomia em relação à Administração Direta, em estabilidade de seus

³ MOREIRA, Vital. **Auto-Regulamentação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.

⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em Fevereiro de 2016.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 331.

dirigentes, assegurada mediante o exercício de mandato fixo e no caráter final de suas decisões, no âmbito administrativo.⁶

A criação dessas agências, em verdade, radica em nova concepção de Estado, de modo que a autonomia a elas outorgada decorre de tentativas de obtenção de eficiência na gestão da coisa pública⁷. Com isso, sobre a busca de efetiva qualidade, por parte do Estado Regulador, leciona Marcos Juruena Villela Souto que:

A crise fiscal do Estado impõe a retomada do equilíbrio orçamentário pela via da contenção do déficit público, forçando uma reengenharia. Não se trata de cancelar investimentos, remunerar mal serviços e servidores e não honrar a dívida pública. A questão está na qualidade (e não quantidade) do gasto, mudando o modelo de desempenho (gestão), de acordo com um planejamento⁸.

E, ainda, que:

Com a transferência de funções de utilidade pública, do setor público para o privado, pela via de contratos de concessão, o objetivo da função regulatória é fazer essa transferência interessante para as três partes envolvidas – concedente, concessionário e usuário. Para tornar o serviço acessível ao usuário e remunerar os elevados investimentos, é preciso diluir a cobrança das tarifas em contratos de longo prazo. Ocorre que, raramente, os contratantes terão capacidade de, no momento da negociação ou da estipulação das condições e obrigações, conhecerem e prevenirem todas as situações que podem ocorrer no futuro. Isso realça o papel do agente regulador, que deve buscar interpretar, de forma isenta, os princípios que orientaram a celebração do contrato, para propor soluções através da mediação, e em caso de insucesso, da arbitragem⁹.

Uma vez explicitados tais pressupostos para a análise da questão, se avançará para a definição do que vem a ser a chamada independência e/ou autonomia das Agências.

2. Conceito de Independência e Autonomia Regulatória.

Dos ensinamentos de Marçal Justen Filho¹⁰, Floriano de Azevedo Marques Neto¹¹ e Marcelo Figueiredo¹² é possível extrair que a “independência” e a

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 527.

⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil**. Londrina: Humanidades, 2004, p. 63.

⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras, artigo in **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, n. 33, julho/agosto de 2000, p. 153.

⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. op.cit., p. 157.

¹⁰ JUSTEN FILHO, MARÇAL. Op. Cit.

¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

¹² FIGUEIREDO, Marcelo. **As Agências Reguladoras. O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005.

“autonomia”, em maior ou menor medida, são atributos próprios de algumas entidades tidas como agências reguladoras.

Para melhor compreensão de tais características e em uma tentativa de promover uma diferenciação objetiva de tais conceitos, teríamos que a qualificação de uma agência como *independente* resulta do vínculo mantido entre ela (seus diretores) e os Poderes Executivo e Legislativo, funcionando como uma espécie de escudo contra a influência de fatores políticos secundários que possam comprometer a intervenção no domínio econômico e social.¹³

Já o conceito de *autonomia* diz respeito a fatores intrínsecos ao próprio desempenho da atividade regulatória. Diz-se que uma agência será mais ou menos autônoma se lhe for (ou não) atribuída privatividade de competência.¹⁴ Assim, a independência garante autonomia (pelo menos em relação à influência do processo legislativo), embora também seja possível tomar decisões autônomas sem independência formal.

Conforme dito, a “autonomia” conferida às agências reguladoras tem como principal motivação assegurar eficiência na gestão pública. Nesse ponto, necessário alertar que existem autores, a exemplo de Marçal Justen Filho e Floriano de Azevedo Marques Neto, que preferem utilizar o termo “independência” e “autonomia”¹⁵, indistintamente. Este último autor, inclusive, reputa essencial a independência de tais entidades para que:

o regulador possa exercer suas funções de forma equidistante em relação aos interesses dos regulados (operadores econômicos), dos beneficiários da regulação (os usuários, consumidores, cidadãos) e ainda do próprio poder político, ficando protegido tanto dos interesses governamentais de ocasião, quanto dos interesses estatais diretamente relacionados ao setor regulado (...)¹⁶.

Na doutrina de Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁷ são identificadas, assim, duas dimensões de autonomia ou independência do ente regulador que se complementam: a *autonomia orgânica*, evidenciada pela ausência de controle hierárquico e pela estabilidade de seus dirigentes, que exercem seu *mister*, por meio de mandatos fixos; além da *autonomia administrativa*, que se traduz na garantia de

¹³ JUSTEN FILHO, MARÇAL. Op. Cit, p. 64.

¹⁴ JUSTEN FILHO, MARÇAL. op.cit., p.398.

¹⁵ A respeito, confira MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Op. Cit, p. 67.

¹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. op.cit., p. 68.

¹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. op.cit, p. 72.

autonomia de gestão, autonomia financeira, liberdade para que tais entes organizem seus serviços e na existência de regime de pessoal compatível.

A garantia de tais prerrogativas é imprescindível para que as Agências Reguladoras desempenhem seu papel institucional, que podem ser, assim, resumidos:

i) poder normativo, consistente em editar comandos gerais para o setor regulado (complementando os comandos legais crescentemente abertos e indefinidos); *ii) poder de outorga*, consistente na prerrogativa de emissão, em consonância com as políticas públicas aplicáveis ao setor, de atos concretos de licenças, autorizações, injunções com vistas a franquear ou interditar o exercício de uma atividade regulada a um particular; *iii) poder de fiscalização* do setor, a qual se revela tanto pelo monitoramento das atividades reguladas (de modo a manter-se permanentemente informada sobre as condições econômicas, técnicas e de mercado do setor), quanto na aferição das condutas dos regulados de modo a impedir o descumprimento de regras ou objetivos regulatórios; *iv) poder sancionatório*, consistente tanto na aplicação de advertências, multas ou mesmo cassações de licenças, como também na prerrogativa de obrigar o particular a reparar um consumidor ou corrigir os efeitos de uma conduta lesiva a algum valor ou interesse tutelado pelo regulador; *v) poderes de conciliação*, que se traduzem na capacidade de, dentro do setor, conciliar ou mediar interesses de operadores regulados, consumidores isolados ou em grupos de interesses homogêneos, ou ainda interesses de agentes econômicos que se relacionam com o setor regulado (malgrado não explorem diretamente a atividade sujeita à regulação setorial) no âmbito da cadeia econômica e por fim *vi) poderes de recomendação*, consistentes na prerrogativa, muitas vezes prevista na lei que cria a agência, de o regulador subsidiar, orientar ou informar o poder político, recomendando medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas.¹⁸

É possível afirmar, então, a partir de detida análise das lições antes referidas, que a independência e autonomia conferidas a tais entidades objetivam torná-las “imunes” contra as ingerências políticas. A razão primordial dessa questão é, exatamente, o fato de que o mercado regulado, formado por setores altamente relevantes da economia, é sensível às decisões de tais entes, e, assim, qualquer decisão que não seja fundamentada pela técnica, poderá alterar o equilíbrio da equação regulatória, causando sérios prejuízos à sociedade.

Neste tópico, ainda, necessário mencionar que tramita, atualmente, no Congresso Nacional, o Projeto da Lei Geral das Agências Reguladoras (Projeto de Lei do Senado n.º 52/2013¹⁹), que já contou com a aprovação da Comissão de

¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. op.cit., p. 60-61.

¹⁹ Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999, n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000, n.º 9.984, de 17 de julho de 2000, n.º 9.986, de 18 de julho de 2000, e n.º 10.233, de 5 de junho de 2001, n.º 9.433 de 8 de janeiro de 1997, da Medida Provisória n.º 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências.

Constituição e Justiça do Senado Federal. De autoria do senador Eunício de Oliveira (PMDB-CE), e reproduzindo, em grande parte, o arquivado Projeto de Lei 3.337/2004²⁰, o texto normativo objetiva estabelecer regras relativas à gestão, organização e mecanismos de controle social das agências reguladoras federais e promove ainda ajustes nas leis específicas de criação de cada uma delas.

