

Responsabilidade pessoal de diretores de agências reguladoras por ações ou omissões

As questões despertadas pela recente decisão do TCU que multou diretores da ANTAQ por violação de deveres funcionais

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

Recente decisão do Tribunal de Contas da União, em que se discutia a validade da cobrança de determinada taxa para a movimentação de contêineres nos portos – a conhecida THC2 -, chamou a atenção pelo fato de ter ido além de determinar que a ANTAQ regulamentasse adequadamente a matéria. Na oportunidade, o TCU igualmente aplicou aos diretores da ANTAQ multa de R\$ 30.000,00 pelas ações e omissões praticadas na condução do referido assunto.

De acordo com o TCU, a justificativa para as sanções seriam as omissões e as decisões sem motivação tomadas pelos referidos diretores da ANTAQ, ao permitirem a cobrança de controvertida taxa pelos terminais portuários, ainda mais sem nenhum tipo de limite máximo ou controle por parte da agência reguladora.

No caso concreto, além de consistente estudo da área técnica da ANTAQ contra a cobrança da THC2, existia ainda posição do CADE e da SEAE no sentido de que a referida taxa, além de abusiva, gerava fortes efeitos anticompetitivos contra os recintos alfandegários, sendo, portanto, claro ilícito concorrencial. Ainda havia muitos subsídios, obtidos em anterior audiência pública sobre a regulamentação da matéria, que apontavam para a necessidade de se ter ao menos maior controle sobre os limites máximos a serem cobrados.

Entretanto, o diretor da ANTAQ responsável pela questão levou proposta de normatização contrária aos pronunciamentos anteriores, admitindo a cobrança da THC2 e, ainda por cima, sem qualquer limite ou controle por parte da agência reguladora. O problema é que, ao assim fazer, não apresentou nenhuma justificativa para o seu entendimento, o que não impediu que os outros dois diretores o acompanhassem, igualmente sem motivação.

Foi esse o contexto que, para o TCU, caracterizou a omissão funcional de motivar as decisões, como também a omissão funcional de regular o conflito regulatório, na medida em que a versão aprovada da norma retirava o dever do regulador de fixar os limites máximos para a taxa.

É importante destacar que, de acordo com o TCU, a violação imputada aos diretores não decorreu do mérito da sua decisão, mas sim da inexistência de motivação idônea, ainda mais diante de anteriores posicionamentos contrários e da falta de transparência sobre a composição da taxa. Outro fator agravante, ressaltado no parecer do Ministério Público, era que se tratava de conflito antigo, envolvendo os órgãos de defesa da concorrência (CADE e SEAE) e também decisões da Justiça Estadual e da Justiça Federal.

No caso concreto, ficou claro, pela fundamentação adotada pelo TCU, que se espera dos reguladores que, em decisões sobre casos conflituosos, apreciem os argumentos trazidos pela área técnica e outros órgãos ou entes públicos, além dos principais resultados de audiências públicas. Consequentemente, o requisito da motivação idônea passa a envolver o necessário diálogo intra e interinstitucional, ainda que isso não interfira na legítima competência que os reguladores têm para decidir de forma contrária aos pronunciamentos já existentes, desde que exponham as razões pelas quais assim estão entendendo.

O fato de ter sido suprimido o dever da ANTAQ de fixar limites máximos para a taxa em referência também foi considerado como manifesta omissão em regular o conflito, o que violaria frontalmente o art. 20, II, da Lei 10.233/2001, que trata das competências da própria ANTAQ. Ainda merece ser ressaltado que o voto-revisor acresceu às condutas já descritas omissões de mais de dez anos em relação à adequada regulação desta questão.

Como se pode observar, o TCU procurou realizar o seu controle não sobre o mérito da regulação, mas sobre os procedimentos adotados, a fim de concluir se o próprio processo de tomada da decisão foi informado, isento e razoável e se

tais circunstâncias se traduziam na necessária motivação. Em respeito às competências da ANTAQ, o próprio TCU determinou que a agência cumprisse o seu dever legal de regulamentar eficientemente a questão.

