

O controle da atividade finalística das agências reguladoras pelos Tribunais de Contas

Celso Augusto Matuck Feres Junior

Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo

Doutorando e Mestre em Direito Financeiro pela Faculdade de Direito – USP

RESUMO

O artigo examina os limites e possibilidades do controle externo sobre a atuação finalística das agências reguladoras, especialmente no âmbito das concessões de serviços públicos. Demonstra-se que, embora tais entidades devam preservar autonomia técnica e imparcialidade regulatória, isso não as exclui do campo de fiscalização dos Tribunais de Contas, cuja atuação deve verificar legalidade, legitimidade, razoabilidade e efetividade dos atos regulatórios. Sustenta-se a necessidade de fortalecer a governança interna das agências (com políticas de integridade, controles internos eficientes e adequada motivação das decisões) e de um controle externo que atue como indutor de aprimoramento institucional, exercido com deferência técnica, mas sem abdicar do papel constitucional de garantir a adequada prestação dos serviços públicos. Ao final, defende-se que o equilíbrio entre autonomia regulatória e controle externo qualificado favorece a sociedade, destinatária de serviços mais eficientes e efetivos.

Ao tratar do tema “O Papel da Regulação e do Controle Externo nas Concessões”, uma questão que tem gerado certo dissenso (e não é de hoje) é o eventual controle de atos regulatórios das agências reguladoras pelos Tribunais de Contas.

Nesse caminho, não faltam argumentos acerca da importância da segurança jurídica nos contratos de concessão, sobre uma indevida sobreposição de controles e da atuação dos Tribunais de Contas para além das competências previstas na Constituição Federal de 1988 (CF/88), aspectos estes que podem eventualmente afastar o interesse de parceiros privados em contratos de prestação de serviços públicos, ou, ao fim, repercutir no valor da outorga ou no preço da tarifa.

Longe de pretender esgotar o tema, este brevíssimo artigo busca apenas abordar alguns pontos que, apesar de parecerem simples, revelam-se mais complexos na prática. Isso porque a própria realidade fática, não raras vezes, impõe uma atuação do controle externo que, em um cenário ideal, talvez sequer fosse necessária.

Para enfrentar o tema, parte-se da premissa já sedimentada de que o controle realizado pelos Tribunais de Contas pós-Constituição Federal de 1988 não é mais aquele limitado à conformidade dos atos administrativos, em que a legalidade era o único critério a ser aferido. A necessidade de concretização de direitos fundamentais e sociais, neles inseridos os serviços públicos essenciais (educação, saúde, transporte e outros), fez com que a atuação do controle externo evoluísse naturalmente para um controle de resultados, com foco na qualidade do gasto público, ou seja, na verificação de políticas e serviços públicos efetivos.

Aliás, neste ponto, José Maurício Conti bem destaca¹:

Foi-se o tempo em que os Tribunais de Contas se ocupavam apenas da fiscalização de conformidade sob o aspecto da legalidade concentrando-se nas formalidades da despesa pública. Muito se avançou, e continua se avançando, na fiscalização da qualidade do gasto público, levando-se em consideração a eficácia, efetividade, eficiência e economicidade no uso dos recursos públicos, pois o que realmente importa são os resultados e benefícios alcançados, e não o cego respeito a uma burocracia, não raro, obsoleta.

Esse novo olhar do controle externo, incrementado constantemente pela evolução da tecnologia da informação, fez com que a fiscalização operacional ganhasse novos contornos, especialmente diante do critério da legitimidade², com o aprimoramento de auditorias operacionais e o desenvolvimento de indicadores, a exemplo do Índice de Efetividade da Gestão Municipal – IEG-M³.

Nesse contexto, bem sintetiza o Manual de Auditoria do Tribunal de Contas da União⁴ ao definir a auditoria operacional como sendo “o exame independente, objetivo e confiável que analisa se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando de acordo com os princípios de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade e se há espaço para aperfeiçoamento”.