Nesta senda, o projeto prevê exigência de apresentação anual de uma prestação de contas ao Congresso por parte das agências e a celebração dos chamados contratos de gestão, que devem conter metas, mecanismos, fontes de custeio e resultados das ações regulatórias e fiscalizatórias das autarquias. O projeto também prevê uma série de dispositivos para vincular a atuação das agências reguladoras aos órgãos de defesa da concorrência.

Outrossim, o referido PLS 52/2013 estabelece ainda mandato máximo de quatro anos para os dirigentes, admitida uma única recondução.

Na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, o projeto sofreu alterações, de autoria do senador Walter Pinheiro (PT-BA), tendentes a afastar, na visão do congressista, uma das principais distorções no modelo vigente, “que é o exercício de competências de governo pelas agências reguladoras, como a absorção da atividade de formulação de políticas públicas e do poder de outorgar e conceder serviços públicos”.²¹

Ainda, uma das emendas apresentadas pelo referido senador estabelece que os presidentes das agências compareçam, anualmente, ao Congresso para prestar contas da atuação das agências em seus respectivos mercados regulados, como forma de aperfeiçoamento da ação regulatória.

Todavia, a principal contribuição do referido projeto para o problema da autonomia/independência de tais entidades foi introduzida no seu art. 3º²², no sentido de melhor detalhar o que vem a ser a chamada “natureza especial”,

²⁰ Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências.

²¹ Disponível em <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/30/lei-geral-das-agencias-reguladoras-e-aprovada-pela-ccj>

²² Art. 3º A natureza especial conferida às Agências Reguladoras é caracterizada pela ausência de tutela ou subordinação hierárquica, por investidura a termo dos dirigentes e estabilidade durante os mandatos e autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e demais disposições constantes desta lei ou de suas leis específicas voltadas à sua implementação. Parágrafo único. Cada Agência Reguladora deverá corresponder a um órgão orçamentário do Sistema de Planejamento e Orçamento Federal.

reforçando e melhor caracterizando a autonomia administrativa e financeira das agências reguladoras, alçando-as à qualidade de órgão orçamentário do Sistema de Planejamento e Orçamento Federal, reconhecendo, por conseguinte, a necessidade de que sejam tratadas com maior grau de independência em relação ao órgão setorial.

De certo que a implementação de tal medida é vital para se assegurar a autonomia de tais entidades que, atualmente, têm no quesito “orçamento” um de seus principais entraves para a consecução de seus fins, já que depende de um intermediário (Ministério) para obter a consignação da dotação em proposta levada aos órgãos centrais de governo e a consequente alocação dos recursos financeiros.

Os atributos de independência e autonomia, conferidos aos entes reguladores, ainda, são importantes na medida em que asseguram o desenvolvimento e a regulação de atividades econômicas, livres de contendas políticas, além de possibilitarem sua composição por indivíduos de reconhecida capacidade técnica.²³

2.1 Análise quanto ao alcance da Independência e Autonomia Regulatória do Setor de Transportes Terrestres.

Avançando neste estudo e antes de partirmos para uma análise de eventuais interferências do Órgão de Controle Externo na autonomia da Agência Reguladora do Setor de Transportes Terrestres, é pressuposto analisar o grau de autonomia a ela conferido pela lei de regência.

O panorama atual do setor de transportes terrestres foi implementado pela Lei n.º 10.233, de 2001²⁴, que criou o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT e a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, dotando-os de atribuições específicas em relação ao sistema.

O CONIT é um órgão vinculado à Presidência da República, com função precípua de propor políticas nacionais de integração dos diferentes modais

²³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função Regulatória. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 13, fevereiro/março/abril, 2008. Disponível na internet <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> Acesso em julho 2016.

²⁴ Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.

de transporte. Sua atuação, assim, prima pela observância dos princípios norteadores do setor, *in casu*, eficiência, generalidade e modicidade tarifária. Para tanto, a Lei 10.233, de 2001, lhe conferiu as seguintes atribuições:

Art. 6º No exercício da atribuição prevista no art. 5º, caberá ao CONIT:

I – propor medidas que propiciem a integração dos transportes aéreo, aquaviário e terrestre e a harmonização das respectivas políticas setoriais;

II - definir os elementos de logística do transporte multimodal a serem implementados pelos órgãos reguladores dos transportes terrestre e aquaviário vinculados ao Ministério dos Transportes, conforme estabelece esta Lei, pela Secretaria Especial de Portos e pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC; ([Redação dada pela Lei nº 11.518, de 2007](#))

III – harmonizar as políticas nacionais de transporte com as políticas de transporte dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, visando à articulação dos órgãos encarregados do gerenciamento dos sistemas viários e da regulação dos transportes interestaduais, intermunicipais e urbanos;

IV – aprovar, em função das características regionais, as políticas de prestação de serviços de transporte às áreas mais remotas ou de difícil acesso do País, submetendo ao Presidente da República e ao Congresso Nacional as medidas específicas que implicarem a criação de subsídios;

V – aprovar as revisões periódicas das redes de transporte que contemplam as diversas regiões do País, propondo ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional as reformulações do Sistema Nacional de Viação que atendam ao interesse nacional.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, por sua vez, autarquia federal em regime especial, implementa as políticas formuladas pelo CONIT e pelo Ministério dos Transportes, além de exercer a regulação técnica e econômica do setor de transportes terrestres, mediante a fixação de normas e padrões de qualidade, a serem observados na prestação dos serviços, bem como no estabelecimento de mecanismos para a criação de um ambiente concorrencial e definição de critérios para a política tarifária, exercendo a atividade fiscalizatória do setor.

Dentre as competências conferidas, pela Lei n.º 10.233, de 2001, às entidades do Setor, coube à ANTT, como atribuições gerais, as seguintes:

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

I – promover pesquisas e estudos específicos de tráfego e de demanda de serviços de transporte;

II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;

III - propor ao Ministério dos Transportes, nos casos de concessão e permissão, os planos de outorgas, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infraestrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre; ([Redação dada pela Lei nº 12.996, de 2014](#))

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;

V – editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infraestrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

VI – reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos;

VII – proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda;

VIII – fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;

IX - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes, se for o caso, propostas de declaração de utilidade pública; ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001](#))

X – adotar procedimentos para a incorporação ou desincorporação de bens, no âmbito dos arrendamentos contratados;

XI – promover estudos sobre a logística do transporte intermodal, ao longo de eixos ou fluxos de produção;

XII – habilitar o Operador do Transporte Multimodal, em articulação com as demais agências reguladoras de transportes;

XIII – promover levantamentos e organizar cadastro relativos ao sistema de dutovias do Brasil e às empresas proprietárias de equipamentos e instalações de transporte dutoviário;

XIV – estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas;

XV – elaborar o seu orçamento e proceder à respectiva execução financeira.

XVI - representar o Brasil junto aos organismos internacionais e em convenções, acordos e tratados na sua área de competência, observadas as diretrizes do Ministro de Estado dos Transportes e as atribuições específicas dos demais órgãos federais. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001](#))

XVII - exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no [inciso VIII do art. 21 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997](#) - Código de Trânsito Brasileiro, nas rodovias federais por ela administradas. ([Incluído pela Lei nº 10.561, de 13.11.2002](#)).

Procedendo-se ao resgate das concepções de autonomia ou independência do ente regulador (orgânica e administrativa), verifica-se que, no âmbito da dimensão orgânica, a Lei n. 10.233, de 2001 assegurou aos cinco Diretores da ANTT, mandatos de quatro anos, não coincidentes admitida, apenas uma recondução (art. 54).

