

Os limites para a atuação do Tribunal de Contas da União em face da discricionariedade das Agências Reguladoras Setoriais: Estudo sobre o alcance da acepção da expressão “controle de segunda ordem”

David Raick

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes

Coletânea de Pós-Graduação

Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação (CDR)

Volume 1



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MINISTROS

Bruno Dantas (Presidente)

Vital do Rêgo Filho (Vice-Presidente)

Walton Alencar Rodrigues

Benjamin Zymler

Augusto Nardes

Aroldo Cedraz

Vital do Rêgo

Jorge Oliveira

Antônio Anastasia

MINISTROS-SUBSTITUTOS

Augusto Sherman Cavalcanti

Marcos Bemquerer Costa

Weder de Oliveira

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)

Lucas Furtado (Subprocurador-Geral)

Paulo Soares Bugarin (Subprocurador-Geral)

Marinus Eduardo de Vries Marsico (Procurador)

Júlio Marcelo de Oliveira (Procurador)

Sérgio Ricardo Costa Caribé (Procurador)

Rodrigo Medeiros de Lima (Procurador)



DIRETORA-GERAL

Adriano Cesar Ferreira Amorim

**DIRETORA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS,
PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

**CHEFE DO DEPARTAMENTO
DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Clémens Soares dos Santos

CONSELHO ACADÊMICO

Maria Camila Ávila Dourado

Tiago Alves de Gouveia Lins e Dutra

Marcelo da Silva Sousa

Rafael Silveira e Silva

Pedro Paulo de Moraes

COORDENADOR ACADÊMICO

Leonardo Lopes Garcia

COORDENADORES PEDAGÓGICOS

Flávio Sposto Pompêo

Georges Marcel de Azeredo Silva

Marta Eliane Silveira da Costa Bissacot

COORDENADORA EXECUTIVA

Maria das Graças da Silva Duarte de Abreu

PROJETO GRÁFICO E CAPA

Núcleo de Comunicação – NCOM/ISC

Os limites para a atuação do Tribunal de Contas da União em face da discricionariedade das Agências Reguladoras Setoriais:

Estudo sobre o alcance da acepção da expressão “controle de segunda ordem”

Monografia de conclusão de curso submetida ao Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista Controle da Desestatização e da Regulação.

Orientador(a):

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes

Banca examinadora:

Prof. Dr. Rodolfo Tsunetaka Tamanaha

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

RAICK, David. **Os limites para a atuação do Tribunal de Contas da União em face da discricionariedade regulatória das Agências Setoriais**: Estudo sobre o alcance da acepção da expressão “controle de segunda ordem”. 2023. Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF.

CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO(A) AUTOR(A): David Raick

TÍTULO: Os limites para a atuação do Tribunal de Contas da União em face da discricionariedade das Agências Regulatórias:

Estudo sobre o alcance da acepção da expressão “controle de segunda ordem”

GRAU/ANO: Especialista/2023

É concedida ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) permissão para reproduzir cópias deste Trabalho de Conclusão de Curso somente para propósitos acadêmicos e científicos. Do mesmo modo, o ISC tem permissão para divulgar este documento em biblioteca virtual, em formato que permita o acesso via redes de comunicação e a reprodução de cópias, desde que protegida a integridade do conteúdo dessas cópias e proibido o acesso a partes isoladas desse conteúdo. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte deste documento pode ser reproduzida sem a autorização por escrito do autor.

David Raick
raickdd@tcu.gov.br

FICHA CATALOGRÁFICA

L131a RAICK, David

Os limites para a atuação do Tribunal de Contas da União em face da discricionariedade das Agências Regulatórias: Estudo sobre o alcance da acepção da expressão “controle de segunda ordem”/
RAICK, David. – Brasília: ISC/TCU, 2023.
(Monografia de Especialização)

1. Controle da Desestatização e da Regulação. 2. Controle Externo das Agências Reguladoras 3. Tema 3. I. Título.

CDU 02
CDD 020

Os limites para a atuação do Tribunal de Contas da União em face da discricionariedade das Agências Reguladoras Setoriais:

Estudo sobre o alcance da acepção da expressão “controle de segunda ordem”

David Raick

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Controle da Desestatização e da Regulação realizado pelo Instituto Serzedello Corrêa como requisito para a obtenção do título de especialista em Controle da Desestatização e da Regulação.

Brasília, 31 de março de 2023.

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes
Orientadora
Escola Nacional de Administração Pública

Prof. Dr. Rodolfo Tsunetaka Tamanaha
Avaliador
Faculdade Mackenzie

Dedico esse trabalho aos meus filhos Catarina, Martín e Affonso que, mesmo na mais tenra idade, se esforçaram a não atrapalhar o pai na empreitada; à minha esposa, que sustentou o dia a dia da família ao longo da consecução da pesquisa; e à minha mãe, que sempre me deu apoio indiscriminado em todos os momentos.

Agradecimentos

Agradeço a Deus por tudo alcançado até o momento.

Resumo

Instituído em 1893 por Inocêncio Serzedello Corrêa, o Tribunal de Contas da União é órgão secular da estrutura do Estado brasileiro. A partir da Constituição de 1988, passou a ter competências que jamais outrora detivera. Tais competências possibilitaram nas décadas seguintes ampliar o alcance da atuação do órgão. Com a criação das agências reguladoras, a partir do final da década de 90, o TCU passou a se dedicar crescentemente a sindicat o mérito regulatório. Desta feita, objetivo central desta Monografia é verificar empiricamente, por meio de pesquisa de julgados, o alcance do controle exercido pelo Tribunal de Contas da União no que tange à discricionariedade das agências reguladoras no exercício de suas atividades fim nos últimos anos e identificar as razões teóricas e históricas para a amplitude do controle exercido. Para os propósitos delineados, procedeu-se à pesquisa de julgados do TCU sobre as agências reguladoras de serviços públicos, combinado com pesquisa bibliográfica sobre o histórico da atuação do TCU. Ademais, realizou-se uma pesquisa teórica e histórica sobre os fundamentos de tal atuação e sua evolução. O trabalho proposto e as conclusões tecidas têm potencial de proporcionar insumos importantes para a compreensão da evolução da instituição de contas da República brasileira e de seu papel no amoldamento dos seus jurisdicionados, de tal forma que assim se possa realizar críticas e sugestões, ou mesmo a fim de empreender “correções de rota” porventura necessários para o melhor atendimento do bem comum.

Palavras-chave: controle externo; regulação, discricionariedade; neoconstitucionalismo; mérito regulatório

Abstract

Established in 1893 by Inocêncio Serzedello Correa, the Federal Court of Accounts (Tribunal de Contas da União (TCU), in portuguese) is a secular body of the structure of the Brazilian State. As of the Constitution in 1988, it gained powers that it had never held before. Such skills made it possible in the following decades to expand the scope of the court's activities. With the creation of regulatory agencies, starting in the late 1990s, TCU began to increasingly dedicate itself to investigate regulatory discretionary powers. The main objective of this monograph is to empirically verify, through research of judgments, the scope of control exercised by the Federal Court of Accounts regarding the discretion of regulatory agencies in the exercise of their core activities in recent years and to identify the theoretical and historical reasons for the extent of control exercised. For the purposes outlined, research was carried out on TCU rulings on public service regulatory agencies, combined with bibliographical research on the history of TCU performance. In addition, a theoretical and historical research was carried out on the foundations of such action and its evolution. The proposed work and the conclusions drawn have the potential to provide important inputs for understanding the evolution of the institution of accounts in the Brazilian Republic and its role in shaping its jurisdictions, in such a way that criticisms and suggestions can be made, or even to undertake “route corrections” that may be necessary to better serve the common good.

Keywords: judicial review; regulation; discretionary powers; discretion; accountability; neoconstitucionalism

Lista de quadros

Quadro 1 – Acórdãos considerados para fins de análise da evolução do entendimento do TCU a respeito da sindicância da discricionariedade regulatória.....	57
---	----

Lista de abreviaturas e siglas

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
Anac	Agência Nacional de Aviação Civil
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Antaq	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
Bacen	Banco Central do Brasil
Confea	Confederação Federal de Engenharia e Agronomia
CNEN	Comissão Nacional de Energia Nuclear
ISC	Instituto Serzedelo Corrêa
MPjTCU	Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PDRAE	Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado
PND	Programa Nacional de Desestatização
TCU	Tribunal de Contas da União
USP	Universidade de São Paulo

Sumário

1.	Introdução	14
2.	A Regulação Estatal no Brasil	20
2.1.	Síntese Histórica da Regulação no Brasil.....	20
2.2.	A regulação na ordem econômica constitucional	23
2.3.	A natureza jurídica das agências reguladoras.....	25
2.4.	As funções das agências reguladoras.....	26
2.5.	A função normativa da agência reguladora e sua natureza jurídica	28
2.6.	A flexibilidade de decisão no cotidiano das agências reguladoras: discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados	32
2.7.	Vinculação e Discricionariedade	33
2.8.	A indeterminação de certos conceitos	35
2.9.	A indeterminação na aplicação do conceito ao caso concreto: dois grupos teóricos ...	39
2.10.	A discricionariedade e a tecnicidade na atividade regulatória	41
3.	O Controle Externo exercido pelo Tribunal de Contas da União.....	42
3.1.	Fundamento do controle externo	42
3.2.	O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988	44
3.3.	Deliberações e Fiscalizações: hipóteses distintas de incidência.....	45
3.4.	Hipóteses de deliberações de caráter cogente pelo TCU.....	47
3.5.	Os regramentos a respeito das deliberações no âmbito do TCU	48
3.6.	Natureza Jurídica do Tribunal de Contas da União.....	50
3.7.	Natureza jurídica das decisões do TCU.....	52
3.8.	Controle externo do TCU a respeito das agências reguladoras: o controle de segunda ordem	53
4.	Evolução dos julgados do TCU sobre as agências reguladoras.....	57
5.	Razões históricas e teóricas para as atuais características da atuação do TCU ...	85
5.1.	Neoconstitucionalismo: principalização do direito e normatividade da constituição .	85
5.2.	A constitucionalização do Direito e as transformações do direito administrativo brasileiro	88
5.3.	Contextos sociopolítico e constitucional de transformação do direito	91
5.4.	Comportamento do TCU nos primeiros anos da Constituição de 1988	93
5.5.	A influência do Programa Nacional de Desestatização no desenvolvimento técnico do TCU	94
5.6.	Do alcance da atuação do TCU sobre a discricionariedade regulatória	104
6.	Conclusões Finais.....	111

7. Referências 112

1. Introdução

*“Quando V. Exa. está dentro da lei e da Constituição,
o Tribunal cumpre as suas ordens.
Quando V. Exa. se põe acima da Constituição e das leis,
o Tribunal lhe é superior.”*

Inocência Serzedello Corrêa

O Tribunal de Contas da União (TCU) tem apresentado posição de destaque nos noticiários nacionais nos últimos anos. A partir do exercício de suas competências constitucionais, este órgão tem se debruçado ativamente sobre as mais diversas políticas públicas desenhadas e implementadas pela administração pública federal brasileira.

O TCU é órgão secular da República brasileira. Criado em 1890 por meio do Decreto 966-A¹, assinado por Rui Barbosa, ministro da Fazenda de Deodoro da Fonseca, primeiro presidente da República e foi instituído em 1893, por esforço de Inocência Serzedello Corrêa, Ministro da Fazenda de Floriano Peixoto.²

Apesar de sua longevidade, o tribunal tem, ao longo de sua história, se modificado para lidar com novas situações e problemas – e tem absorvido novas competências –, em diferentes sistemas políticos e ordens jurídicas pelos quais o país funcionou. E na ordem jurídica corrente não foi diferente.

Paralelamente, com o avançar dos tempos, a complexidade da ordem política e econômica se densificou. Assim, aos problemas que se ergueram, novas soluções se estruturaram. Todavia, as soluções acabaram por desabrochar faces da fraqueza da legalidade nos novos tempos.

Assim, em vista da dinamicidade da pós-modernidade, não basta mais a velocidade e a quantidade de soluções providas pela vagarosa Lei, mostra-se necessário emprestar poderes a terceiros para que viabilizem soluções a um passo mais célere que até então foi alcançado.

A Lei deixa de ser o centro do sistema jurídico e o único meio de se alcançar soluções concertadas para os problemas vindouros do sistema econômico-político: fundam-se as agências reguladoras setoriais.

No entanto, para o desempenho de suas competências, o legislador concedeu ampla margem de flexibilidade de decisão a respeito de suas atividades, porquanto, como será visto adiante, são tradicionalmente apenas regulados por meros *standards* legais, sem detalhamentos aos meandros regulatórios, sob pena de dificultar – ou até mesmo inviabilizar – o modelo regulatório adotado.