Nota-se, assim, que o exercício do controle externo, por meio das diversas espécies de fiscalização e dos critérios previstos diretamente no art. 70 da CF/88, quando conjugados pelos Tribunais de Contas para fins do cumprimento de suas competências constitucionais previstas no art. 71, também da própria Carta Magna, permitem a fiscalização integral do procedimento licitatório e do contrato dele decorrente, bem como do acompanhamento de sua execução. Essa ampla atuação permite verificar a existência do interesse público e da vantajosidade para a Administração Pública na concessão do serviço público durante todo o seu ciclo até o término do prazo contratual, observando-se ao longo do tempo a efetividade do serviço público prestado.

1 CONTI. José Maurício. **Direito Financeiro Levado a Sério**. São Paulo: Blucher, 2018, p. 259.

2 CF/1988. Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, **operacional** e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, **legitimidade**, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (grifou-se)

3 Conforme definição constante no *site* institucional do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, “O Índice de Efetividade da Gestão Municipal (IEG-M) foi criado em 2015 pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para medir a eficiência das 644 Prefeituras paulistas. Com foco em infraestrutura e processos, avalia a eficiência das políticas públicas em sete setores da administração saúde, planejamento, educação, gestão fiscal, proteção aos cidadãos (Defesa Civil), meio ambiente e governança em tecnologia da informação”. https://painel.tce.sp.gov.br/pentaho/api/repos/%3Apublic%3Aieg_m%3Aiegm.wcdf/generatedContent?userid=anony&password=zero. Acesso em 19.11.2025.

4 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional**. Brasília: TCU, 2020, p. 14.

Em reforço a essa perspectiva, a emenda constitucional à CF/88 n. 100/2009, ao incluir o §10 no art. 165, fixou expressamente o dever de a administração executar as programações orçamentárias com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade, impulsionando definitivamente o olhar do controle externo para a efetividade dos serviços públicos.

Além do mais, nessa conjuntura, não se pode deixar de lado o abrangente princípio constitucional do “dever de prestar contas”, o qual estabelece que qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União, Estados e Municípios respondam, ou que, em nome destes, assumam obrigações de natureza pecuniária⁵, está submetida à “jurisdição” dos Tribunais de Contas.

Portanto, diante desse quadro normativo e com o máximo respeito a entendimentos diversos, defende-se a impossibilidade jurídica de exclusão das agências reguladoras e dos seus atos regulatórios do controle externo realizado pelos Tribunais de Contas. Contudo, aqui é preciso algumas considerações para se evitar uma disfuncionalidade sistêmica.

O primeiro aspecto a ser destacado é que as agências reguladoras, embora qualificadas como autarquias “especiais”, continuam sendo autarquias e, assim, com toda a sua estrutura administrativa e orçamentária submetidas ao regime jurídico de direito público. Nesse ponto, relativo às suas atividades-meio, não há qualquer dissenso: sua plena sujeição ao controle das Cortes de Contas.

Por outro lado, é em um segundo aspecto que se concentra a divergência: o controle da atividade finalística das agências reguladoras, especialmente no que diz respeito aos atos regulatórios e à fiscalização dos contratos de concessão de serviços públicos.

Indo direto ao cerne da questão, os Tribunais de Contas não possuem competência para expedir atos regulatórios em matéria de concessão, em substituição às agências reguladoras. Podem, contudo, controlar a legalidade desses atos e, nos termos acima expostos, verificar se os efeitos que produzem convergem para a prestação de um serviço público adequado⁶ e efetivo.

Considerar, *a priori*, a atividade finalística das agências reguladoras como excluída do campo de fiscalização significa não levar em conta a heterogeneidade dos entes federativos e ignorar diversos problemas concretos existentes pelo país afora, como a ausência de servidores suficientes para a realização do controle da execução contratual da concessão, falta de recursos, a precária qualificação técnica para o complexo planejamento e modelagem de projetos, a ausência ou deficiência de controles internos, a inexistência de políticas de integridade, a possibilidade de cooptação⁷, dentre outros. Além disso, nessa equação é preciso considerar que a maior parte das concessões de serviços públicos (ao

5 CF/1988. Art. 70, parágrafo único.

6 BRASIL. Lei nº 8.987/1995. Art. 6º. §1º. **Serviço adequado** é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. (grifou-se)