Ainda, acerca de controle hierárquico, muito já se discutiu sobre o alcance da supervisão ministerial em contraposição à autonomia das Agências Reguladoras. De forma a dirimir as divergências, havidas especialmente entre as consultorias jurídicas dos ministérios e as procuradorias federais junto às autarquias, foi exarado pelo então Consultor da União o PARECER Nº AGU/MS-04/06²⁵, de 23 de

²⁵ BRASIL. Advocacia Geral da União. Do parecer da definição acerca dos instrumentos da supervisão ministerial e da possibilidade de provimento de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras.

maio de 2006, que, aprovado pelo Advogado-Geral da União e pelo Presidente da República, deixou assentado que *estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.*

Nos termos do Parecer, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, restou pacificado que *não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.*

Nesse sentido, não há na Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, previsão de admissão de recurso hierárquico impróprio ao Ministro de Estado dos Transportes contra decisão proferida pela Diretoria da Agência.

Avançando na análise do campo da autonomia administrativa da ANTT, que envolve os aspectos de autonomia de gestão, autonomia financeira, liberdade na organização de serviços e no regime de pessoal compatível, é de se observar que o Tribunal de Contas da União, por solicitação do Congresso Nacional, em requerimento de autoria do Deputado Sílvio Torres, então presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, efetivou auditoria operacional (Processo n. 012.693/2009-9) para aferir:

a governança das agências reguladoras de infra-estrutura no Brasil, de forma a identificar eventuais riscos e falhas estruturais, que possam comprometer o alcance dos objetivos da regulação estatal, e propor soluções de natureza operacional e legislativa, para fortalecer o modelo regulatório atual.

Como resultado da referida Auditoria, a Corte de Contas exarou o Acórdão n.º 2.261/2011 e o recentíssimo Acórdão nº 240/2015, ambos do Plenário, que traçam os principais problemas gerenciais experimentados pelas Agências Reguladoras de infraestrutura, dentre elas a própria ANTT.

A respeito da Agência, necessário salientar que o TCU reconheceu a existência de alguns fatores que dificultam o exercício da boa governança,

notadamente, aos que se relacionam com forte contingenciamento de recursos, inclusive de arrecadação própria e excessiva demora na indicação e nomeação de seus dirigentes. No caso específico da ANTT, restou asseverado, inclusive, que:

Desde 20/3/2012, data do estabelecimento das regras de indicação de Diretores interinos para a ANTT, até 31/12/2013, três das cinco vagas da Diretoria estão sendo ocupadas ininterruptamente por servidores indicados pelo Executivo e não sabatinados pelo Senado Federal. Esse percentual de 100% equivale a 649 dias (ou 1,78 anos). Ademais, a quarta cadeira de diretor permanece sem ocupante titular desde 18/2/2013.

Assim, somente recentemente foram empossados os três nomes faltantes para compor a Diretoria da ANTT, dentre eles um dos interinos, após a necessária sabatina pelo Senado Federal. Todavia, atualmente, 02 (dois) diretores dos recém empossados tiveram os mandatos já findos em fevereiro de 2016, encontrando-se a Agência, novamente, no aguardo de novas indicações de nomes para completar o corpo diretivo.

A Agência, assim, tem um grande desafio nas mãos que é, exatamente, cumprir sua missão a despeito das dificuldades de orçamento e pessoal que vem enfrentando ao longo dos anos, o que, de certo, macula a independência necessária a entidades deste jaez.

3. Barreiras à Atividade Regulatória Estatal

Em linhas anteriores, foi feita uma reflexão sobre a caracterização do que vem a ser a independência e a autonomia regulatória, adentrando-se, especificamente, em análise do seu alcance no que se refere à Agência Nacional de Transportes Terrestres.

Esta, como entidade reguladora da atividade econômica e implementadora de políticas públicas no setor de transporte terrestre, necessita da autonomia suficiente para o cumprimento de seu mister, conforme visto anteriormente.

Ocorre que a independência e autonomia regulatória também são sensíveis às ingerências dos Órgãos de Controle Externo. Não raro, no meio dos gestores públicos, notadamente na área de infraestrutura, levantam-se vozes que

criticam o que se convencionou chamar de “excessivo sistema de fiscalização brasileiro.”²⁶

Nesta parte do trabalho, serão apresentadas as tensões envolvendo o exercício da atividade regulatória estatal e a implementação dos requisitos democráticos de controle, participação e transparência, com maior ênfase nas interferências perpetradas pelo Tribunal de Contas da União.

Todavia, antes, serão, rapidamente, descritos os tipos de controle a que estão submetidas as Agências Reguladoras, uma vez inseridas na estrutura da Administração Pública, na qualidade de Autarquias em regime especial.

3.1. O excessivo sistema de controle brasileiro

Conforme alertam Alexandre Gomide e Roberto Pires²⁷, a Constituição Federal de 1988, a par de ter restabelecido o Estado Democrático de Direito no país, também:

(...) instituiu uma série de mecanismos para envolvimento dos atores políticos, econômicos e sociais no processo de formulação e gestão de políticas públicas ao ampliar os instrumentos de controle, participação e transparência nas decisões públicas. Isso, por sua vez, tornou mais complexo o ambiente institucional para a formulação, a coordenação e a execução de políticas no Brasil.

Outrossim, no pensamento de Lodge²⁸, a ascensão do chamado “Estado Regulador” renovou o debate acerca da *accountability*²⁹ e transparência junto aos meios de comunicação, opinião pública, investidores e grupos de interesse. Questões sobre quem ou o quê deve ser *accountable*, para quem e em que termos tornaram-se cruciais em qualquer regime regulatório, bem como a reorganização do desenho governamental, dos mecanismos de controle e das relações entre os diversos atores envolvidos. O autor destaca que as discussões acerca de *accountability* e transparência, tradicionalmente restritas a *inputs* e canais parlamentares que obrigam reguladores a prestarem contas, praticamente ignoram

²⁶ Acerca de críticas, confirmam-se as seguintes notícias: <http://www.antp.org.br/website/noticias/show.asp?npgCode=536EBE26-04E4-4BDD-BF39-62A0327E3420> e <http://www.diariodafranca.com.br/conteudo/noticia.php?noticia=45974&categoria=9>

²⁷ GOMIDE, Alexandre; PIRES, Roberto. Análise comparativa: arranjos de implementação e resultados de políticas públicas. In: GOMIDE, Alexandre e PIRES, Roberto (ed). Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas. pp. 351-380.

²⁸ LODGE, M. Accountability and Transparency in Regulation: critiques, doctrines and instruments. In: JORDANA, J; LEVI-FAUR, D. *The Politics of Regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance*. The CRC series on competition, regulation and development. Cheltenham/UK, Northampton/USA: Edward Elgar Publishing, 2004.

²⁹ Mecanismo de prestação de contas e responsabilização.

dimensões mais amplas nas quais o processo regulatório pode e deve ser mais transparente e *accountable*.

As Agências Reguladoras, como integrantes do aparato público estatal brasileiro, dentro da lógica de separação de poderes que constitui um princípio fundamental da Constituição brasileira, estão sujeitas, *constitucionalmente*, aos controles procedimentais clássicos, quais sejam: controle administrativo, controle parlamentar e controle judicial.

Assim, tais entidades, como integrantes da estrutura do Poder Executivo, estão sujeitas a auditorias realizadas pela Controladoria Geral da União (CGU), responsável pelo controle da gestão operacional, patrimonial, de recursos humanos e de suprimento de bens e serviços de todos os órgãos do Executivo federal, sendo que as Ouvidorias das agências são coordenadas tecnicamente pela Ouvidoria Geral da União, que integra a CGU.

Ainda, em razão do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, os atos administrativos das agências que causem lesão ou ameaça de lesão, se submetem ao controle realizado pelo Poder Judiciário.

Outrossim, por imposição do art. 70, da Constituição Federal, as agências reguladoras estão submetidas ao controle exercido pelo Congresso Nacional no que tange à legalidade, legitimidade, economicidade dos atos, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, por meio de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Para tanto, o Congresso Nacional conta com as Comissões Parlamentares de Inquérito e o Tribunal de Contas da União.