Assim, passa-se a vislumbrar que a significativa margem de flexibilidade de decisão concedida ao regulador não pode se sustentar insólita no sistema democrático, pois a cada poder-dever concedido no sistema constitucional deve corresponder ao exercício de controle de quem legitimamente foi delegado para cada função.

Para o Direito brasileiro, o circuito democrático instala-se com a fixação de preceitos fundamentais numa Constituição rígida, que estabelecem quem pode exercer o Poder

¹ BRASIL. Decreto 966-A, de 7 de novembro de 1890. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes à receita e despesa da República. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-a-7-novembro-1890-553450-publicacaooriginal-71409-pe.html>. Acesso em: 3 mar. 2023.

² Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/centro-cultural-tcu/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle/da-criacao-a-instalacao.htm>. Acesso em: 25/1/2023.

Público, em que condições e limites. Uma vez definido o detentor do Poder Público, este deve obediência formal e substancial à Constituição e leis ordinárias. Tudo é passível de controle externo (Poder Judiciário e Tribunais de Contas).³

Da ausência do controle, arbitrariedades porventura cometidas pelos reguladores não poderão ser revistas, possibilitando que o chamado doutrinariamente de “déficit democrático” se sobreponha indelével ao sistema, mantendo-se assim que órgãos não democraticamente eleitos concorram à produção de normas relevantes para a sociedade com ampla possibilidade de conteúdo.

Sobre o assunto, Egon Bockmann explica ser nítida a consciência do legislador e dos dirigentes das autoridades independentes de que tal déficit existe, pois seria improvável que existisse outra razão a justificar o oferecimento de alguns paliativos, senão a pretensão de atenuar tal desequilíbrio. Dentre tais medidas assume especial relevância a processualização da elaboração normativa das agências (*decision making process* ou simplesmente *rulemaking*), com a participação popular através das consultas e audiências públicas.⁴

Por outro lado, o descontentamento e o exponencial *déficit* de confiança da sociedade — associados a fatores como a ambição pessoal de lideranças políticas, a ausência de responsividade a condução descompromissada dos assuntos de interesse público, a demanda da sociedade por eficácia e eficiência na gestão da coisa pública, entre outros — impulsionam as velhas estruturas democráticas, baseadas essencialmente no crivo eleitoral-representativo, a aperfeiçoamentos que não mais comportam.⁵

Mais especificamente, deve-se lembrar que a doutrina clássica prega ao longo das últimas décadas que não caberia às instituições de controle adentrar no mérito do ato administrativo para analisar seus pressupostos em vista do possível ferimento à independência dos Poderes.

Para ampliar a complexidade, em muitas ocasiões, o legislador se utiliza de expressões vagas, abertas, dependente de complementação para fixação de seu *locus* conceitual. É o que se costuma chamar de conceitos jurídicos indeterminados. A imprecisão das conceituações na linguagem cotidiana é trasladada para o discurso jurídico.

A linguagem jurídica é caracterizada pela presença de metáforas, metonímias, sinédoques e outras figuras de linguagem, que se destacam os graus de sentimento e de interesse no discurso, tornando-o vivo e retórico.⁶

Assim, entende-se que a existência de indeterminação conceitual na linguagem jurídica e de espaço para a discricionariedade tem albergado amplitude considerável de contextos para a adoção de medidas pelo administrador (ou regulador, em específico) sem adstrição legal *a priori*.

Nesse contexto, afloram questões concernentes ao *modus operandi* das agências reguladoras: Quais são os limites da discricionariedade da agência reguladora, no que tange às suas funções normativa, fiscalizatória e sancionadora? como se dará o controle dessas estruturas? Quanto respeito deve se conceder à margem de discricionariedade do regulador no exercício técnico da regulação? Seriam elas independentes a ponto de não serem controláveis?

³ MOREIRA, Egon Bockmann, op. cit., p. 6.

⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a "Elaboração Processual de Normas". **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003, p. 6. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12726>>. Acesso em: 20 jan. 2023

⁵ WILLEMANN, Marianna Montebello. Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada e Instituições superiores de controle no Brasil. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, ano 8, n. 263, p. 224-225, maio/ ago. 2013. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/325/2983>. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁶ ALVES, Alaor Caffé. **Lógica: pensamento formal e argumentação**: elementos para o discurso jurídico. Bauru: Edipro, 2000, p. 170.

Em outras palavras, mostra-se necessário se perquirir os limites da discricionariedade regulatória. Deve-se ressaltar que tais limites são estabelecidos por parâmetros jurídicos os quais por sua vez definem simultaneamente os limites dos órgãos de controle em sua atividade fiscalizatória sobre tais entes setoriais. Assim, tais parâmetros definirão a um só tempo os limites da discricionariedade regulatória até os quais o controle estará defeso em reformá-lo.

Sabe-se que, a partir do afloramento do Estado Democrático de Direito, ninguém detém o poder de forma despótica e ilimitada, muito menos para o próprio usufruto, o Estado Democrático de Direito impõe conduta conforme aos administradores e instituições estabelecidas em consonância com as justificativas legais de sua existência: os quais, em sucintas palavras, direcionam à consecução do interesse público, do qual o povo é o destinatário.

Nessa perspectiva, como corolário do sistema de freios e contrapesos da tripartição do poder, o controle emerge como necessidade democrática para coibir arbitrariedades, às vezes confundida como mera discricionariedade.

Embora as agências reguladoras tenham sido concebidas para funcionarem com autonomia administrativa e financeira, os respectivos atos regulatórios não estão imunes ao crivo do controle. Ao revés, tendo em vista que atividade regulatória nasce da necessidade de persecução do interesse público em cada setor regulado, surge daí a necessidade de controle desse poder para se verificar o atingimento das finalidades delineadas para cada ato tomado.

Com a consolidação do Estado regulador brasileiro, a efetivação de *accountability*, tanto a vertical como a horizontal, no âmago das agências reguladoras se tornaram preocupação no meio doutrinário em vista de sua referida independência legalmente conferida.

Derivada desta fundamentação, entende-se por *accountability* a capacidade de fiscalização, controle e eventual punição a irregularidades da esfera pública pelos cidadãos, por meio do pleito eleitoral (*accountability* vertical), pelas organizações da sociedade civil e imprensa, através da opinião pública (*accountability* social) e por órgãos públicos incumbidos de coibir malfeitos e tutelar interesses jurídicos (*accountability* horizontal). Nesta relação plúrima, concretiza-se a responsividade, que em curta análise nada mais é do que um sistema de incentivos e castigos a todo agente, público ou privado, que desempenha função pública.⁷

Em adição, deve-se registrar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁸ inaugurou para si um novo papel de relevo e centralidade; de busca impositiva da concretude de seus fundamentos, objetivos, princípios e direitos, abandonando a roupagem de mero manifesto político de objetivos a serem perseguidos, mas nunca alcançados, para se tornar, a um só tempo, meta e instrumento intelectual suficiente para o alcance no que estatui.

Assim, ver-se-á ao longo do trabalho, os diplomas legais perdem força na nova ordem, pois não os basta serem respeitados. Antes, devem respeito à Carta Suprema.

Nesse sentido, verificou-se que o campo do Direito tem apresentado nas últimas duas décadas dilatação funcional sob várias vertentes. Como Julia Ximenes explica, o aumento da presença do Direito regulando cada vez mais novas esferas particulares dos indivíduos (juridicização das relações sociais) tem provocado os atores do campo jurídico, incluindo os órgãos de controle, que acabam por receber demandas por efetivar o Direito⁹.

⁷ SANTOS, Aline Sueli de Salles; COUTINHO, Doris de Miranda. O papel do Tribunal de Contas frente à *accountability*. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C**, ano 22, n. 72, abr./ jun. 2018, p. 211. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/21662/68023>. Acesso em: 20 fev. 2023.

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

⁹ XIMENES, Julia Maurmann. A tensão entre juridicização e judicialização do direito à Educação Superior. *Prisma Jur*, São Paulo, v. 15, n. 1, jan. / jun. 2016, p. 126

E assim, a política passa a ser frequentemente judicializada por meio de demandas estranhas ao campo jurídico, o qual dantes acostumado a resolver demandas a partir do raciocínio subsuntivo.¹⁰

Neste sentido, o movimento do Poder Judiciário a respeito do mérito regulatório, em que políticas regulatórias têm sido frequentemente revisitadas de modo a tutelar interesses privados ou coletivos, tendem a ocasionar problemas no que se costuma chamar de dimensão da macrojustiça.¹¹

Esta intervenção, possível de ocorrência tanto em ações de tutelas coletivas quanto em de tutelas individuais, coloca o Poder Judiciário como um dos atores responsáveis pelo delineamento das políticas públicas – bem assim nas regulatórias – em vista de sua capacidade de influenciar o ciclo de criação e execução. Referido fenômeno se dá doutrinariamente o nome de “judicialização da política”, que consiste na assunção pelo judiciário de tarefas que, por definição decorrente dos corolários da teoria de tripartição dos poderes, não deveriam depender de solução jurídica.¹²

Nesta perspectiva, a partir da Constituição de 1988, viabilizam-se novas competências à Corte de Contas que outrora não existiam. Primeiro, a fiscalização operacional, que dá boas-vindas à avaliação sistemática dos órgãos públicos a fim de averiguar seu comprometimento ao atendimento das finalidades para as quais foram criadas. Ainda, a legitimidade e economicidade, como critérios do controle, o que permite o estudo da oportunidade das ações discricionárias.

Apesar de o TCU não ser abarcado pela amplitude conceitual da referida expressão, calcada pela doutrina, pois este órgão não exerce função judicante, o que ocorre no órgão de contas em seus julgados nos últimos anos tem mesma estirpe do tal fenômeno. Assim, no âmbito do controle externo tem-se uma espécie genérica de “sindicância da política”, que não deixa de ser, por assim dizer, uma espécie de ativismo promovido pelo órgão administrativo de contas.

Aflora assim, a partir da Constituição de 1988, miríade de possibilidades de controle da atuação administrativa que dantes se fazia impossível juridicamente dentre as quais o problema de pesquisa do presente trabalho nos termos apresentados adiante.

Apresentar-se-á que, desde a promulgação da Constituição, em vista da ampliação de competências ao Tribunal, houve um significativo avanço institucional em direção à ampliação do escope de atividades fiscalizatórias que o TCU exerce.

Como consequência, demonstrar-se-á que se consumou alargamento da intensidade do controle das matérias comumente tratadas nas atividades do órgão sobre as agências reguladoras, bem assim ampliação das hipóteses de incidência das aqui chamadas “deliberações de caráter cogente” ou simplesmente ordens ao jurisdicionado, mais à frente explicadas.

No específico para os propósitos do presente trabalho, ainda que a Constituição, se superficialmente interpretada, parece autorizar “deliberações de caráter cogente” apenas em casos de ilegalidade, percebe-se que a atuação do órgão de contas tem se vertido cada vez mais para a investigação e imposição de ajustes aos meandros do mérito regulatório.

Nesse sentido, o problema de pesquisa do presente trabalho se constitui em tentar responder a seguinte indagação: Quais são os contornos do alcance do controle exercido pelo Tribunal de Contas da União no que tange à discricionariedade das agências reguladoras no exercício de suas atividades fim nos últimos anos e quais as razões teóricas e os fundamentos históricos para a amplitude do controle exercido?

¹⁰ Ibid.

¹¹ FERREIRA, Débora Costa; XIMENES, Julia Maurmann. Diálogos institucionais e impacto orçamentário da judicialização das políticas públicas. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 809-810.

¹² RODOVALHO, Maria Fernandes de Toledo. Ativismo judicial e proteção de direitos. In: DIDIER JR., Fredie et alli. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Bahia: Juspodivm, 2013, p. 489.

O objetivo principal do presente trabalho consiste na verificação, por meio de pesquisa de julgados, do alcance do controle e identificar as razões teóricas e históricas, por meio de visitação bibliográfica sobre o assunto e de estudo de documentos, normas internas, deliberações e publicações do TCU.

Nesse ponto, o estudo do fenômeno se mostra significativo, pois a constrição causada pelos órgãos de controle externo causa reações nos controlados. E tais condutas derivadas podem não vir a ser desejáveis no vislumbre de um funcionamento equilibrado e harmônico das instituições.