É interessante notar que, sob esse prisma, há paralelo entre os critérios adotados pelo TCU e a ideia, prevalecente no regime privado, de que os administradores de pessoas jurídicas não podem ser responsabilizados pelo conteúdo de suas decisões, embora possam sê-lo pela forma como as tomaram. Em razão de diversos parâmetros normalmente aplicados no Direito Societário, dentre os quais a famosa *business judgment rule*, entende-se que não se pode exigir que o administrador tome uma boa decisão – muito menos a melhor decisão – embora se possa exigir que tome uma decisão imparcial, informada e que seja resultado de processo minimamente razoável¹.

Logo, o dever de diligência dos administradores de entes privados também apresenta caráter procedimental, visto como obrigação de meio relacionada ao cuidado e à responsabilidade com que a decisão deve ser tomada², raciocínio que pode ser aplicado às decisões de agentes públicos que exercem funções decisórias importantes, tais como os diretores de agências reguladoras.

Talvez a maior diferença entre o regime privado e o regime administrativo é que, neste último, além do rigor procedimental, a necessidade de motivação das decisões é ainda mais explícita e exigente, em decorrência dos princípios constitucionais e legais aplicáveis. Entretanto, mesmo no regime privado, há boas razões para sustentar que a obrigação de motivação das decisões dos administradores que compõem órgãos colegiados decorre dos deveres de diligência e transparência aos quais estão submetidos.

Também é importante resgatar da experiência do direito privado que a responsabilização pessoal de administradores no âmbito civil, que não afasta obviamente a responsabilidade da pessoa jurídica a qual são imputados os atos destes, tem importante função de disciplinar comportamentos e de prevenir a ocorrência de ilícitos³. Dessa forma, quando se trata da responsabilidade civil do dirigente, o aspecto indenizatório não é o único a ser levado em consideração, mas também o efeito preventivo individual – a fim de evitar reincidência – e

¹ Ver FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa. Repercussões sobre responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 391-401.

² FRAZÃO, Ana. Op.cit., pp. 353-360.

³ FRAZÃO, Ana. Op.cit., pp. 226-237.

global – a fim de sinalizar os padrões de comportamento esperados para aqueles que exercem a mesma função.

Entretanto, a violação de deveres funcionais relacionados à tomada de decisão - seja de agentes privados, seja de agentes públicos -, precisa ser vista com muito cuidado, ainda mais quando se sai do âmbito da responsabilidade civil e se adentra nos domínios da responsabilidade administrativa. Logo, é importante enfrentar toda a complexidade jurídica da discussão, bem como as especificidades do fato concreto sob análise, inclusive no que diz respeito à dinâmica de tomada da decisão. Em órgãos colegiados, por exemplo, exige-se a avaliação individualizada da participação de cada agente, sem que se possa cogitar de solidariedade pelo simples fato de ser membro, tanto no âmbito civil, como, com maior razão, no âmbito punitivo⁴.

Mais complexo ainda é saber a solução a ser adotada para casos assim. Com efeito, a discussão despertada pela imposição de multas a diretores da ANTAQ diz respeito a saber sobre a compatibilidade da medida com os princípios do Direito Administrativo Sancionador. Afinal, qualquer exercício de poder punitivo depende, além de prévia previsão em lei – tanto da conduta típica, ainda que aberta, como da sanção e dos seus parâmetros -, da competência da autoridade que exerce o poder punitivo, do devido processo legal e do atendimento a uma série de garantias, inclusive no que diz respeito à proporcionalidade da pena e a justificação da dosimetria.

Logo, ainda que haja efetivamente a violação de deveres funcionais por parte dos diretores, há que se perquirir sobre se o TCU pode adotar a referida medida, inclusive sob o aspecto da sua competência, questão que precisa ser analisada diante das demais alternativas de que já dispõe o regime administrativo para lidar com casos assim. Por outro lado, ainda que tal solução seja considerada possível, há que se refletir sobre quais são os seus pressupostos e parâmetros de aplicação.

Dessa maneira, é forçoso reconhecer que a imposição de multas a diretores de agências reguladoras por faltas funcionais no processo decisório, longe de ser trivial, é assunto complexo e delicado, que certamente está a merecer maior reflexão em seus diversos aspectos.

⁴ FRAZÃO, Ana. Op.cit., pp. 279-286.