Nesta senda, o Tribunal de Contas da União é órgão especializado, com a missão de fiscalizar a realização do orçamento e a correta aplicação de recursos públicos. Sua atuação está restrita a (i) auditoria financeira e orçamentária; (ii) julgamento das contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos; e (iii) emissão de parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Executivo.³⁰

Assim, resta afastada, de imediato, qualquer consideração a respeito da possibilidade de ele fiscalizar o conteúdo meritório e de conveniência da prática,

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002, p. 128.

pela Administração Pública, de atos de naturezas política, programática ou executiva.

A razão de tal delimitação funda-se primordialmente nos princípios informadores da convivência entre os poderes, Princípio da Tripartição das funções do Estado ou da independência e harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e, ainda, como bem observado por Reginaldo Pereira Miguel³¹ que nos explica que:

O afastamento dessas atividades discricionárias do controle pelo Tribunal de Contas da União é sustentável, ainda, quando se toma em consideração que o vocábulo *operacional* está ladeado no texto desse artigo pelas expressões **contábil, financeira, orçamentária e patrimonial**, todas com significado de natureza econômico-financeira e que por isso mesmo imprimem àquele termo conteúdo restrito e harmônico com estes, ou seja, o controle *operacional* se refere também às atividades econômico-financeiras, só que em face daquelas não abrangidas nos conceitos de atividade contábil, financeira, orçamentária e patrimonial.

Se assim não fosse, e o termo *operacional* tivesse sido utilizado no texto constitucional na sua acepção comum, *lato sensu* - de execução e prática de qualquer ato político ou governamental, de gestão dos negócios e interesses públicos afetos à competência legal dos órgãos e entidades estatais -, não haveria porque o citado art. 70 também fazer referência à fiscalização **contábil, financeira, orçamentária e patrimonial**, vez que nesse significado amplo a palavra *operacional* abrangeria todos os atos de gestão pública, inclusive estes.

De notar, em apoio a esse entendimento, que na discriminação da competência do Tribunal de Contas da União, o art. 71 da Constituição Federal somente lhe conferiu poderes de controle que são, direta ou indiretamente, de natureza econômico-financeira. Essa mesma orientação está presente nas finalidades que o art. 74 da Carta Política imprime ao *sistema integrado de controle interno*, o qual, segundo RICARDO LOBO TORRES, “**é simétrico ao externo no que pertine às finalidades, objetivos e métodos**”.

O fato é que, em muitos casos, o Tribunal de Contas da União tem ultrapassado a linha que se estabelece entre seu poder de fiscalização, invadindo questões de mérito administrativo e pretendendo se substituir ao ente regulador em suas ações o que, de certo, macula a independência e autonomia de tais entes.

Alguns exemplos desta questão serão abordados no tópico a seguir.

3.2. Casos práticos de tentativa indevida de invasão das competências do ente regulador, pelo Tribunal de Contas da União:

³¹ MIGUEL, Reginaldo Pereira. **As Agências Reguladoras e seu Controle pelos Tribunais de Contas.** In Revista Virtual da AGU Ano IV nº 30, de julho de 2004. Disponível em <http://www.agu.gov.br/noticia/n-30-jul-2004>. Acesso em fev de 2016.

No setor elétrico, Reginaldo Pereira Miguel³² recorda caso emblemático, envolvendo a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e a Espírito Santo Centrais Elétricas S/A, em que o Tribunal de Contas da União, por meio de sua Secretaria de Fiscalização de Desestatização – SEFID, “determinou a reavaliação das tarifas resultantes da Resolução ANEEL nº 320, de 6.8.2001, que homologou a segunda revisão tarifária daquela concessionária, provocando verdadeiro recálculo das tarifas sob pena de aplicação de sanções aos agentes públicos responsáveis, bem como à concessionária.”

Acerca de referida decisão, ponderou o autor no sentido de que:

Sendo a Agência Reguladora uma entidade da Administração Indireta, não seria constitucionalmente razoável que o Tribunal de Contas a compelissem a praticar e modificar tarifas que foram devidamente homologadas com base na legalidade e no contrato de concessão firmado entre o ente privado e a Administração Pública.

Nesse contexto, o Tribunal de Contas, não pode sustar o contrato de concessão por força do §1º do art. 71 da CF, apenas recomendasse a alteração das tarifas em havendo, é claro, patente prejuízo aos cofres públicos ou à sociedade.³³

A temática, de tão abrangente, está sendo objeto de estudo do Observatório do Controle da Administração Pública³⁴ que consiste em um grupo regular de extensão da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, capitaneada pelo professor Floriano de Azevedo Marques Neto, no intuito de acompanhar e avaliar as práticas do Tribunal de Contas da União (TCU) no controle das Agências Reguladoras.

Em relação à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT também é possível identificar situações em que o Tribunal de Contas da União, para além de suas atribuições constitucionais, interviu, indevidamente, em assuntos próprios e atinentes à discricionariedade técnica da Agência. Eis alguns casos ilustrativos:

3.2.1 Caso referente ao controle e fiscalização da execução do contrato de concessão para exploração das Rodovias BR-101/SC e BR-116/376/PR, no Trecho entre Florianópolis e Curitiba.

³² MIGUEL, Reginaldo Pereira. Op. cit.

³³ MIGUEL, Reginaldo Pereira. Op. cit.

³⁴ A respeito, confira http://www.direito.usp.br/extensao/Arquivos/2016/Edital_OCAP_2016.pdf

No setor de transportes, reportamos, primeiramente, ao caso envolvendo o TC n. 005.534/2011 – Processo do TCU .n.º 005.534/2011, cujo objeto é o controle e fiscalização da execução do contrato de concessão para exploração das Rodovias BR-101/SC e BR-116/376/PR, no Trecho entre Florianópolis e Curitiba, delegada à Concessionária Autopista Litoral Sul.

Em 14.02.2008, a Concessionária Autopista Litoral Sul S. A. firmou com a União, por intermédio da ANTT, Contrato de Concessão do lote correspondente a 382,30 km das Rodovias BR 116/376/PR e BR 101/SC, trecho Curitiba – Florianópolis, com vistas à exploração da infraestrutura e da prestação de serviços públicos e obras, abrangendo a execução dos serviços de recuperação, manutenção, monitoração, conservação, operação, ampliação, melhorias e exploração, conforme apresentado no Programa de Exploração da Rodovia - PER, mediante Tarifa Básica de Pedágio no valor inicial de R\$ 1,028, referenciada ao mês de julho de 2007, para cada praça de pedágio implantada.

O prazo de vigência da concessão foi estabelecido em 25 anos, a contar da data da publicação do Extrato do Contrato no D.O.U., o que ocorreu em 15.02.2008, sendo que, conforme cláusulas 2.3, 21.1 e 21.2 do contrato de concessão³⁵, o início da vigência do prazo da Concessão passou a ser contado em 18 de fevereiro de 2008.

O início da cobrança de pedágio ocorreu a partir da zero hora do dia 22.02.2009 nas praças de pedágio P1 e P2, autorizado por AVISO da ANTT publicado no Diário Oficial da União – D.O.U., Seção 3, de 18.02.2009 e retificado na seção 3, de 19.02.2009. O atraso na cobrança de pedágio ocorreu devido ao fato de os trabalhos iniciais só terem sido concluídos no referido mês, conforme certificado pela Área Técnica da ANTT.

As demais praças de pedágio tiveram o início de operação em datas diferentes, conforme foram sendo concluídas, segundo autorização, constante na Deliberação nº 480³⁶, publicada no Diário Oficial da União – D.O.U., Seção 1, de 21.11.2008, a partir do reconhecimento, pela área técnica da Agência, de que fatores estranhos à vontade da concessionária, tais como significativo atraso na

³⁵ Disponível em http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5261/Concessoes_Rodoviaras.html

³⁶ Autoriza à concessionária Autopista Litoral Sul S/A a dar início à arrecadação nas diferentes Praças de Pedágio a serem implantadas nas rodovias BR-116/376/PR e BR-101/SC, trecho Curitiba/Florianópolis.

expedição do Termo de Cessão de Bens a cargo do DNIT, além de equívoco na expedição da Licença de Operação pelo IBAMA lhe daria o direito de iniciar a abertura das praças de pedágio, na medida em que cada uma delas fosse finalizada, como medida de preservação da equação financeira do contrato de concessão.