Isto porque, conforme a doutrina menciona, a atuação de atores externos na regulação densificam riscos à coerência e à dinâmica regulatória.¹³

A coerência regulatória implica a existência de riscos à fragmentação do equilíbrio sistêmico do setor regulado, pois, em parte frequente das vezes, como explica Eduardo Vianna, o regulador procura alcançar determinado objetivo por meio de mais de uma medida regulatória a ser adotada em conjunto ou em sequência previamente estabelecida pelo regulador, tendo em vista alguma racionalidade própria do setor regulado.

O cancelamento, por órgãos de controle, de uma dessas medidas tende a comprometer a efetividade geral de todo o arcabouço regulatório construído.

Por outro lado, a dinâmica regulatória pode ser afetada à medida que a atuação frequente de órgãos externos pode vir a comprometer o ímpeto do agente regulador em prol da promoção de melhorias no setor regulado, pois, se passasse a entender que o que for feito tem grandes chances de ser modificado talvez passasse a preferir não modificar o *status quo*.

Por último, cita-se Eduardo Jordão que expõe a possibilidade de gerar ineficiências e paralização da ação administrativa, decorrente do esforço para cumprir as exigências excessivas do Poder Judiciário (*analysis paralysis*). No extremo, pode até mesmo favorecer a inação administrativa, numa espécie de *policy paralysis*. Segundo ele, a justificativa é o de que muitas vezes simplesmente não valeria a pena para a autoridade promover uma nova ação ou produzir um regulamento, por exemplo, uma vez que esta ação exigiria dispêndio excessivo de seus recursos escassos.¹⁴

De antemão, estatui-se que se preferiu examinar a atuação do TCU sobre apenas as agências reguladoras de serviços públicos delegados, tendo em vista o caráter de essencialidade que a prestação desses serviços tem para a sociedade brasileira (energia elétrica, telecomunicações, transportes de cargas e passageiros em diferentes modais). Alterações na prestação desses serviços, impõe consequências no cotidiano da população brasileira, motivo pelo qual a presença do controle sobre as instituições regulatórias que coordenam as regras da prestação desses serviços se mostra fulcral na evolução, positiva ou negativa, da estrutura setorial dos serviços públicos.

Para a realização do objetivo plasmado, foi examinada a coletânea de processos de atuação do TCU sobre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), e Agência Nacional de Aviação Civil (Anac).

Deve-se salientar que a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (Ana) passou a ser dotada de competências reguladoras no setor de saneamento apenas a partir da vigência

¹³ VIANNA, Eduardo Araujo Bruzzi. A intensidade do controle judicial dos atos regulatórios técnicos e complexos: a busca por parâmetros. In: GUERRA, Sergio (Org.), **Teoria do Estado Regulador**, vol. 3, Curitiba: Juruá, 1ª ed., p. 274.

¹⁴ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 161-162.

da Lei 14.026/2020¹⁵, motivo pelo qual ainda não há julgados apropriados para o objeto da pesquisa. Assim, tal agência não faz parte do objeto de pesquisa.

Para a consecução do objetivo delineado, pretende-se:

- a) descrever a evolução jurisprudencial no TCU desde o ano 2000 até 2021 sobre a atuação do órgão na discricionariedade regulatória;
- b) analisar a presente atuação do TCU, de modo a se investigar a natureza da ampliação do desempenho de suas competências;
- c) apresentar o alcance das competências delineadas constitucionalmente ao TCU;
- d) descrever as agências reguladoras e suas atividades precípua;
- e) identificar os possíveis fundamentos teóricos e históricos para o comportamento esperado da evolução da atuação do TCU sobre as agências setoriais ao longo dos últimos anos;
- f) apresentar a evolução da concepção de “controle de segunda ordem”, primeiramente estatuída no Voto do Ministro Benjamin Zymler no âmbito do Acórdão 1.703/2004-TCU-Plenário.

Para os propósitos delineados, procedeu-se à pesquisa de julgados do TCU sobre as agências reguladoras de serviço públicos, combinado com pesquisa bibliográfica sobre o histórico da atuação do TCU. Ademais, realizou-se uma pesquisa teórica e histórica sobre os fundamentos de tal atuação e sua evolução.

Sobre a pesquisa de julgados, apresenta-se que foram examinados 353 julgados, entre Acórdãos e Decisões do TCU, de janeiro de 1992 a dezembro 2022. Os referidos julgados foram obtidos após pesquisa nas bases de dados jurisprudenciais do TCU, por meio do sítio institucional, a partir da procura estruturada por meio de palavras-chave, como “atividade(s)-fim(ns)”, “controle de segunda ordem”, “regulação”, “discricionariedade”, “desestatização”, etc.

Deste compêndio, selecionou-se uma base de 26 julgados, entre Acórdãos e Decisões, que seriam representativos de uma certa linha evolutiva do alcance do TCU sobre a discricionariedade das agências reguladoras os quais compreendem o período de 2000 a 2018.

A seleção de tais julgados foi baseada na representatividade dos conteúdos e nas inovações trazidas em seus termos.

Assim, entre os anos de 2000 e 2004, foram selecionados os primeiros julgados a respeito de fiscalizações em agências reguladoras. Adotou-se o Acórdão 1.703/2004-TCU – Plenário como caso paradigma. Entre 2004 e 2018, foram escolhidos os julgados que:

- a) diziam a respeito de agências reguladoras de serviços públicos;
- b) traziam discussões a respeito da sindicância da discricionariedade de agências reguladoras;
- c) foram decididos – ou, pelo menos, discutidos –, de forma inédita, com base em princípios.

Tais Acórdãos e Decisões foram apresentados no trabalho em seção apropriada.

¹⁵ BRASIL. **Lei 14.026, de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrôpole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

2. A Regulação Estatal no Brasil

2.1. Síntese Histórica da Regulação no Brasil

Após a crise econômica mundial na década de 70 e crises seguintes, algumas em países latino-americanos, nos anos 80, o Estado do Bem-Estar Social, que se consolidou como provedor de direitos sociais numa fase anterior de crescimento da economia capitalista no mundo, passou a apresentar sinais de esgotamento da manutenção de sua viabilidade.¹⁶

Várias causas foram apontadas para justificar a decadência do antigo regime econômico, como súbita alteração da dinâmica financeira e a incapacidade das instituições de adaptar-se ao acelerado ritmo de transformação social e econômica.

Independente dos fatores predominantes, prevalecia a ideia de que o relacionamento existente entre economia, política e direito não seria mais possível se manter nos termos que no período dos trinta anos do pós-guerra.¹⁷

Surge na pauta das discussões econômicas, políticas e jurídicas a redefinição do papel do Estado, que passaria, no entendimento da corrente dominante à época, a ter reduzida sua atuação direta, tanto no provimento de direitos sociais no patamar que caracterizou o Estado de Bem-Estar Social (saúde, educação, previdência, moradia etc.), como na intervenção econômica propriamente dita (indústria de base, infraestrutura de transportes etc.).

Ainda na década de 80, ascende ao poder em vários Estados governos de estirpe neoliberal.¹⁸ Assim, a estrutura administrativa pública de vários países e o respectivo direito administrativo sofrem significativas alterações.¹⁹

Dentre as mudanças de vertente que impuseram as referidas transformações, dois fatores podem ser destacados. Primeiro, a ascensão de movimento de mudança da concepção do papel do Estado na economia. Assim a visão de um Estado intervencionista e dirigista que planifica os rumos da economia; presta por conta própria os serviços públicos a coletividade, se constituindo em motor do desenvolvimento econômico nacional passou a ceder espaço a uma concepção de Estado mais restritiva, dando mais abertura para a iniciativa privada nos setores econômicos. Assim, o Estado passou paulatinamente a deixar de executar atividades econômicas e passou a se concentrar na regulação e fiscalização do mercado, buscando conferir-lhe maior eficiência, universalização e qualidade. Em síntese, passou-se do Estado Desenvolvimentista-Prestador para um Estado Regulador.²⁰

Segundo, retomou-se uma agenda governamental e acadêmica relacionada ao ambiente jurídico-institucional necessário ao desenvolvimento econômico das nações. Assim promoveu-se mudanças no arranjo institucional dos países tais como reformas no Poder Judiciário; estabelecimento de novas regulações no ambiente financeiro, propagação de boas práticas de governança corporativa.²¹

¹⁶ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.), **Agências Reguladoras**, São Paulo: Ed. Atlas, 2002, p. 153.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A administração pública gerencial: estratégia e estrutura para um novo Estado. Escola Nacional de Administração Pública**, Texto para discussão, n. 9, Brasília, p. 12. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/817/1/9texto.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023.

¹⁹ ROSE-ACKERMAN, Susan, LINDSETH, Peter L. **Comparative Administrative Law**. Northampton: Edward Elgar, 2010, *passim*.

²⁰ SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira, FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Intervenção judicial e políticas regulatórias: por uma análise institucional. In: FONSECA, Reynaldo Soares da, COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.) **Direito Regulatório: desafios e perspectivas para a administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 173.

²¹ *Ibid*, p. 174.

No Brasil, o movimento de reforma do Estado se iniciou na década de 1990, influenciado pelo Consenso de Washington e por instituições transnacionais, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial.

O termo “Consenso de Washington” surgiu após formulação de um *paper* do economista John Williamson escrito para apresentação em uma conferência ocorrida no Instituto Peterson de Economia Internacional (*Peterson Institute for International Economics*), em novembro de 1989.

Segundo o autor, o artigo foi escrito para uma audiência de expertos de Washington para demonstrar que continuava parecendo que a América Latina estava emperrada no arcabouço ideológico da década de 1960 e estava suplicando por alívio da dívida emitida nas condições emitidas pelo Plano Brady sem fazer nada para merecer que eles estavam errados e assim entendia que a América Latina merecia alguma ajuda. Para esse propósito fazia sentido, para ele, listar as reformas que a maior parte de Washington (entende-se, instituições internacionais, bem assim o Departamento de Estado do Tesouro Nacional do Estados Unidos da América, situadas em Washington/DC, a capital estadunidense) pudesse concordar que eram necessárias a serem aplicadas a esses países e assim chamar autores da região para dizer o quanto tem sido feito sobre tais diretrizes de reforma em cada um dos países²².

O referido trabalho, intitulado “*What Washington means for policy reform*”²³, foi publicado como capítulo inicial da publicação que decorreu da referida conferência, intitulado *The Progress of Policy Reform in Latin America*.

Assim, nos primeiros anos da década de 90, iniciou-se o processo de privatização de empresas estatais, primeiramente de empresas do setor petroquímico, de fertilizantes, e depois incluindo as prestadoras de serviço públicos. Para isso, a Lei do Programa Nacional de Desestatização (Lei 8.031/1990²⁴) foi promulgada, estabelecendo diretrizes de planejamento de privatização de empresas públicas para iniciativa privada. A partir de 1994, o processo se acelerou²⁵.

Os fundamentos para ter-se iniciado um amplo processo de privatização no Brasil foram delineadas no art. 1º da Lei do PND.

reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; contribuir para a redução da dívida pública (...); permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; contribuir para a modernização do parque industrial do país (...); permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em

²² “My idea was to demonstrate to a Washington audience that still seemed to think that Latin America was stuck in the mind-frame of the 1960s and pleading for debt relief under the Brady Plan without doing anything to earn it that they were wrong, and that Latin America deserved some help. For that purpose it made sense to list the reforms that most of Washington could agree were needed in Latin America and then get authors from the region to say how much had been done along those lines in each of their countries. And in that endeavor I like to think the exercise was rather successful. Unfortunately, my prosaic list of policy reforms that could command a consensus (and I would argue that there was more of a consensus about what needed to be done in 1989 than at just about any other time in history—remember, this was when it was proclaimed that history had ended) came to be interpreted as a policy manifesto for the “neoliberal” right, or a revelation of what the Washington-based international institutions were trying to impose on the rest of the world”. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20150705172400/http://www.iie.com/content/?ID=1#topic3>; Acesso em: 6 fev. 2023.

²³ O que Washington quer dar a entender por reformas?, em tradução livre. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20150817130637/http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?researchid=48>. Acesso em: 8 fev. 2023.

²⁴ BRASIL. Lei 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

²⁵ GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Claudia. **Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 4ª ed., 2011, p. 385 et seq.

que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; e contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais.²⁶

A essas razões originais, porém, com o passar do tempo, acabaram se sobrepondo outras, ligadas à necessidade de atrair capitais estrangeiros, com políticas vistas como “corretas” por estes²⁷.

Como decorrência natural das políticas que concorreram para retirar a responsabilidade do Estado de intervenção em setores estratégicos da economia, surge a necessidade de condicionar a atuação dos agentes econômicos, em nome da proteção de interesse público, por meio da implementação de regras do exercício econômico em cada um dos setores estratégicos transferidos para a iniciativa privada. Em consequência, a transferência de setores econômicos à iniciativa privada demandou a criação de aparatos institucionais para permanentemente erigir soluções setoriais especializadas.