7 A literatura em geral costuma distinguir diferentes formas de cooptação das agências reguladoras: a captura pelo mercado, caracterizada pelo favorecimento direto às empresas reguladas; a captura política, que ocorre quando a agência passa a servir a agendas governamentais ou partidárias, em detrimento de políticas públicas de longo prazo; e a captura social ou cognitiva, verificada quando a cultura institucional e a visão de mundo da agência se alinham às do setor regulado, ainda que sem interferência direta. Em qualquer dessas modalidades, a cooptação compromete a credibilidade, a legitimidade e a eficiência da regulação, resultando em distorções concorrenciais, ineficiências econômicas, perda de confiança social e enfraquecimento da *accountability* e do controle social

menos nos municípios paulistas) permanece sob a regulação direta das Prefeituras Municipais, por meio de atos expedidos pela secretaria municipal de vinculação.

Agora, as decisões dos Tribunais de Contas proferidas nesse específico meandro devem limitar-se à expedição de determinações para que a própria agência reguladora promova as devidas correções e adequações, nos termos que considerar como melhor solução técnica para a área específica, ou mesmo para que supra a eventual ausência de regulação. Jamais, porém, exercer a atividade regulatória, pois isso extrapolaria suas competências constitucionais. Nesse sentido, é sempre oportuno rememorar as preciosas lições de Ayres Britto, segundo o qual os Tribunais de Contas não governam, mas impedem o “desgoverno e a desadministração”⁸.

Desse modo, se, de um lado a exclusão das agências reguladoras do rol de jurisdicionados dos Tribunais de Contas não encontra respaldo constitucional, de outro, tampouco é conferido aos Tribunais de Contas a expedição de atos regulatórios. O que se evidencia, nesse contexto, é que, diante da fiscalização e do controle das atividades finalísticas, os atos ou omissões das agências reguladoras devem ser devidamente justificados por seus responsáveis, com a exposição de todos os pormenores que motivaram a adoção de determinada medida.

Diante disso, as Cortes de Contas verificarão a legalidade, a legitimidade, a razoabilidade e a efetividade do ato regulatório examinado, devendo, para tanto, ter sempre em vista o “princípio da deferência”, respeitando a expertise técnica das agências reguladoras para questões complexas; mas, como mencionado, desde que tais escolhas estejam adequadamente motivadas.

Enfim, à luz desse panorama, o cenário jurídico-institucional ideal é aquele em que as agências reguladoras possam exercer suas competências com plena autonomia técnica e imparcialidade, orientadas pela busca permanente da prestação de serviços públicos adequados à sociedade. Isso implica harmonizar os interesses privados envolvidos, especialmente a segurança jurídica e a previsibilidade regulatória, mas se afastar do objetivo maior: a realização do interesse público mediante serviços efetivos.

Para tanto, é indispensável o contínuo aprimoramento institucional das agências reguladoras, com políticas de integridade robustas, decisões regulatórias (ou mesmo a opção pela não regulação) devidamente motivadas e transparência decisória. A esse esforço, deve somar-se um controle externo exercido pelos Tribunais de Contas que atue como vetor de melhoria, contribuindo tecnicamente, com a devida deferência às escolhas especializadas da agência, mas sem renunciar ao pleno exercício de sua competência constitucional.

Nesse quadro, quem ganha é a sociedade, destinatária de serviços públicos mais adequados e efetivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYRES BRITTO. Carlos. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. Editora Fórum. Disponível em: [<https://editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>]. Acesso em 19.11.25

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de**

⁸ AYRES BRITTO. Carlos. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. Editora Fórum. Disponível em: [<https://editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>]. Acesso em 19.11.25

1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. [“Constituição Federal”].

BRASIL. **Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional.** Brasília: TCU, 2020.

CONTI. José Maurício. **Direito Financeiro Levado a Sério.** São Paulo: Blucher, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado. **Manual IEG-M, 2024.** Disponível em: [\[https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/manual-ieg-m-2024\]](https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/manual-ieg-m-2024). Acesso em 19.11.2025