No Processo 014.800/2009-1 do TCU, instaurado em razão de representação da Procuradoria da República de São Paulo, foi exarado o Acórdão 2.916/2009 – Plenário-TCU em que o Ministro Raimundo Carneiro, relator, reputou que o contrato de concessão conferia amparo aos atos praticados pela ANTT, no tocante à autorização de cobrança de pedágio, em momentos distintos, à medida que as Praças foram sendo concluídas, objeto da Deliberação n.º 480, de 2008, entendendo-se que os atrasos não poderiam ser imputados à Concessionária.

Ocorre que, posteriormente, no bojo do Processo ora analisado (TC n. 005.534/2011) o mesmo Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão n.º 1.043/2014 – Plenário - TCU volta a discutir a questão e, em um primeiro momento, considera “inadequada” decisão da ANTT, consubstanciada na Deliberação n.º 480/2008, que havia autorizado o início da arrecadação nas diferentes praças de pedágio em datas diferenciadas e à medida que fossem concluídas e aptas à operação, olvidando-se do que já havia decidido em ocasião pretérita, por meio do Acórdão 2.916/2009 – Plenário-TCU, no Processo n.º 014.800/2009-1, pela possibilidade de que as praças de pedágio fossem abertas em momentos distintos.

No caso em apreço, somente após a arguição da Agência, em sede de questão de ordem, de que o Tribunal estaria ofendendo a coisa julgada administrativa e provocando insegurança jurídica, foi revista a matéria, por meio do Acórdão n.º 2.883/2015-TCU-Plenário, tornada, assim, insubsistente a referida determinação de “revisão da Deliberação n.º 480/08.”

Enfrentamentos contraditórios, em momentos distintos, de uma mesma questão, perpetrados pelo Tribunal de Contas, de certo, trazem insegurança jurídica à atividade regulatória e põe em risco a relação que a Agência Reguladora deve ter com os investidores e administrados.

Outra questão que se deflui do caso é que não cabe ao Tribunal de Contas da União rechaçar decisão da Agência quando amparada em questões eminentemente técnicas ou quando não evidente o abuso/arbítrio de suas ações cuja consequência é a insindicabilidade do mérito administrativo.

3.2.2 Caso referente à celebração, pela ANTT, de Termos de Ajuste de Conduta (TAC), em Contratos de Concessão de Rodovia e Ferrovia.

Outra questão que tem sido objeto de questionamento, no âmbito do TCU, decorrente de uma representação do Ministério Público de Contas - MPTCU, autuada sob o n.º 026.045/2015-0 (posteriormente apensada ao 019.494/2014-9), diz respeito à legitimidade de a ANTT firmar Termos de Ajuste de Conduta, no âmbito dos contratos de concessão de rodovias e ferrovias.

Para o correto entendimento do caso, necessário aduzir que a Agência Nacional de Transportes Terrestres editou, em 24 de março de 2004, normativo interno, sob a forma de Resolução (n.º 442), disciplinando processo de apuração de infrações e aplicação de penalidades, decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e as obrigações estabelecidas nos contratos de concessão.

Pois bem, uma vez tendo sido identificados descumprimentos de obrigações estabelecidas pelo Contrato de Concessão de exploração do serviço de transporte ferroviário de cargas, firmado com a empresa Transnordestina Logística S/A, no âmbito de procedimento de apuração de infrações e com esteio no normativo citado, foi celebrado com a concessionária referida Termo de Ajuste de Conduta, objetivando *corrigir pendências, irregularidades ou afastar infrações verificadas na execução do contrato de concessão*.

Todavia, alegou o autor da representação, o Ministério Público junto à Corte de Contas, que tal instrumento seria ilegal, porquanto não atenderiam os requisitos da Lei n.º 7.347/1985, na medida em que não visariam à proteção de qualquer interesse coletivo, difuso, ou individual homogêneo, mas apenas a preservação dos direitos contratuais da ANTT em relação aos contratados. Ocorre que referida argumentação não se sustenta, principalmente quando se tem em mente que os ajustes celebrados pela Agência visam o interesse coletivo, na medida em que os contratos de concessão atendem aos interesses da sociedade brasileira, pois, além dos cidadãos que fazem uso das vias de transportes rodoviários e ferroviários, tem-se tais vias como vetor de escoamento da produção de todas as partes do país. Assim, ainda que indiretamente, qualquer cidadão brasileiro

depende, em sua vida, da adequada conservação e utilização das rodovias e ferrovias do Brasil.

E, ainda, no âmbito da ANTT, há previsão específica de celebração do referido Instrumento, conforme consta na Resolução ANTT nº. 442/2004, em seu art. 16:

Art. 16. Com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, por intermédio da Superintendência competente, poderá, antes ou depois da instauração de processo administrativo, convocar os administradores e os acionistas controladores das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC).

Como bem observado por Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, a iniciativa de celebração de Termos de Ajustamento de Conduta:

Trata-se de dotar o órgão público de instrumento consensual que viabilize a pronta adoção, pelo particular, de comportamentos desejados. Privilegiou-se o resultado à busca incerta e demorada de sanções na via judicial. A celebração do termo de ajustamento de conduta também é um modo mais rápido para assegurar a aplicação efetiva da norma em discussão. Não se trata de instrumento de punição, mas de indução de comportamentos concretos. O termo constitui uma ferramenta para transformar em realidade abstratas prescrições legais. Quando firma o compromisso, o interessado se vincula a um dado plexo de obrigações, passando o pacto a constituir, por si só, um título executivo, independentemente de ação judicial de caráter constitutivo.³⁷

A questão, no momento em que elaborado este trabalho, ainda pende de decisão final de mérito pelo Tribunal de Contas da União.

Todavia, é de se reconhecer que não cabe ao Tribunal de Contas da União definir se meios alternativos de resolução de conflitos, quando legalmente postos à disposição da Agência Reguladora, devam ou não ser utilizados neste ou naquele caso específico. Tal prerrogativa advém do poder sancionador da ANTT e somente esta é legitimada a aferir, tecnicamente, a pertinência, ou não, de lançar mão de tal instrumento.

3.2.3 Caso referente à Nova Subida da Serra.

O terceiro caso eleito para ilustrar situação de intervenção indevida do Tribunal de Contas da União em assuntos próprios da ANTT diz respeito ao Processo 014.689/2014-6, do TCU, instaurado com o propósito de acompanhar os

³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73323>>. Acesso em: 2 julho. 2016.

procedimentos da ANTT e do Ministério dos Transportes nas alterações dos contratos objeto da 1ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais - Procrofe, notadamente no que se refere, especificamente, à análise de conformidade do processo de aprovação da execução da obra denominada Nova Subida da Serra de Petrópolis (NSS) e do posterior Décimo Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão PG 138/95-00, celebrado com a Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora – Rio S/A - CONCERT.

Referido projeto diz respeito à construção de uma nova pista na rodovia da subida da serra, em direção a Petrópolis/RJ, prevista no Programa de Exploração da Rodovia – PER da BR 040, que fora objeto do Contrato de Concessão PG 138/95-00.

Muito embora a obra sempre tenha feito parte das obrigações da Concessionária desde a celebração do Contrato (aliás, a maior das obras de sua responsabilidade), não contou àquela época com projeto específico, mas apenas uma estimativa para tanto no montante de R\$ 80 milhões de reais a preços de 1995.

Isso, porque, não se sabendo o custo efetivo da obra e o que isso representaria no universo de investimentos a cargo da Concessionária, o próprio Contrato (vide Programa de Exploração da Rodovia)³⁸ estabeleceu um provisionamento de recurso a posteriori. Ficou estabelecido, assim, que o valor real da obra, a menos ou a mais da estimativa prevista, seria negociado, no momento oportuno, com o então Departamento Nacional de Estradas de Rodagens – DNER, que era quem detinha, à época, as competências que hoje são da ANTT.