A reforma do Estado Brasileiro atingiu seu ápice na sua tentativa de modernização, em muitos aspectos com sucesso e outros nem tanto, por meio do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado de 1995 (PDRAE).

O referido plano aduzia que:

Esse “Plano Diretor” procura criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais. No passado, constituiu grande avanço a implementação de uma administração pública formal, baseada em princípios racional-burocráticos os quais se contrapunham ao patrimonialismo, ao clientelismo, ao nepotismo, vícios estes que ainda persistem e que precisam ser extirpados. Mas o sistema introduzido, ao limitar-se a padrões hierárquicos rígidos e ao concentrar-se no controle dos processos e não dos resultados, revelou-se lento e ineficiente par a magnitude e a complexidade dos desafios que o País passou a enfrentar diante da globalização econômica. A situação agravou-se a partir do início desta década, como resultado de reformas administrativas apressadas, as quais desorganizaram centros decisórios importantes, afetaram a “memória administrativa”, a par de desmantelarem sistemas de produção de informações vitais para o processo decisório.²⁸

Nesse sentido, o PDRAE pregava a introdução de práticas gerencialistas na administração pública em que o alcance de resultados prepondera sobre aqueles objetivos meramente formais.

No contexto nacional, a reforma do Estado se intensificou em quatro fronts simultaneamente: a delimitação do tamanho do Estado – com propostas de privatização e maior deferência à livre iniciativa do setor privado; (ii) definição da intensidade do papel regulador; (iii) aumento da governança estatal, envolvendo o aperfeiçoamento da capacidade financeira-administrativa do governo de implementar decisões políticas, superar a crise fiscal e redefinir as formas de intervenção estatal no plano econômico-social, por exemplo; e (iv) aumento da governabilidade, ou seja da capacidade política do governo de intermediar interesses.²⁹

Em específico no que tange aos setores econômicos, o plano estabelecia como objetivos centrais: (i) dar continuidade ao processo de privatização através do Conselho de Desestatização; (ii) reorganizar e fortalecer os órgãos de regulação dos monopólios; (iii) implantar contratos de gestão nas empresas que não puderem ser privatizadas.³⁰

²⁶ BRASIL. **Lei 8.031, de 12 de abril de 1990**. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8031.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

²⁷ GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Claudia, op. cit., p. 386.

²⁸ BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995, p. 3. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2023.

²⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Lua Nova**, São Paulo, n. 45, 1998, p. 49.

³⁰ BRASIL, 1995, p. 59.

Assim, seguiu-se a promulgação das Emendas Constitucionais n. 5, 6, 7, 8, todas de 15 de agosto de 1995, e 9, de 9 de novembro de 1995 que alteraram a estruturação do Estado em relação aos direcionamentos originais da Constituição em prol da abertura de atividades à iniciativa privada e para o estrangeiro.³¹

Ainda em 1995, a Lei 8.987³², regulamentou o regime de permissões e concessões para serviços públicos, e a Lei 9.074³³, de 1995, que densifica a legislação regente sobre tais institutos, especialmente no que tange à energia elétrica.

Em seguida, a Lei 9.427³⁴, de 1996, instituiu a primeira agência reguladora do Estado Brasileiro, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), bem como regras e princípios de funcionamento do mercado (marco regulatório). Após, a Lei 9.472³⁵, de 1997, a Lei Geral de Telecomunicações, criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e as respectivas disposições para o setor. Ainda, implementaram-se a Agência Nacional do Petróleo (ANP), pela Lei 9.478³⁶, de 1997; Agência Nacional de Águas (Ana), pela Lei 9.984³⁷, de 2000; e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e de Transportes Aquaviários (Antaq), pela Lei 10.233³⁸, de 2000.

2.2. A regulação na ordem econômica constitucional

A Constituição estabelece as bases do modelo regulatório brasileiro a partir do disposto no art. 174 da Lei Maior no qual se assevera que, como agente normativo e regulador da

³¹ CARVALHO, Luciana Luso de. **As agências reguladoras federais de serviços públicos e o controle do tribunal de contas da união**. Belo Horizonte: Fórum, 1ª ed., 2022, p. 34.

³² BRASIL. **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

³³ BRASIL. **Lei 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

³⁴ BRASIL. **Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.427%2C%20DE%2026%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201996.&text=Institui%20a%20Ag%C3%Aancia%20Nacional%20de,el%C3%A9trica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 3 mar. 2023.

³⁵ BRASIL. **Lei 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

³⁶ BRASIL. **Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

³⁷ BRASIL. **Lei 9.984, de 17 de julho de 2000**. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

³⁸ BRASIL. **Lei 10.233, de 5 de junho de 2003**. 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/lei_10233.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Assim, a regulação passa a ser função precípua do Estado.

Segundo Geraldo Vidigal, a Constituição optou por um regime de mercado organizado que significaria, para o autor, aquele em que o Estado desempenha função corretora do conjunto das distorções características das soluções de liberdade de mercado, abrangendo não apenas as distorções que afetam a competição, como as que induzem repartição desigual e as que alimentam flutuação em direção à crise.³⁹

O objetivo da regulação é conjugar as vantagens da capacidade empresarial privada com os fins de interesse público.⁴⁰

O modelo de regulação adotado no Brasil foi inspirado na estrutura estadunidense. Assim, a competência regulatória dos setores econômicos é atribuída a agências tecnicamente especializadas, organizadas como entes autárquicos em regime especial, com prerrogativas que as conferem de autonomia diferenciada às demais autarquias da administração pública indireta, para a consecução de suas atribuições. A regulação naquele país se sustenta pela necessidade de suprir as deficiências da instituição “mercado” (em vista de falhas estruturais) em prol da satisfação do bem comum.

Nada obstante, em vista da ordem econômica nacional, há algo a mais em que a subordem regulatória deve se fundar. Por isso, deve-se entender necessário o cumprimento de outras funções ao sistema regulatório que o mero suprimento de deficiências do mercado.

Neste sentido, relata-se como princípios que devem conformar a ordem econômica:

- g) a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (art. 170, III);
- h) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e – valorização do trabalho humano e livre iniciativa como fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*);
- i) A construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, II);
- j) garantir o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, II);
- k) erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais e a redução das desigualdades sociais e regionais como princípio da ordem econômica (art. 170, VII);
- l) liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º);
- m) garantia do direito de greve (art. 9º);
- n) sujeição da ordem econômica aos ditames da justiça social (art. Art. 170, *caput*);
- o) a soberania nacional, a propriedade e sua função social; a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente; a redução das desigualdades sociais e regionais; a busca do pleno emprego; e o tratamento favorecido para empresas brasileiras de capital de pequeno porte, todos enunciados nos incisos do art. 170.
- p) além de outros não expressamente enunciados, mas que conformam a ordem econômica em vista do Princípio de ordenação normativa do direito econômico como, por exemplo, aqueles que dão sustentação à efetividade dos direitos do art. 7º, 201 e 202 da Constituição.⁴¹

³⁹ VIDIGAL, Geraldo. **A constituição federal – 1988 – Interpretações**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 373 e ss.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 30.

⁴¹ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 19ª Ed., 1988, p. 190-191.

2.3. A natureza jurídica das agências reguladoras

As agências reguladoras são autarquias dotadas de personalidade jurídica de direito público. Por serem autarquias são entes públicos da administração indireta estatal, com função precípua de regular atividades econômicas e serviços públicos que necessitem de supervisão.

Dentro do espectro das autarquias, elas se distinguem por serem “autarquias em regime especial”, haja vista seu regime jurídico apresentar características próprias.

Hely Lopes Meirelles explica que o que posiciona a autarquia como de regime especial são as regalias que a lei criadora lhe confere para o pleno desempenho de suas finalidades específicas, observadas as restrições constitucionais. Assim o Banco Central da República do Brasil (Bacen), a Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), a Universidade de São Paulo (USP), bem como as entidades encarregadas, por lei, dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas (OAB, CONFEA, etc.), dentre outras que ostentam características próprias na sua organização, direção, operacionalidade e estão de seus bens e serviços.⁴²

Neste sentido, conforme as disposições da Lei 13.848⁴³, de 2019, que uniformizou as disposições sobre independência das agências reguladoras, tais autarquias apresentam as seguintes peculiaridades que as distinguem das demais: (i) ausência de tutela ou subordinação hierárquica a qualquer órgão da Administração direta; (ii) autonomia funcional (exercer suas funções sem se submeter a outros órgãos), decisória (para decidir conflitos dentro de sua esfera de competência), administrativa (organização de seu quadro administrativo) e financeira (renda própria e liberdade de sua aplicação); (iii) estabilidade de seus dirigentes; e (iv) poder normativo próprio (para regulamentação de matérias de sua competência).

Sobre a ausência de tutela ou subordinação hierárquica, deve-se complementar que, conforme Di Pietro entende, de fato, os poderes decorrentes da hierarquia, como dar ordens, anular ou revogar, avocar, delegar (dentre outros), como regra geral, não são exercidos pelo Poder Executivo sobre as agências reguladoras. Nada obstante, a possibilidade de instauração de processo administrativo disciplinar nas hipóteses do art. 8º-B da Lei 9.986⁴⁴, de 2000, se constitui em típico atributo do poder hierárquico. Ademais, ainda que se mencione na referida norma a ausência de tutela, mostra-se irreal, pois, conforme explica a doutrinadora, todas as entidades da administração indireta, inclusive as agências reguladoras, quando são instituídas por lei, já ficam vinculadas a um órgão da administração diretamente para fins de controle.⁴⁵

De fato, deve-se lembrar que a partir do Parecer Vinculante 51/2006 da Advocacia Geral da União, ficou sedimentada a possibilidade de oposição de recurso hierárquico impróprio para o ministério supervisor da agência em vista de possíveis incompatibilidades com as políticas públicas determinadas para os setores pelo Ministério supervisor.

Em linha com o referido parecer, Di Pietro explica que as agências devem se quedar no exercício de suas competências dentro das diretrizes de políticas públicas definidas.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 356.

⁴³ BRASIL. **Lei 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

⁴⁴ BRASIL. **Lei 9.986, de 18 de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 33ª ed., 2020, *E-Book*, item 10.9.3.

As agências reguladoras, sendo autarquias, fazem parte da Administração Indireta e têm que se conformar aos planos governamentais, às políticas públicas definidas pelo Executivo ou pelo Legislativo, ao plano plurianual. Além disso, têm que alcançar os resultados para os quais foram instituídas e sujeitar-se aos princípios da Administração Pública.⁴⁶

2.4. As funções das agências reguladoras

Para que possamos entender as considerações a respeito dos contornos do controle acerca da atuação regulatória antes precisamos entender em que consiste essa atividade.

Segundo Marcos Juruena Villela Souto, a regulação estatal é uma intervenção na liberdade econômica com vistas à eficiente implementação de uma política pública de bem-estar coletivo, e dela resulta um custo. O objetivo é maximizar o benefício, ponderando acerca das vantagens em ampliar ou reduzir a concorrência (e beneficiar a economia de escala, o que acabaria por proteger a atividade regulada)⁴⁷.

As agências detêm três funções precípuas: normativa, fiscalizadora e sancionadora. Salvo poucos casos excepcionais, como a Anatel e a ANP, nas quais algumas de suas funções decorrem de previsão constitucional, a origem de tais competências se situa na lei. Tais funções são primordiais para possibilitar a efetividade da atuação regulatória.

Por função normativa, deduz-se competir, por delegação legal, à agência a edição de normas para estruturar e condicionar as atividades dos regulados a certos padrões técnicos, o que compreende a regulamentação de atividades previstas em Lei e de assuntos não previamente regidas em Lei.

Já a atividade fiscalizatória consiste na verificação do cumprimento das disposições normativas da agência reguladora e apuração de condutas desviantes. Por último, a função sancionadora se relaciona com o poder-dever de aplicar sanções aos infratores das normas regulatórias.

A despeito da classificação teórica das funções exercidas pelas agências reguladoras, acima mencionada, doutrinadores costumam elencar as principais atividades das agências reguladoras.

Nesse sentido, Di Pietro atribui as agências as seguintes atividades⁴⁸:

- a) Regulamentar os serviços objeto de delegação, observado o princípio da legalidade;
- b) Realizar procedimento licitatório para escolha do concessionário;
- c) celebrar e fiscalizar a execução do contrato de execução;
- d) explicar conceitos técnicos, sem, no entanto, criar novos conceitos;
- e) decidir casos concretos, o que envolve a resolução de conflitos, dentro da mesma área de serviço público, entre agentes prestadores de serviço ou entre esses e os usuários;
- f) aplicar sanções;
- g) decretar a caducidade;
- h) intervir na concessão;
- i) reverter os bens ao final da concessão;
- j) exercer o papel de autoridade de Poder Público com vistas a proteger os interesses dos usuários.