Nesse ponto, imprescindível deixar claro que o próprio contrato de concessão da CONCERT admitia, de antemão, que a obra fosse orçada em valor

³⁸ RODOVIA BR-040/MG/RJ – TRECHO: Juiz de Fora – Rio de Janeiro Pavimentação – Nova Subida da Serra de Petrópolis. Implantação da nova subida da serra com Projeto concluído até o décimo sexto ano do período da concessão (2011) e a Execução do décimo oitavo (2013) até o décimo nono ano (2014). De acordo com o Capítulo 7, item 7.3.1.2, subitem b.1. (Redação dada pela 4ª Revisão Extraordinária e a 20ª Revisão Ordinária Aprovadas pela Resolução nº 4.157, de 05/08/2013). Para a execução da Nova Subida da Serra, foi estimada uma verba de R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais), item 6.5.1 da Planilha de Quantidades. Os serviços a serem executados terão seus preços aprovados e apropriados ao PER pela ANTT. O valor real da obra, a menos ou a mais da estimativa prevista, será negociado com o(a)DNER/ANTT(Redação em conformidade com o Termo de Transferência nº 012/2002, dentro das atribuições transferidas pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER, em extinção, para a Agência Nacional de Transportes Terrestres-ANTT).

superior ao estimado, o que garantiria o direito ao reequilíbrio da equação do contrato.

O fato é que o valor provisionado, no momento da aprovação do projeto, por levar em conta necessidade de atendimento de várias condicionantes ambientais, se mostrou insuficiente para sua conclusão, o que demandou providências para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, nos moldes previstos na própria avença anteriormente celebrada entre as partes.

Nesse sentido, a Agência celebrou com a concessionária o Décimo Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão PG 138/95-00, prevendo, dentre os mecanismos de reequilíbrio contratual, o aporte de recurso ou, em sua ausência, alternativamente, a possibilidade de prorrogação contratual.

Ao se debruçar sobre o assunto, no âmbito do Processo referido, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária – Selnfra Rodovia, em sede de Instrução Técnica, produziu Relatório de Acompanhamento que se refere especificamente à análise de conformidade do processo de aprovação da execução da obra denominada Nova Subida da Serra de Petrópolis (NSS) e do posterior Termo Aditivo celebrado.

No documento, a Área Técnica do TCU propõe aplicar sanções a servidores, procuradores e diretores da Agência, que atuaram na elaboração e aprovação daquele termo aditivo, além de determinar à Agência que providencie dotação orçamentária suficiente para realização de aportes, incluir a ação orçamentária correspondente no PPA 2016 – 2019 e, ainda, anular as cláusulas do 12º Termo Aditivo, relativas à possibilidade de prorrogação contratual, como mecanismo de reequilíbrio contratual.

No caso, o órgão técnico do TCU reputa que outras opções melhor atenderiam ao interesse público. Defende que, ao contrário de se celebrar o Décimo Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, melhor opção seria a “retirada” da obra do Programa de Exploração da Rodovia para que fosse licitada numa próxima concessão, alternativa que foi descartada pela Administração (Governo Federal e ANTT) diante da indiscutível relevância e importância da obra aos usuários daquela rodovia.

Aqui, necessário um esclarecimento. No entendimento do setor técnico da Agência, o atendimento do interesse público se daria com a realização da obra, o quanto antes, notadamente porque era sua obrigação fazer com que a concessionária cumprisse o disposto no Programa de Exploração da Rodovia. Ainda, a obra se mostrava extremamente necessária considerando que o trecho da subida da serra está atualmente com a sua capacidade esgotada e trafegabilidade prejudicada, sendo frequente a ocorrência de acidentes, problema que será corrigido com o novo Projeto, além de outros benefícios para o país, tais como redução do percurso entre o Rio de Janeiro e Juiz de Fora, o que acarretará menor consumo de combustível e conseqüente redução de gás carbônico lançado na atmosfera dentre outros. Assim, retirar a obra do PER, como cogita o TCU, nunca foi uma alternativa viável aos olhos da ANTT.

A defesa da Autarquia, assim, imputa ao SeInfra/Rodovia, órgão técnico do TCU, flagrante intromissão nos limites de discricionariedade conferida ao administrador público, na medida em que, a despeito de os gestores terem lançado mão de alternativas legais e legítimas, na condução do assunto, a exemplo de prever a possibilidade de prorrogação do contrato, no caso de inexistência de recursos para o aporte, a área técnica da Corte de Contas as desmerece, por entender que outras posições, a seus olhos, seriam *mais adequadas*.

A problemática que se extrai do presente caso decorre do entendimento de que esse juízo sobre qual ou quais das alternativas legais o Gestor deveria se valer não pode, em absoluto, ser transferida a órgão de controle de contas.

Ou seja, uma vez não imputada ilegalidade nas opções de que o Administrador lançou mão, é ilegítimo pretender a SeInfraRodovia insistir que, segundo seu julgamento, outras opções lhe pareceriam melhor alcançar o interesse público, procurando convencer que, segundo sua apreciação da situação e com base em sua própria percepção dos fatos, a sua escolha seria a mais adequada a, conforme sua avaliação, prestigiar o interesse público.

Nunca lhe foi dado o poder de substituir decisões a cargo de Agência Reguladora pelas de sua preferência.³⁹

³⁹ BARROSO, Op. Cit, p. 130.

Necessário consignar que as proposições do SeinfraRodovias aguardam julgamento pelo Plenário da Corte de Contas.

De certo que os exemplos tratados acima aludem a situações concretas que espelham as dificuldades por que passam as Agências Reguladoras, no exercício de sua missão constitucional que, diuturnamente, tem sua autonomia e independência, indevidamente, vilipendiadas.

4. Limites do controle exercido pelo Tribunal de Contas da União.

Antes de serem lançadas as conclusões do presente trabalho, imprescindível se dedicar algumas linhas na tentativa de se estabelecer, em termos objetivos, qual é o limite de intervenção do controle exercido pelo TCU sobre as Agências Reguladoras, em especial sobre a ANTT.

Nenhum dos Poderes da República é ilimitado, na medida em que todos, sem exceção, devem respeitar a Constituição Federal. E, conforme dito, anteriormente, a competência do Poder Legislativo para o exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional, patrimonial da União e entidades da Administração direta e indireta, sob os enfoques da legalidade, legitimidade, economicidade dos atos, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, prevista nos arts. 70 e 71 da Carta Magna, é exercida pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Por conseguinte, o Tribunal de Contas da União é um órgão especializado e criado com o objetivo de fiscalizar a realização do orçamento e a escorreita aplicação de recursos públicos. Não parece ser de sua competência, todavia, considerações a respeito de mérito, conveniência da prática de atos administrativos ou de assuntos que se refiram à discricionariedade técnica dos entes reguladores.

Conforme elucida Luis Roberto Barroso, escapa às atribuições do Tribunal de Contas da União objetivar lograr informações a respeito de deveres dos concessionários, atividades que, a par de não envolver dispêndio de dinheiro público, constitui a razão de criação da própria agência reguladora.⁴⁰ Ainda, a título de exemplos do que não é permitido ao Tribunal de Contas da União, se encontram posturas atinentes a questionamento de decisões político-administrativas das

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 129.

agências, requisição de planilhas e relatórios expedidos pelas agências e concessionários, que especifiquem fiscalização e procedimentos seguidos na execução contratual.⁴¹

Outrossim, não lhe é autorizado, pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988, a atuar, de forma autoritativa, em abstrato, ou seja, em atos administrativos ainda não expedidos, tal qual um Edital para concessão de rodovia, ainda não publicado. Eduardo Jordão⁴², ao se debruçar sobre a intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados, faz importante digressão histórica para demonstrar que a partir de 1967, por opção do constituinte brasileiro, não cabe ao TCU agir previamente e, nesse desiderato “exigir a apresentação de minuta de edital não publicado”, ou “emitir determinações ao administrador público antes da publicação de um edital de licitação”.