Barroso sintetiza as atividades das agências reguladoras em cinco categorias:

⁴⁶ Ibid, item 10.9.3.

⁴⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª Ed., 20045, p. 48.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras**. Palestra proferida no seminário “O controle externo da regulação de serviços públicos”, realizado em Brasília, out. 2001, Brasília: Instituto Serzedelo Corrêa, 2002, p. 62-63.

- a) controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;
- b) universalização do serviço, estendendo-o a parcelas da população que dele não se beneficiavam por força da escassez de recursos;
- c) fomento da competitividade nas áreas nas quais não haja monopólio natural;
- d) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão;
- e) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc.

Desse modo, deve-se destacar que, na experiência brasileira, as agências reguladoras não exercem apenas atividades relacionadas à regulação das atividades econômicas e dos serviços públicos como atividade-fim. Explica-se.

As leis instituidoras das agências reguladoras no Brasil impuseram aos entes, além de competências relacionadas à regulação, competências relacionadas à execução e gestão da política contratual-concessória.

A Lei 9.427, de 1996, estabelece como atribuições da Aneel, além das estabelecidas nos incisos V a XXII do art. 3º, as quais se coadunam com a prática regulatória setorial, as seguintes atividades elencadas na Lei das Concessões (Lei 8.987, de 1995).

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

(...)

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;

(...)

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;

(...)

X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;

XI - incentivar a competitividade; e

XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

(..)

Art. 3º (...)

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995;

II - promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;

II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;

III - definir o aproveitamento ótimo de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 5º da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995;

IV - celebrar e gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir as autorizações, bem como

fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica;

IV - gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica;

No mesmo sentido, pode-se averiguar tais transferências de atividades da Administração Direta para ANTT (incisos III, VI, VIII, X do art. 24 da Lei 10.233, de 2001, Antaq (incisos III, V, VI, XV, XVI do art. 27 da Lei 10.233, de 2001), Anatel (incisos V, VI, IX, XXII do art. 19 da Lei 9.472, de 1997), ANP (incisos I, IV, VIII do art. 8º da Lei 9.478, de 1997), etc.

Ainda que se possa entender que algumas dessas atividades tenham sobreposições de alcance e objetivos em comum com a função reguladora como, por exemplo, o inciso V que estabelece a homologação de reajustes e revisões tarifários como competência da Aneel, no geral, percebe-se que tais atividades são prescindidas pela regulação *strictu sensu* por definição.

Tais atividades se coadunam mais com o âmago dos poderes do ente concedente. Tal distinção se faz importante, porque, enquanto a regulação se preocupa intrinsecamente com o equilíbrio do mercado e da concorrência *latu sensu*, o ente que detém o poder concedente, por ser o titular do serviço público, possui um ativo, um valor que se amalgama ao seu patrimônio, ou seja, ao erário, ainda que em potencial.

Nesse sentido, tal distinção se faz importante para o controle externo, principalmente para o TCU – como será detalhado adiante –, pois primeiro ao Tribunal incumbe a fiscalização patrimonial quanto à legalidade, legitimidade e economicidade e segundo as regulamentações e diretrizes lançadas ao escopo da concessão de serviços públicos, especificamente no que tange à política tarifária, bens afetos à prestação concessória e sua reversibilidade, aspectos diversos da modelagem econômico-financeira, tem impacto direto na valoração do negócio concessório e assim no valor calculado pelo ativo a ser concedido à iniciativa de terceiros.

Outro detalhe que se faz importante comentar é que as agências reguladoras na experiência brasileira realizam algo a mais que somente atuação para correção de falhas de mercado.

Dessa forma, a concepção estritamente econômica da regulação, própria do liberalismo clássico, como instrumento de atuação indireta do Estado para a correção das falhas de mercado (externalidades negativas, assimetria de informações, custos de transação, concentração de mercado), não mais pode ser acolhida, cumprindo considerar que a regulação constitui função inserida no Estado Democrático de Direito, que a conforma aos valores, princípios e finalidades constitucionais, bem como aos direitos e garantias fundamentais.⁴⁹

Calixto Salomão Filho defende a convivência dos aspectos econômicos e sociais da regulação, cuja preponderância de um sobre o outro vai depender do setor regulado.⁵⁰

2.5. A função normativa da agência reguladora e sua natureza jurídica

A função normativa das agências reguladoras constitui-se na prerrogativa para expedição de normas gerais e abstratas para fins regulatórios de sua área de atuação. As normas decorrentes desse poder-dever são as normas jurídicas de maior abrangência (tanto subjetiva quanto objetiva) e aptidão para permanência no sistema jurídico. A maior abrangência e permanência dessas normas no sistema jurídico deriva, justamente, de sua generalidade

⁴⁹ CARVALHO, Luciana Luso de., op. cit., p. 38.

⁵⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2008, p. 33.

(capacidade de atingir número indeterminado de sujeitos) e abstração (possibilidade de aplicação a um número indeterminado de casos concretos), e explica a importância que têm para a atividade de regulação.⁵¹

Assim, mostra-se razoável se reconhecer que as agências reguladoras precisam estabelecer normas de caráter geral e abstrato, tal qual a Lei, porquanto suas normas se referem a regulamentação de padrões de comportamento, regras de mercado que devem ser aplicadas indistintamente a todos aqueles que acessam ou exercem atividades no mercado regulado.

Deve-se destacar, no entanto, que a produção normativa das agências reguladoras não se resume a mera repetição da lei ou a explicitação normativa de questões secundárias, pois a produção normativa das agências é bastante ampla, abrangendo a disciplina de aspectos técnicos, jurídicos e econômico-financeiros dos setores regulados, formando um microsistema jurídico setorial.⁵²

Conforme doutrina, a função regulamentar do Chefe do Executivo também produz normas de efeito geral e abstrato, contudo sem inovar primariamente a ordem jurídica, tal qual os atos normativos das agências reguladoras⁵³. Assim, a princípio, seria a função normativa das agências reguladoras o mesmo que uma função regulamentar.

Conforme Hely Lopes Meireles, o poder regulamentar:

É a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei.⁵⁴ (grifou-se)

Assim, poder-se-ia dizer que a atividade regulatória normativa – em vista da generalidade e abstração – se aproxima do poder regulamentar. Nada obstante, tal atividade vai além da produção de normas abstratas e gerais para a correta aplicação da lei.

Enquanto o poder regulamentar implica a capacidade de produção de norma geral e abstrata para permear a execução da Lei, a atividade normativa regulatória vai além da mera regulamentação de Lei, pois a regulação implica dar respostas rápidas a problemas surgentes no mercado de modo a persecução permanente do interesse público.

Nesse sentido, a atividade regulatória se diferencia do poder regulamentar por exarar caráter dinâmico da intervenção normativa. Não só isso, possui um caráter prospectivo, de olhar para o futuro.

Note-se que as indigitadas competências projetam as iniciativas do Poder Público para o futuro, à medida que dizem respeito a objetivos, diretrizes, metas a serem traçadas com vista em consolidar o processo de intervenção estatal, ao contrário do papel exercido pelos regulamentos administrativos, cuja utilidade consiste, fundamentalmente, em complementar a lei, facilitar a aplicação da lei, em suma, torná-la útil, facilitando sua implementação.⁵⁵

De fato, não há como a Lei – ou melhor o Poder Legislativo – venha a acompanhar *pari passu* as necessidades de cada mercado regulado de modo a se votar, em tempo hábil, soluções a problemas que emergem recorrentemente. A propósito, tal constatação é uma das justificativas de se descentralizar a atuação normativa dos setores regulados.

Em vista dessa dinamicidade ao longo do tempo, a atividade regulatória aprofunda as matérias tratadas na Lei que a fundamenta, inovando com soluções técnicas que provejam a

⁵¹ ANDRADE, Letícia Queiroz de. Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle). **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, ano 4, n. 15, out./ dez. 2006, p. 209. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/129/372/3851>. Acesso em: 9 fev. 2023.

⁵² CARVALHO, Luciana Luso de., op. cit., p. 71.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., item 1.12.

⁵⁴ Meirelles, Hely Lopes, op. cit., p. 129.

⁵⁵ TOJAL, Sebastião Botto de Barros, op. cit., p. 161.

manutenção de ambiente equilibrado e salutar de concorrência no mercado regulado e com proteção dos consumidores-usuários do setor.

Em outras palavras, o dinamismo dos setores regulados implica que aquele órgão imbuído dos traços da normatização regulatória aja com rapidez às transformações do mercado, seja em vista de obsolescência tecnológica, padrões comportamentais de atores do mercado, contestabilidade do setor etc. O elemento temporal confere novas situações que demandam aprimoramentos do arcabouço regulatório.

Assim, pode-se concluir que a prática corriqueira tem mostrado que o poder normativo regulatório tem sido utilizado para desenvolver soluções técnico-jurídicas para resolver as lides dos setores regulados com maior frequência do que tem sido utilizado até então as prerrogativas regulamentares dos entes competentes para tanto.

Nada obstante, esse dinamismo normativo da regulação, ainda que seja uma característica intrínseca do *modus operandi* regulatório, não se mostra o suficiente para distingui-lo do poder regulamentar geral.

Conforme Hely Lopes Meirelles:

No poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo. Os vazios de lei e **a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem, a reclamar providência imediatas da administração, impõem se reconheça ao Chefe do Executivo o poder de regulamentar, através de decreto, as normas legislativas incompletas, ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa.**

O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento – autônomo ou de execução de lei –, não invada as chamadas “reservas da lei”, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e direitos individuais assegurados pela constituição.⁵⁶

Vê-se que o poder regulamentar também exerce função de adequação do texto legal às circunstâncias mutantes correntes. Assim, entende-se que o poder normativo regulatório não se diferencia do poder regulamentar ordinário, ainda que este último, defende juristas como, por exemplo, Hely Lopes Meirelles, só possa ser aplicado por Chefes de Executivo.

Todavia, deve-se destacar não ser unânime tal posicionamento. Sérgio Guerra infere a existência de competência regulamentar secundária no âmbito das agências, fundada em critérios eminentemente técnicos e distinta da competência regulamentar primária exercida pelo chefe do Poder Executivo, de cunho marcadamente político.⁵⁷

Conclui-se que o que os diferencia não se queda no modo de aplicação, do exercício da função de criação de normas (regulamentares ou de regulação), mas nas características da matéria a ser tratada, conforme foi explicado acima, e na maior abertura concedida pela lei na tessitura normativa setorial para que o jogo regulatório aconteça. Explicar-se-á este ponto.

A doutrina especializada, a respeito da função normativa das agências reguladoras, costuma defender a importância dos limites dessa função.

(...) essa função normativa das agências deve ter algumas limitações, para que se evitem abuso. O primeiro é quanto ao conteúdo da lei deslegalizadora, que deverá trazer standards suficientes para que se possa aferir a constitucionalidade e a legalidade das normas regulamentares. Segundo, sobre o conteúdo dessas normas. Não podem ferir o direito, devendo trazer conceitos e parâmetros técnicos para a prestação de serviço público adequado e a harmonização dos interesses de mercado. Mas, principalmente, devem as resoluções das agências buscar o alcance do espírito da lei, do desejo do legislador.⁵⁸

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 130.

⁵⁷ GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª ed., 2005, p. 103.

⁵⁸ NEVES, Rodrigo Santos. **Função Normativa e agências reguladoras**, Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009, p. 128.

No mesmo sentido, afirma Alexandre de Moraes:

O Poder Legislativo deverá, nos moldes norte-americanos, estabelecer os parâmetros básicos, na forma de conceitos genéricos – standards –, cabendo as agências reguladoras a atribuição de regulamentação específica, pois passarão a exercer, de maneira exclusiva, uma atividade gerencial e fiscalizatória que, tradicionalmente no Brasil, sempre correspondeu à administração direta, enquanto cedente aos serviços públicos por meio de permissões ou concessões.⁵⁹

Por *standard*, deve-se entender:

Com efeito, o *standard* jurídico é o conteúdo básico e essencial de uma norma jurídica, que exige uma interpretação para sua completude, por não consistir em um conceito estático e imutável, que não está presente em todas as normas, mas somente naquelas que apresentam conceito aberto, em razão disso costuma ser denominado como conceito jurídico indeterminado ou cláusula geral ou, ainda, cláusula aberta, mas não pode ser entendido com o mesmo sentido que essas expressões. O que tem em comum é a necessidade de seu preenchimento como critério de integração.⁶⁰

Como afirma Giorgio Oppo, os valores são os ideais civis que inspiram o ordenamento jurídico e os princípios têm a função informativa destes valores, enquanto as cláusulas gerais podem ser compreendidas como enucleação dos princípios, isto é, torná-los claros como critério de conduta a ser seguida, por sua vez, os *standards* atuam como medida social de aplicação daqueles critérios valorativos.⁶¹

Nesse sentido, como exemplo, pode-se mencionar que, quando se afirma que a boa-fé se presume, está se transcrevendo um princípio geral de direito. Quando o art. 422 do Código Civil diz que as partes devem observar a boa-fé na formação do contrato, tem-se uma regra. Em comum, ambas possuem em seu âmago o *standard* “boa-fé” como essência.

Ainda, pode-se exemplificar também com o Princípio da adequação dos serviços públicos, que possui como núcleo, como essência, a expressão “adequação”. A Lei de Concessões estabelece que o serviço público é adequado quando satisfizer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Pode-se concluir que a “adequação”, a “regularidade”, a “continuidade” etc. são *standards* reguladores da atuação administrativo-concessória.

Para concluir,

As Agências Reguladoras não poderão, no exercício de seu poder normativo, inovar primariamente a ordem jurídica sem expressa delegação, tampouco regulamentar matéria para a qual inexista um prévio conceito genérico, em sua lei instituidora (*standards*), ou criar ou aplicar sanções não previstas em lei, pois, assim como todos os Poderes, Instituições e órgãos do poder público, estão submetidos ao princípio da legalidade (CF, art. 37, caput) (...)⁶²

Assim, diferente do grau de aprofundamento normativo normalmente estabelecido para outras matérias no ordenamento jurídico, as leis que instituem quesitos da regulação, como as dos marcos regulatórios, costumam se abster de normatizar detalhadamente como se procederá

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 55/56, Jan./Dez., 2001, p. 177.

⁶⁰ OPPO, Giorgio. *Principi e problemi del diritto privato – scritti giuridici VI*, Pádua: Cedam, 2000, p. 3 apud FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. *Os princípios gerais do direito e os standards jurídicos no código civil*. 2007. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 171

⁶¹ *Ibid*, p. 171.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.031/DF*. Constitucional. Administrativo. Lei 9.478/1997. Ausência de impugnação específica. Não conhecimento. Resolução 790/2019 da ANP. Programa de monitoramento da qualidade dos combustíveis (PMQC). Implementação da política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis. Normas técnicas que se inserem no espaço de conformação atribuído à ANP. Proteção dos interesses dos consumidores quanto à qualidade dos produtos. Conhecimento parcial. Improcedência. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 8 de agosto de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352696563&ext=.pdf>, Acesso em: 5/2/2023.

à regulação de cada setor. Assim, tais leis costumam apenas estabelecer *standards* operacionais para a regulação de cada setor. Enquanto a prática frequente, normal, no âmbito da função regulamentar é o tratamento de matérias legais com maior densidade normativa do que as leis que regem a regulação nos setores regulados.

Assim, conclui-se que a atuação regulatória está mais frouxa para ser desempenhada do que a função regulamentar, pois costuma estar circunscrita, grosso modo, às competências instituídas, aos *standards* jurídicos da Lei instituidora da agência reguladora e aos princípios do ordenamento jurídico.

2.6. A flexibilidade de decisão no cotidiano das agências reguladoras: discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

A administração pública exerce suas funções precípua por meio do exercício de atos, os quais materializam suas atividades. Tais atos, chamados doutrinariamente de administrativos, são conceituados por Hely Lopes Meirelles como toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria⁶³.

Para Cretella Junior, é toda medida editada pelo Estado, por meio de seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder delegada pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.⁶⁴

Nada obstante, em mais ampla definição, por assim dizer, mais acertada, Di Pietro explica que ato administrativo é a declaração de Estado o de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito privado e sujeita ao controle pelo Poder Judiciário.⁶⁵

Conforme Meirelles, os atos administrativos comportam a existência de cinco requisitos (ou elementos) que o formam integralmente: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.⁶⁶

Competência é o poder legalmente autorizado ao agente administrativo para executar aquilo que se constituirá o ato administrativo.⁶⁷ No que tange à finalidade, Di Pietro vislumbra este elemento em sentido amplo e estrito. Em sentido amplo, a finalidade pública se resume ao atingimento do interesse público. Enquanto, no sentido estrito, significa um fim específico para atingimento com a prática do ato⁶⁸.

No que tange à forma, conceitua-se como o revestimento exteriorizador do ato administrativo⁶⁹, pois vontade que não se exterioriza é ação humana do âmbito da psicologia e ciências afins, mas estranha à vida do direito.⁷⁰

O motivo é a situação de direito e de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo⁷¹. O motivo é a causa que compeliu o agente administrativo a agir.

Por último, o objeto é aquilo em que se constituirá as consequências do ato administrativo. Identifica-se assim com o conteúdo do ato propriamente dito.

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 152.

⁶⁴ CRETILLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 17ª ed., 2001, p. 193.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., item 7.4.

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 153.

⁶⁷ Ibid, p. 154.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., item 7.7.4

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 155.

⁷⁰ CRETILLA JUNIOR, José, op. cit. p. 259.

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 156.

2.7. Vinculação e Discricionariedade

O controle da administração pública se liga aos conceitos de discricionariedade e vinculação. De certo, pode-se dizer que a história do controle de tais atos evolui em contrações e distensões associadas à intensidade de sindicância da discricionariedade administrativa.

Assim, para os fins a que se dedica a presente trabalho, mostra-se necessário realizar uma breve apresentação do assunto, principalmente por meio do qual se estabelecerá as premissas básicas em torno das quais se desenvolverão as análises e conclusões a respeito do controle exercido pelo TCU sobre as agências reguladoras.

O estudo da temática é desenvolvido sobre diferentes prismas na doutrina nacional. Hely Lopes Meirelles aborda o assunto diferenciando os poderes e os elementos nos quais incidem cada poder.

Para o autor, poder vinculado é o conjunto de prerrogativas conferidas pelo Direito Positivo à Administração Pública para a prática de atos de sua competência, com a estipulação de elementos e requisitos necessários à sua formalização, ao passo que o Poder Discricionário como aquele atribuído à Administração, explícita ou implicitamente, para a prática de atos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo⁷².

Assim, o ilustre administrativista classifica os atos administrativos em dois tipos básicos: atos vinculados e discricionários. Adiciona que os elementos “competência”, “finalidade” e “forma” seriam, em todo o ato, vinculados pelo que a lei determina, enquanto os elementos “motivo” e “objeto” podem ser estabelecidos no âmbito da discricionariedade administrativa.

Determinadas atividades administrativas possuem sua execução inteiramente predefinida em leis que regularão por completo a formação do ato a ser praticado pelo agente. A ele não é dado qualquer margem de liberdade quanto à atividade a ser desempenhada. Seu fundamento único é a legalidade, em obediência estrita aos ditames da lei.

Assim, a atuação da Administração se restringe a uma única possibilidade de consulta ou a uma única solução possível diante de determinada solução de fato, qual seja, aquela solução que já se encontra previamente delineada na norma, sem qualquer margem de apreciação subjetiva⁷³.

No entanto, na prática são raras as vezes em que se pode perceber a existência de arcabouço legal que permitirá apenas uma solução administrativa que deve ser praticada em cada caso, sendo o mais normal a existência de certa margem de liberdade de decisão.

Sendo assim, pode-se dizer que não costuma existir na Lei distinção rígida entre atos vinculados e discricionários, sendo mais comum a prática de atos com gradação da discricionariedade permitida pela lei.

A doutrina contemporânea vem afirmando que, no geral, no cotidiano das atividades administrativas, são poucas as situações de vinculação pura e de discricionariedade pura, daí ser insustentável a oposição rígida entre poder vinculado e poder discricionário.⁷⁴

Atos discricionários são aqueles que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão, segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à Lei reguladora da expedição deles.

⁷² Ibid., pp. 119-120.

⁷³ ANDRADE, Érica Patrícia Moreira de Freitas. Fundamentos para o controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário: os atos discricionários e os conceitos jurídicos indeterminados. In: FARIA, Edimur Ferreira de (Coord.). **Controle da administração pública direta e indireta e das concessões: autocontrole, controle parlamentar, com o auxílio do tribunal de contas, controle pelo judiciário e controle social**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 112.

⁷⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 21ª ed., 2008, p. 103.

Ao contrário dos atos ditos vinculados, em que a liberdade é retirada por imposição da Lei, nos atos emanados do poder discricionário existe certa liberdade de atuação nos limites legais.

Assim, adiciona que o mérito administrativo se consubstancia na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática⁷⁵.

Com pensamento similar ao de Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que se a Lei atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma.

Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.

Em outras hipóteses, a Lei não abarca todos os aspectos da atuação administrativa, ou seja, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei⁷⁶.

Sobre estes pontos pode-se perceber não haver diferenças significativas em comparação com o pensamento de Meirelles.

Nada obstante, enquanto Meirelles afirma que competência, finalidade e forma são sempre elementos vinculados por lei, Di Pietro defende que há situações em que finalidade e forma podem ser escolhidos discricionariamente pelo administrador público.

No que diz respeito à finalidade, também existe vinculação e não discricionariedade, se bem que a matéria mereça ser analisada com cuidado. Foi visto que em dois sentidos se pode considerar a finalidade do ato: em sentido amplo, ela corresponde sempre ao interesse público; em sentido restrito, corresponde ao resultado específico que decorre, explícita ou implicitamente da lei, para cada ato administrativo.

No primeiro sentido, pode-se dizer que a finalidade seria discricionária, porque a lei se refere a ela usando noções vagas e imprecisas, como ordem pública, moral, segurança, bem-estar. Quando a lei não estabelece critérios objetivos que permitam inferir quando tais fins são alcançados, haverá discricionariedade administrativa. Por exemplo: a autorização para fazer reunião em praça pública será outorgada segundo a autoridade competente entenda que ela possa ou não ofender a ordem pública.

(...)

Com relação à forma, os atos são em geral vinculados porque a lei previamente a define, estabelecendo, por exemplo, que serão expressos por meio de decreto, de resolução, de portaria etc. Eventualmente, a lei prevê mais de uma forma possível para praticar o mesmo ato: o contrato pode ser celebrado, em determinadas hipóteses, por meio de ordem de serviço, nota de empenho, carta de autorização; a ciência de determinado ato ao interessado pode, quando a lei permita, ser dada por meio de publicação ou de notificação direta. Nesses casos, existe discricionariedade com relação à forma.⁷⁷

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 158.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., item 7.8.1.

⁷⁷ Ibid., item 7.8.1.

Com certa oposição aos direcionamentos doutrinários retromencionados, tem-se Bandeira de Mello que evidenciou não ser a discricionariedade um poder atribuído em abstrato, mas um modo de disciplina jurídica concreta de atividade administrativa. Segundo esse autor, a discricionariedade pode ser definida como a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.⁷⁸

Para ele, muitos dos institutos de Direito Administrativo, entre eles o da discricionariedade, têm sido desenvolvidos pela doutrina em torno da ideia de poder, o que reputa equivocado e até mesmo paradoxal. Para o autor, o mais acertado seria articulá-los em torno da noção de *doverosità*, ou seja, do dever de alcançar a finalidade a ser cumprida.⁷⁹

Na mesma linha, Justen Filho, adotando o posicionamento acima mencionado, define discricionariedade como modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir, segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico⁸⁰.

A discricionariedade é um tipo de disciplina legislativa. A lei pode conter todos os elementos necessários à sua aplicação – a isso se denomina disciplina normativa vinculada. Por outro lado, pode demandar que alguns desses elementos sejam verificados em vista do caso concreto – a isso se denomina disciplina normativa discricionária.⁸¹

O autor exara contrariedade aos conceitos estanques de ato discricionário e ato vinculado adotados pela doutrina administrativista majoritária. Afirma não existir disciplina normativa que institua de modo absoluta a vinculação e a discricionariedade no exercício de uma função administrativa.

Assim, a norma pode ter adotado disciplina vinculada e exaustiva quanto a certos aspectos, deixando margem de autonomia decisória quanto a outros. A norma pode valer-se de diversos instrumentos para criar autonomia limitada (...)