Sobre o controle exercido pelo TCU nas agências reguladoras, alerta ainda Marques Neto⁴³

[...] entendo que além de auxiliar o Congresso, oferecendo o suporte técnico eventualmente demandado, a competência dos Tribunais de Contas para controlar a atividade dos reguladores decorre diretamente da atividade regulada. É dizer: versando a regulação sobre bens ou serviços públicos, competirá à Corte de Contas controlar a atividade do regulador para apurar se a regulação está prestando a bem curar os interesses do patrimônio público, cuidando para que a atividade (operação) dos reguladores seja consentânea com a preservação destes. Note-se, porém, que dentro do conjunto de interesses tutelados pelos órgãos de regulação (consumidores, interesses do Estado, competidores, cadeia econômica, prestadores de serviços), cabe aos Tribunais de Contas exercer o controle apenas no tocante aos interesses afetos ao poder público. **Não tem os Tribunais de Contas [...] competência para tutelar, por exemplo, interesses de consumidores (imiscuindo-se em política tarifária) ou da concorrência mais ou menos ampla no setor regulado. Admiti-lo seria aquiescer com a possibilidade dos Tribunais de Contas se substituírem nas competências dos órgãos de regulação, sem terem eles poderes para exercer tais competências ou meios para adequadamente engendrar o necessário equilíbrio de interesses intrínsecos à regulação.** (Grifos nosso).

Luís Roberto Barroso também se apresenta como um crítico ferrenho do controle desmedido, quando exercido pelos Tribunais de Contas, sobre as Agências Reguladoras. Ainda quando era Procurador do Estado do Rio de Janeiro, escreveu:

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 130..

⁴² JORDÃO, Eduardo Ferreira. A Intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador? R. bras. de Dir. Público – RBDP | Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014

⁴³ MARQUES NETO, F A. Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal. In: GUERRA, S (coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, p. 245-246.

29. É entendimento doutrinário pacífico que o controle a que estão submetidas às autarquias divide-se em político, administrativo e financeiro. O primeiro reside na nomeação dos seus dirigentes pelo Executivo. O segundo na supervisão ministerial e na possibilidade de haver recursos impróprios para o ente central. Por derradeiro, tem-se o controle financeiro, pelo qual, em sua modalidade externa, a autarquia tem a sua execução orçamentária submetida aos Tribunais de Contas.

30. Este, portanto, o limite da ingerência do Tribunal de Contas. **Nada, rigorosamente nada, no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora. Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que lhe é reservado pela Constituição e pelas leis.** O abuso é patente. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão que é coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza.

31. A matéria é objeto de consenso doutrinário. Confira-se, ilustrativamente, a posição de Walter Ceneviva e Ricardo Lobo Torres: 'A competência não constitui intromissão ofensiva da independência dos outros poderes, mas, cumprida na forma da Lei Maior, corresponde a mecanismo qualificado para o equilíbrio e para a interdependência que lhes impede ou dificulta a superposição de um em relação aos outros'. 'O aspecto político do controle se estende também ao Tribunal de Contas, que, sobre exercer fiscalização idêntica à do Congresso quanto à legalidade e economicidade da gestão financeira precisa dotar as suas decisões do mesmo conteúdo e extensão dos atos administrativos que controla, sem, todavia, substituir as decisões da política econômica pelas de suas preferências. Há que se distinguir entre o controle dos objetivos das decisões políticas, vedado à Corte de Contas, e o controle das contas dos órgãos políticos ou das premissas constitucionais (legalidade, economicidade) das decisões políticas, plenamente compatível com a estrutura democrática do País.⁴⁴ (Grifos nosso).

Ora, não só se supõe, como é da sua competência normativa que uma Agência Reguladora, dentro de seu setor de atribuição, tenha condições de dar o balizamento necessário para a eficiente e legal atuação do particular, enquanto prestador do serviço de interesse público a ele delegado. Isso, inclusive, porque se espera que seu corpo técnico seja o mais especializado e conhecedor amiúde dos mecanismos necessários para se implementar as políticas públicas definidas pelos Ministérios a que se encontram vinculadas. Ao reverso, isso não é o que se espera dos profissionais que compõem o Tribunal de Contas da União.

Referido entendimento parece não ser o acompanhado por Alexandre Santos Aragão⁴⁵, ao defender que:

Ao nosso ver, o Tribunal de Contas da União pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou mediadamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Natureza Jurídica e Funções das Agências Reguladoras de Serviços Públicos** – Limites da Fiscalização a ser Desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. *In* Revista Trimestral de Direito Público nº 25. São Paulo: Malheiros, 1999. Pág. 73 a 81.

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras. Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.

se refletem sobre o Erário. Por exemplo, uma fiscalização equivocada pode levar à não aplicação de uma multa; a autorização indevida de um aumento de tarifa leva ao desequilíbrio econômico-financeiro favorável à empresa, o que, entre outras alternativas, deveria acarretar na sua recomposição pela majoração da outorga devida ao Poder Público, etc..

Certa corrente doutrinária, representada pelo Ministro Walton de Alencar Rodrigues, do próprio Tribunal, entende cabível o alargamento das competências constitucionais do TCU, fundada na observância do Princípio da Eficiência. Diz o citado Ministro:

Assente a competência constitucional do TCU de realizar auditorias e inspeções, de natureza operacional, e aferir a obediência ao princípio constitucional da eficiência, bem como a legitimidade da ação estatal, não poderia prescindir a Corte de Contas de fiscalizar a ponta de lança final da atuação das agências reguladoras, os contratos de concessão, os de permissão e os atos de autorização para prestação de serviços públicos.⁴⁶

Entretanto, rechaçando esta posição, é de se transcrever os seguintes argumentos:

Não procede essa argumentação, haja visto que o art. 74 da Lei Maior contém preceito – o inciso II - que joga uma “pá de cal” sobre tal pretensão. Primeiramente, porque o princípio da *eficiência* não se inclui entre os princípios que o *caput* do art. 70 magno cita como norte da atividade fiscalizadora do Tribunal de Contas da União. De fato, a expressão ‘**quanto à**’, utilizada nesse preceito, impõe ao controle exercido por esse órgão limites bem precisos e restritos no que concerne à sua finalidade, objetivos e métodos, na medida em que tal locução prepositiva o condiciona aos parâmetros a que ela se refere em *numerus clausus*: “... **quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas**”.

Por outro lado, quando para os fins desse controle o inciso II do art. 74 da Carta Política se reporta ao princípio da *eficiência*, o faz de modo restritivo, limitando a avaliação da **eficiência** da Administração Pública tão somente aos *resultados da respectiva gestão orçamentária, financeira e patrimonial*.

Assim, tanto no controle interno, quanto naquele que lhe é simétrico – o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União – a avaliação da *eficiência* diz respeito apenas aos resultados da *gestão orçamentária, financeira e patrimonial* dos órgãos e entidades estatais, não autorizando, portanto, o pretendido alargamento da competência dos órgãos de fiscalização no exercício do seu mister.⁴⁷ (Grifos no original).

Não se pode dizer, dessa forma, que seja da competência do TCU se imiscuir em políticas tarifárias, desmerecer opções legais para mecanismos de reequilíbrio econômico financeiro, substituindo a decisão da Agência por outra que entenda melhor “adequada” ou a definição de outros meios de solução de

⁴⁶ RODRIGUES, Walton Alencar. **O Controle da Regulação no Brasil**. Biblioteca Digital Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 7, n. 33, set. 2005.

⁴⁷ MIGUEL, Reginaldo Pereira. Op. cit.

controvérsias, além de definição de espessura de pavimento ou assuntos ligados à engenharia de transportes que, inclusive, a cada submissão de Edital de Concessão Rodoviária, vem apontado pela Corte de Contas⁴⁸.

Não sem motivos que manchetes estampadas em jornais de grande circulação denunciam o fato de que “TCU toma lugar das agências reguladoras.”⁴⁹

Infelizmente, todavia, o que poderia ser inquinado de notícia sensacionalista por quem não convive com esta realidade, sabe-se que isso se traduz em vexatória realidade.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵⁰, há muito, já havia sacramentado, no tocante ao controle exercido pelo Tribunal de Contas da União em relação às Agências, no sentido de que “Também não escaparão do controle, burocrático e burocratizante, dos Tribunais de Contas, sempre mais preocupados com pormenores do que com a realização da tarefa para a qual o ente foi instituído.”