Logo, afirmar que certa atividade é discricionária ou vinculada consiste em uma simplificação terminológica, que pode ser adotada para facilitar a comunicação, mas não permite identificar de modo mais preciso o grau de autonomia atribuído pela norma ao titular da função administrativa.⁸²

2.8. A indeterminação de certos conceitos

Esta seção se dedica à introdução sobre um certo tipo de flexibilidade na aplicação do direito existente no texto das Leis que consiste na existência de palavras e expressões, entre os dispositivos legais, os quais não são dotados de sentido preciso.

Tais expressões e vocábulos ficaram conhecidos na doutrina pelo nome “conceitos jurídicos indeterminados”. Assim, vocábulos como “boa fé”, “bem comum”, “moralidade”, “razoabilidade”, “serviços técnicos especializados”, “notório saber”, são exemplos de conceitos indeterminados.

A nomeação de tal fenômeno por “conceitos jurídicos indeterminados” pode parecer um tanto inapropriada para alguns, tendo em vista o que explica Eros Grau: que a determinação não

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 31ª ed., 2015, p. 440.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 442.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2014, p. 244.

⁸¹ *Ibid.*, p. 244.

⁸² *Ibid.*, op. cit., p. 250.

se origina dos conceitos jurídicos propriamente ditos, mas de suas expressões. Assim, sugere que os termos sejam chamados de “termos indeterminados de conceitos”.⁸³

Conforme explica, conceito é uma suma de ideias abstratas, porém necessariamente determinadas, que fazem referência a um dado objeto, coisa, estado ou situação. A determinação, assim, é uma necessidade apriorística para a formação do conceito, pois e o conceito for indeterminado, então não é conceito.

Se é indeterminado o conceito, não é conceito.

O mínimo que se exige de uma suma de ideias, abstrata, para que seja um conceito, é que seja determinada.

Repito: todo conceito é uma suma de ideias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado.

Se o conceito não for, em si, uma suma determinada de ideias, não chega a ser conceito.⁸⁴

Há quem discorde do posicionamento doutrinário de Eros Grau. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a indeterminação, quando existente, será um atributo intrínseco aos conceitos, jamais das palavras que lhes designam.

Aliás, ao respeito desse tópico dos conceitos fluidos, diga-se, de passagem que, surpreendentemente, houve quem, neste século, pretendesse que a fluidez é das palavras e não dos conceitos. Sendo universalmente sabido que as palavras são simples rótulos sobrepostos a objetos de pensamento, é de meridiana obviedade que elas não possuem em si mesmas, outra densidade que não (por via indireta) a do objeto a que se reportam; logo, só podem ser vagas ou imprecisas se vago ou impreciso for o conceito que o recobrem, assim como só podem ser precisas se preciso for o conceito recoberto, visto que elas próprias, as palavras, nada aportam ao objeto rotulado.⁸⁵

A indeterminação dos conceitos é característica idiossincrática do discurso jurídico. Diferentemente do que ocorre nas ciências empírico-matemáticas, nas quais se pressupõe rigor por meio do estabelecimento de bases lógicas irredutíveis e assim expurgam a possibilidade de discutibilidade de seus conceitos, os conceitos jurídicos, em muitas das vezes, são expressas na arquitetura do mundo dos valores (plano axiológico).

Conforme Afonso Queiró, quando se refere ao mundo da natureza, a lei faz recurso a conceitos que lhe são fornecidos por qualquer das ciências baseadas no valor teórico verdade, e que, portanto, pressupõem o princípio causalista, as categorias de espaço e tempo, ou conceito de número (quantidade). Sobre estes fatos, e sobre estes conceitos, ao fim e no cabo, decorrido o processo interpretativo, não poderá existir como verdade mais do que uma exata formulação. Se a lei recorre a estes conceitos não deixa discricionariedade à Administração.

Nada obstante, quando os conceitos pertencem ao mundo da sensibilidade, ao mundo da razão prática, onde predomina a incerteza, o parecer de cada um, onde não existe uma lógica universal, mas concepções individuais, acientíficas, subjetivas, então o juízo de subsunção não mantém o caráter de necessidade lógica, de categoricidade⁸⁶.

Assim, os conceitos presentes nas ciências exatas, embasados em valores teóricos de verdade, são determinados e unissignificativos, enquanto os conceitos atinentes ao mundo da razão prática e da sensibilidade são plurissignificativos, dotados de certa fluidez e incerteza⁸⁷.

Nesse sentido, a objetiva determinação dos conceitos matemáticos não encontra paralelo no âmbito do direito. Isto porque o direito se verte em linguagem de textura aberta, de sorte que

⁸³ GRAU, Eros. **Direito posto e pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 2008, p. 196.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 196.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., *op. cit.*, p. 994-995.

⁸⁶ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 7, p. 52-80, 1947, pp. 60-61. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9686>. Acesso em: 4 fev. 2023.

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira, *op. cit.*, p. 994.

a extração da significância das proposições jurídicas, diferentemente do que outrora se supôs, não constitui um processo dinâmico, não ocorre de maneira uniforme entre seus aplicadores, tampouco se pode dar de forma independente de um sistema axiológico de referência⁸⁸.

Assim, como exemplo pode-se afirmar com relativa certeza de que a soma dos quadrados das medidas dos catetos é igual ao quadrado da medida da hipotenusa. O teorema de Pitágoras não se sujeita a discordâncias, caso se aceite as hipóteses iniciais (as quais, no caso, consistem nos axiomas da geometria euclidiana), enquanto na ciência jurídica, as proposições terão diferentes interpretações.

Nada obstante, deve-se ter em mente que nem todos os conceitos jurídicos são revestidos de indeterminação. Há conceitos em que sua delimitação é plenamente possível e eficaz em abordar claramente seus meandros, como, por exemplo, “União”, enquanto outros, como a “moralidade”, são mais suscetíveis de indeterminação.

Assim, detectam-se diferenças de certeza conceitual entre os diferentes termos e expressões utilizados no Direito.

Eros Grau propôs divisão dos conceitos jurídicos em 3 espécies: (i) conceitos meramente formais; (ii) *regulae juris*; e (iii) conceitos tipológicos (*fattispecie*), os quais cumprem com diferentes funções na linguagem jurídica⁸⁹.

Os conceitos jurídicos meramente formais (ônus, sujeito jurídico, direito, obrigação etc.), abstraídos de uma realidade histórica própria, consubstanciam elementos que indicam uma série de posições lógicas indispensáveis à estruturação de uma teoria geral de direito.

As *regulae juris* são expressões que sintetizam o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas, sem que lhes corresponda um significado próprio. Limitam-se a exprimir, condensadamente, um sistema normativo, a modo de autêntica estenografia jurídica.

Celso Antônio Bandeira de Mello provê o exemplo do conceito de “propriedade”, que apenas assumia alguma significação à medida em que se tenha sob consideração a função, por ele cumprida no discurso do direito, de resumir toda a disciplina normativa ao atinente ao modo de aquisição e aos poderes, faculdade e deveres decorrentes da aquisição de uma posição jurídica subjetiva em relação a um bem⁹⁰. No mesmo sentido, pode-se destacar o conceito de “contrato” que carrega uma gama de significações sobre um tipo de relação jurídica bilateral entre dois sujeitos.

Por último, os conceitos jurídicos tipológicos (*fattispecie*) são expressões da história e indicam os ideais dos indivíduos e grupos, povos e países. Ligam-se a esquemas e elaborações de caráter lógico – independentemente das quais é eventualmente a disciplina e que poderão ser diferentes, mesmo obedecendo, cada um, a uma coerência própria – bem como a preocupações e hábitos econômicos e às fés religiosas; à história do Estado e à estrutura econômica; a orientações filosóficas e a concepções de mundo. Referem-se a fatos típicos da realidade.

Salienta o autor que tais conceitos tipológicos na verdade são noções. Citando Fabio Konder Comparato, sustenta que tais conceitos não deixam de ser jurídicos, pois eles compõem a previsão normativa; mas o seu conteúdo é, sem dúvida, extrajurídico, porque se referem a uma classificação tipológica da realidade social. Por isso mesmo, em relação a eles, não se põe nenhum problema de definição jurídica: o seu sentido é o da linguagem comum, como por exemplo na palavra “homem” em “todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil” em que o Código Civil utiliza a definição comum de homem, sem qualquer caráter jurídico. Homem, nesse caso, pode ser homem, mulher, transsexuais, homossexuais etc., ou seja, qualquer ser humano.

Assim, Eros Grau conclui que os conceitos indeterminados seriam encontrados entre os conceitos tipológicos (*fattispecie*), pois os conceitos meramente formais são destituídos de

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 256.

⁸⁹ GRAU, Eros, op. cit., p. 198.

⁹⁰ Ibid., p. 199

qualquer apreciação da realidade social e os *regulae juris* sintetizam o conteúdo de normas jurídicas e, por isso, não padecem de qualquer interpretação.

Em que pesem tais ponderações, o jurista destaca que, a seu ver, o conceito se modifica ao longo do tempo. Nada obstante, a *noção* seria algo que expressa uma ideia, um esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas.

Assim, conclui que a questão da indeterminação dos conceitos seria resolvida na historicidade das noções. A noção jurídica deve ser definida como ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas⁹¹.

De toda a forma, pontua não se desenvolver no campo da discricionariedade da Administração o preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados – ou das *noções*. Destaca serem distintas as técnicas da discricionariedade e a inserção de conceitos indeterminados nos textos das normas⁹².

Na doutrina de Di Pietro, os ideais da sociedade são abarcados nos “conceitos de valor” nos quais, segundo ela estariam repousando os conceitos indeterminados.

Neste sentido, entende-se não haver diferenças significativas, a não ser nas diferenças de nome, entre Eros Grau e Di Pietro, para as quais ambas as classificações abarcam conceitos que carregam os ideais da sociedade, tipologias para a realidade social.

No que tange à estrutura dos conceitos indeterminados, Sergio Guerra, citando trabalho acadêmico produzido por Walter Jellinek, no qual explicou que, da mesma forma que o conceito jurídico determinado, o indeterminado também tem limites, pois ao contrário não seria um conceito. Porém, o primeiro tem um só limite, que permite realizar um juízo seguro sobre a pertinência ou não do mesmo a um determinado fenômeno, ao passo que o segundo tem dois limites.⁹³

Assim, adiciona que o conceito jurídico indeterminado também permite realizar juízos seguros, mas entre o juízo positivo e o negativo existe um terreno limítrofe de mera possibilidade. Assim, o aplicador de todo o conceito indeterminado sabe que existem fenômenos que indubitavelmente estão compreendidos dentro do conceito e outros que seguramente não estão. Deste modo, estaria definido esferas de certeza positiva e negativa e a esfera da dúvida possível.⁹⁴

García de Enterría e Fernández, em complemento, explicam que a aplicação dos conceitos indeterminados apresenta estrutura que compreende em (i) núcleo fixo (ou zona de certeza positiva), onde não há dúvidas quanto à aplicabilidade dos conceitos (ii) zona intermediária ou halo conceitual, onde não se consegue certeza quanto à aplicabilidade, ou não, do conceito jurídico ao caso concreto e (iii) zona de certeza negativa, onde o conceito não é aplicável.⁹⁵

Assim, na aplicação ao caso concreto de cada conceito indeterminado, surgem situações que definitivamente se encaixam ao conceito; outras que de modo algum vão se encaixar ao conceito; e, por último, muitas que não se consegue perceber claramente se tais condições suficientes para aplicá-lo às hipóteses do conceito indeterminado.

Como exemplo de tal estruturação pode-se apresentar um dos requisitos para a investidura em cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça: notório saber jurídico. Quanto é necessário para ser considerado de notório saber jurídico? Um jurista com um intenso

⁹¹ Ibid., p. 202.

⁹² GRAU, Eros, op. cit., p. 203.

⁹³ GUERRA, Sergio, op. cit., p. 173.

⁹⁴ GUERRA, Sergio, op. cit., p. 174.

⁹⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo (Vol. 1)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed. trad., 2014, p. 396.

currículo de publicações acadêmicas e catedrático de faculdades reconhecidas de certo que será considerado de notório saber (zona de certeza positiva). Paralelamente, advogado recém-formado por certo não será considerado (zona de certeza negativa). Mas, no entanto, como se procede a avaliação dos casos intermediários (halo conceitual)?

2.9. A indeterminação na aplicação do conceito ao caso concreto: dois grupos teóricos

O reconhecimento da existência de conceitos jurídicos indeterminados no plano legal gera debates acerca da precisão – ou não – dos conceitos na aplicação ao caso concreto.