Em verdade, assim, permitir a interferência do Tribunal de Contas em assuntos regulatórios é lhe atribuir competência a que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil não lhe conferiu. Outrossim, permitir a revisão de decisões técnicas das agências reguladoras é negar vigência ao seu regime especial, que lhe imuniza de interferências externas, políticas, ou não.

Daí a importância de se provocar uma reflexão sobre o assunto, objetivo maior do presente trabalho.

Considerações finais

A delegação do serviço público, a particulares, por meio dos institutos tradicionais da concessão, permissão e autorização são reflexos diretos do surgimento do Estado Regulador que, afastando-se da prestação direta do serviço público, reserva para si a atividade regulatória de sua prestação, consistente no fomento, coordenação, gerenciamento e fiscalização da atuação do particular.

⁴⁸ A respeito da questão, confira-se o recentíssimo ACÓRDÃO Nº 283/2016 – TCU – Plenário, que tratou do processo de concessão das BR-476/153/282/480 nos Estados do Paraná e Santa Catarina, conhecida como “Rodovia do Frango”.

⁴⁹ Notícia disponível em <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,tcu-toma-lugar-das-agencias-reguladoras,10000027856> Acesso em maio de 2016.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: O Papel das Agências Reguladoras e Fiscalizadoras. In *In* MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002, p. 143.

Nesse contexto é que foram criadas as Agências Reguladoras, dentre estas a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, dotada de maior autonomia em relação à Administração Direta, sendo-lhe assegurada a estabilidade de seus dirigentes, mediante o exercício de mandato fixo e o caráter final de suas decisões, em sede administrativa, para implementar a regulação do setor, ao qual se insere a atividade delegada, com vistas a impedir o abuso das empresas e garantir excelência e padrões de qualidade na prestação do serviço público.

A partir da análise do Projeto da Lei Geral das Agências Reguladoras (PLS 52/2013), de autoria do senador Eunício de Oliveira que, atualmente, tramita no Congresso Nacional e que, recentemente, já contou com a aprovação da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, verificou-se que a principal contribuição deste para o problema da autonomia/independência de tais entidades se refere ao melhor detalhamento do que vem a ser a chamada “natureza especial”, reforçando e melhor caracterizando a autonomia administrativa e financeira das agências reguladoras, alçando-as à qualidade de órgão orçamentário do Sistema de Planejamento e Orçamento Federal, reconhecendo, por conseguinte, a necessidade de que sejam tratadas com maior grau de independência em relação ao órgão setorial.

Ocorre que a independência e autonomia regulatória da Agência do setor de transportes terrestres também têm sofrido injunções indevidas do Tribunal de Contas da União, a pretexto do cumprimento de sua missão constitucional.

Como visto, a competência constitucional conferida ao Tribunal de Contas, de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, não lhe autoriza pretender se imiscuir em questão técnica de mérito, cuja competência regulatória, no setor de transportes terrestres, foi conferida à Agência Nacional de Transportes Terrestres.

Ainda, assim, verificou-se que, por diversas vezes, nas situações práticas ilustradas neste trabalho, o Tribunal de Contas da União se imiscui no mérito de decisão administrativa a cargo da Agência Reguladora e pretende a responsabilização dos gestores, numa clara tentativa de forçar a sobreposição de sua compreensão sobre determinada matéria.

Nesta senda, questões de política tarifária ou mesmo questionamentos acerca de aplicação de alternativas legais para recomposição de equilíbrio

econômico financeiro de contratos de concessão, além de conveniência de se adotar outros meios de resolução de conflitos, para ficar nos achados dos casos práticos neste trabalho abordados, não são assuntos de competência da Corte de Contas. Isso, porque, nunca lhe foi dado o poder de substituir decisões a cargo de Agência Reguladora, pelas de sua exclusiva preferência.

Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências Reguladoras. Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **A Administração Pública Brasileira no Contexto do Estado Democrático de Direito**. 2013. Texto base da disciplina Direito Administrativo do eixo comum do Curso de Especialização em Direito Público, Centro de Educação a Distância da Universidade de Brasília e Escola da Advocacia Geral da União. Brasília, 2013.

ANTT. Autoriza à concessionária Autopista Litoral Sul S/A a dar início à arrecadação nas diferentes Praças de Pedágio a serem implantadas nas rodovias BR-116/376/PR e BR-101/SC, trecho Curitiba/Florianópolis. Deliberação n.º 480, de 18.11.2008. Disponível em http://www.normasbrasil.com.br/norma/deliberacao-480-2008_64458.html. Acesso em julho 2016.

_____. Aprova o Regulamento disciplinando, no âmbito da ANTT, o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização. Resolução n.º 442, de 17.02.2004. Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=100634>. Acesso em julho 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Natureza Jurídica e Funções das Agências Reguladoras de Serviços Públicos** – Limites da Fiscalização a ser Desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. *In Revista Trimestral de Direito Público* n.º 25. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. *In* MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Do parecer da definição acerca dos instrumentos da supervisão ministerial e da possibilidade de provimento de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras. Parecer n.º 04 de 23 de maio de 2006, de Marcelo de Siqueira Freitas. Coletânea de Manifestações da Consultoria-Geral da União. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União, 2012, p. 253-310.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.261/2011**. Plenário. Relator: Ministro José Jorge. Sessão de 24/8/2011. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>. Acesso em: fevereiro 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 240/2015**. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 11/2/2015. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>. Acesso em: fevereiro 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2916/2009**. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 02/12/2009. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>. Acesso em: julho 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1043/2014**. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 23/4/2014. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>. Acesso em: julho 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2883/2015**. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 11/11/2015. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>. Acesso em: julho 2016.
Acórdão 2.883/2015

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: O Papel das Agências Reguladoras e Fiscalizadoras. In MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

FIGUEIREDO, Marcelo. *As Agências Reguladoras. O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil**. Londrina: Humanidades, 2004.

GOMIDE, Alexandre; PIRES, Roberto. Análise comparativa: arranjos de implementação e resultados de políticas públicas. In: GOMIDE, Alexandre; PIRES, Roberto (ed). **Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas**.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. A Intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador? R. bras. de Dir. Público – RBDP | Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014

JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Curso de Direito Administrativo**. 4º. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LODGE, M. Accountability and Transparency in Regulation: critiques, doctrines and instruments. In: JORDANA, J; LEVI-FAUR, D. **The Politics of Regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance. The CRC series on competition, regulation and development**. Cheltenham/UK, Northampton/USA: Edward Elgar Publishing, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**,

Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em fevereiro de 2016.

_____. Pensando o Controle da Atividade de Regulação Estatal. In: GUERRA, S (coord.). **Temas de Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

_____. **Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIGUEL, Reginaldo Pereira. As Agências Reguladoras e seu Controle pelos Tribunais de Contas. In **Revista Virtual da AGU** Ano IV nº 30, de julho de 2004. Disponível em <http://www.agu.gov.br/noticia/n-30-jul-2004>. Acesso em fevereiro de 2016.

MOREIRA, Vital. **Auto-Regulamentação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

PIMENTA, Maria Antonieta Almeida. **O difícil, delicado e necessário equilíbrio entre autonomia e controle no desenho institucional de uma agência reguladora**. Rio de Janeiro, 2010. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010.

RODRIGUES, Walton. **O Controle da Regulação no Brasil**. Biblioteca Digital Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 7, n. 33, set. 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____. **Função Regulatória**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 13, fevereiro/março/abril, 2008. Disponível na internet <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> Acesso em julho 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Acordos substitutivos nas sanções regulatórias**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73323>>. Acesso em: 2 julho. 2016.



Escola Nacional de Administração Pública

Diretoria de Formação Profissional

Coordenação-Geral de Especialização

(Currículo resumido do autor)

Celyvania Malta de Brito

Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UNB, Procuradora Federal e Subprocuradora-Geral na Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.