Assim, pode-se dividir a doutrina nacional e estrangeira em dois grupos teóricos: os que defendem que os conceitos jurídicos indeterminados não geram indeterminação na aplicação, o que, por derradeiro, significa inferir que sempre haverá apenas uma única solução justa em cada caso (teoria da unicidade); e os que defendem a pluralidade de soluções igualmente justas e válidas (teoria da duplicidade ou multivalência).

Após a primeira década seguinte ao segundo pós-guerra, a jurisprudência contenciosa-administrativa da Alemanha foi se consolidando no sentido de que o Estado de Direito, proclamado com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, excluía a discricionariedade da Administração Pública na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.⁹⁶

Especialmente após a criação da República Federal da Alemanha, o poder discricionário foi consideravelmente reduzido por parte da doutrina e da jurisprudência. A amarga experiência do regime nazista, que erradicou o controle judicial da administração pública, contribuiu para um aumento expressivo do controle judicial no período pós-guerra.

Os Tribunais se inclinavam a considerar, cada vez mais, que a aplicação de um conceito jurídico indeterminado comportava uma única solução justa. Desse modo, o controle judicial do ato de integração desses conceitos poderia ser total, ou seja, os Tribunais aprofundavam a sindicância e até mesmo substituíam a decisão executiva.⁹⁷

Tal corrente de pensamento pela qual não há vinculação entre discricionariedade e conceitos administrativos indeterminados foi introduzida na doutrina espanhola, a partir de 1962.

Para García de Enterría e Fernández, a imprecisão dos conceitos jurídicos indeterminados apenas existiria em um plano teórico-abstrato, causa a qual o conceito faria surgir uma solução única quando contrastado com o caso concreto.⁹⁸

Nesse sentido, assim expõem:

A lei não determina com exatidão os limites desses conceitos porque se tratam de conceitos que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosas, porém, em todo caso, é manifesto que se está referindo a uma hipótese da realidade que, não obstante a indeterminação do conceito, admite ser determinado no momento da aplicação. A lei utiliza conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação, força irresistível) ou de valor (boa-fé, padrão de conduta do bom pai de família, justo preço), porque as realidades referidas não admitem outro tipo de determinação mais precisa. Porém, ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé ou não há; ou o preço é justo ou não é; ou faltou-se à probidade ou não se faltou. Tertium

⁹⁶ GUERRA, Sergio, op. cit., p. 175.

⁹⁷ Ibid., p. 175.

⁹⁸ ENTERRÍA, García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, op. cit., p. 393.

non datur. Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma "unidade de solução justa" em cada caso.⁹⁹

Segundo eles, a lei utiliza conceitos de experiência ou de valor, porque as realidades referidas não admitem outro tipo de determinação mais precisa. Porém, ao referir-se a fatos concretos e não a situações contraditórias, imprecisas, entendem os autores que a aplicação de tais conceitos não admitiria mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito. Assim, em se considerando somente uma solução justa para determinado conceito jurídico indeterminado, não haveria, portanto de se cogitar a existência de discricionariedade.¹⁰⁰

Na doutrina nacional, Eros Grau compartilha de parte do pensamento dos autores. Para ele, só haverá atos discricionários quando a norma jurídica atribuir ao Administrador Público juízos de oportunidade; fora dessa hipótese, ou seja, em juízos de legalidade, o agente público deve obedecer à Lei.¹⁰¹

Nada obstante, esse autor não acredita na "única solução justa" quando se tratar de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, pois a interpretação supõe a faculdade do intérprete de escolher uma entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada, precisamente porque, por força da fluidez das expressões da lei, dela não se pode extrair, objetivamente, uma solução unívoca para cada situação.¹⁰²

Ainda, Tercio Sampaio Ferraz Junior aduz que, quando a lei usa conceitos que dependem da manifestação de órgãos técnicos e após ter havido a referida manifestação técnica a respeito, a decisão da administração se torna vinculada aos preceitos decididos, ou seja, o fato do tipo da norma não dá discricionariedade, mas apenas uma solução.¹⁰³

Em contraponto à teoria da unicidade, Bandeira de Mello pensa ser excessiva a afirmação de que, em toda a hipótese, o contraste das expressões legais plurivalentes com os casos concretos levados à apreciação do administrador público ganharia densidade suficiente a ponto de sanar por completo as dúvidas a respeito de modo a erigir uma única solução jurídica legítima para cada caso.¹⁰⁴

Segundo esse autor, a liberdade intelectual jamais será plena. Noções imprecisas como as de pobreza, velhice, notável saber, má reputação etc., porquanto passíveis de existir em graus e medidas variáveis, tanto abrigariam situações típicas e paradigmáticas, facilmente indiscutíveis no que tange à aplicabilidade, quanto haveria uma zona de incerteza, onde se inserem aquelas situações cujas opiniões conflitantes acerca de sua aplicabilidade não se podem ser rechaçadas objetivamente como verdadeiras ou falsas.

Citando Bernatzik, Bandeira de Mello pontua:

(...) existe um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou inexactidão da solução atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade e que outros tenham uma opinião falsa.¹⁰⁵

Em complemento, Eros Grau afirma que a interpretação de textos normativos que veiculem conceitos indeterminados inexistente uma interpretação verdadeira (única correta); a

⁹⁹ Ibid., p. 393.

¹⁰⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, op. cit., pp. 466-467.

¹⁰¹ GUERRA, Sergio, op. cit., p. 182.

¹⁰² GRAU, Eros, op. cit., p. 213.

¹⁰³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. **Revista do IBRAC**, v. 4, n. 6, 1997, p. 88.

¹⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2012, p. 22.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit., p. 23.

única interpretação correta – que haveria, então, de ser exata – é objetivamente incognoscível, como haveria de dizer Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁰⁶

2.10. A discricionariedade e a tecnicidade na atividade regulatória

Com a instituição de agências reguladoras independentes e do exercício por esses entes da função regulatória, importa-se com vigor para o debate doutrinário nacional discussão a respeito de uma discricionariedade administrativa *sui generis*, que seria dotada de tecnicidade e complexidade: a “discricionariedade técnica”.

A origem da expressão “discricionariedade técnica” está intimamente ligada a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. A temática dos conceitos indeterminados é a história de uma forte polêmica a respeito da existência de discricionariedade administrativa na definição e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, conforme anteriormente visto.

Como explica Cassio Cavalli, a noção de discricionariedade técnica com o exercício de *accertamento* entre fato e norma e a noção de discricionariedade técnica como critério de valorização da oportunidade e conveniência do ato administrativo possuem em comum o fato de que ambas recorrem a conceitos técnicos, frequentemente vertidos sob a categoria de conceitos jurídicos indeterminados.¹⁰⁷

A polêmica remonta ao debate entre as posições de Edmund Bernatzik e Friedrich Tezner cujas obras, segundo André Cordeiro, “constituem-se as primeiras sistematizações técnico-jurídicas sobre o controle da decisão administrativa que aplica conceitos indeterminados”¹⁰⁸.

Antônio Francisco de Sousa explica que o referido autor da Escola de Viena objetivava, por meio da conceituação da discricionariedade técnica, englobar todo aquele tipo de decisão que, não sendo discricionária, deveria, contudo, ser, pela sua alta complexidade técnica, retirada do controle jurisdicional, porque, como ele dizia, de administração entendem os administradores, e só eles, pela sua formação técnica.

Adicionou que, pela sua experiência e contato direto com a realidade do dia a dia, estariam os administradores em melhores condições para reagir, eficazmente e com oportunidade, às circunstâncias mais variadas com que se defrontavam. Por isso, não poderiam os juízes, com outra função, outra preparação e distanciados da vida administrativa, fazer substituir sua opinião, tardiamente, à da autoridade administrativa.¹⁰⁹

A referida posição doutrinária teve como bandeira a proposta de afastar o Poder Jurisdicional do controle da atuação técnica do administrador.

Como foi visto, os conceitos indeterminados são objeto de análise a partir da distinção entre discricionariedade administrativa, que seria a verdadeira discricionariedade, e discricionariedade técnica, que seria uma discricionariedade imprópria.

¹⁰⁶ GRAU, Eros, op. cit., p. 213.

¹⁰⁷ CAVALLI, C. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, p. 61–76, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7528>. Acesso em: 15 fev. 2023.

¹⁰⁸ ROMAN, Flávio José. Discricionariedade técnica. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner e FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/148/edicao-1/discricionariedade-tecnica>. Acesso em: 5 fev. 2023.

¹⁰⁹ SOUSA, Antônio Francisco de. **A discricionariedade administrativa**. Lisboa: Danúbio, 1987, pp. 105-106. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 3ª ed., pp. 114-115.

Embora a distinção tenha nascido na Áustria, conforme foi visto, com os estudos de Bernatzik e Tezner, ela foi desenvolvida posteriormente na Itália com amplo aceite na Espanha e em Portugal.¹¹⁰

No âmbito regulatório, pode-se descrever a discricionariedade técnica a margem de liberdade do regulador para tratar de questões que não são só técnicas, mas dotadas de complexidade inerente à temática.

A complexidade do ato regulatório, aliada à tecnicidade, tem como paradigma um subsistema regulado que exige uma análise (discricionária) técnico-sistêmica de natureza prospectiva.¹¹¹

Por prospecção regulatória entende-se uma característica do dever agir regulatório que impõe aos agentes imbuídos da respectiva função a necessidade de vislumbrar o futuro do setor regulado de modo a visar ao equilíbrio sistêmico.

Para alcançar seus objetivos, a função de regulação deve perseguir o equilíbrio sistêmico dos setores regulados, e, para tanto, deve se valer de uma visão prospectiva, de modo a se afastar das decisões de momento e sem sustentabilidade. A base de suas escolhas deve ser a preponderância técnica (não política), de modo a reduzir-se a pura discricionariedade (oportunidade e conveniência).

A função de regulação deve se caracterizar como sendo uma função de Estado e não de governo. Aquela preocupada com os efeitos sistêmicos e, portanto, prospectivos; está preocupada com as urnas.¹¹²

Sobre o assunto, Justen Filho afirma que, mesmo quando se tratar de decisões acerca de questões técnicas, haverá um componente político na decisão. Segundo ele, o conhecimento técnico poderá funcionar como instrumento de delimitação das alternativas disponíveis, mas dificilmente eliminará a pluralidade delas. Haverá uma margem de escolha, a qual propiciará um juízo de conveniência e oportunidade por parte da autoridade encarregada de promover a aplicação da norma geral.¹¹³

Conforme explicado por Alexandre Aragão, tecnicidade não significa imparcialidade, já que, salvo em casos limites, o saber técnico pode perfeitamente ser instrumentalizado em favor de diversos interesses públicos.¹¹⁴

3. O Controle Externo exercido pelo Tribunal de Contas da União

3.1. Fundamento do controle externo

O regramento constitucional dado ao Estado Brasileiro estampa como princípio fundamental a separação dos poderes do Estado. Assim, o poder é tripartido da forma que foi concebida por Montesquieu em O Espírito das Leis.

Nada obstante, conforme explica Benjamin Zymler, a tripartição clássica não implica à ideia de que cada Poder exerça apenas uma função: Poder Executivo: função administrativa;

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 112.

¹¹¹ VIANNA, Eduardo Araujo Bruzzi, op. cit., p. 264.

¹¹² GUERRA, Sérgio. Riscos, assimetria regulatória e o desafio das inovações tecnológicas. In: FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). **Regulação e Novas Tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 90.

¹¹³ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 254.

¹¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 324.

Poder Legislativo: função legiferante; Poder Judiciário: função judicante. Atualmente, aceita-se situação de que cada Poder possa exercer – e realmente exerce – atividades relacionadas a cada uma das funções primordiais retro mencionadas. Acima, como exemplo, o Poder Legislativo, além de legislar, administra a estrutura e julga processos administrativos. Assim, conclui que remanesce em cada poder um misto de funções exercidas, sendo preponderante aquela que define o Poder.¹¹⁵

Deve-se salientar que, embora o exercício do Poder seja tripartido, a independência entre eles não é absoluta.

No exercício de suas prerrogativas, a Poder Executivo deve se submeter ao controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, bem assim de exercer o controle sobre seus próprios atos.

Deve-se atentar que o controle exercido pelos Poderes Judiciário e Legislativo não será sobreposto apenas ao Poder Executivo, mas também a eles próprios enquanto possíveis executores de atividade administrativa.

Essa essência dessa estrutura de controle de um Poder pelo outro almeja evitar a preponderância de um acima dos demais, em detrimento dos governados. No constitucionalismo moderno molda-se assim os freios e contrapesos (*checks and balances*).

Mediante essa sistemática, o Texto Constitucional delega aos Poderes do Estado competências que, finalisticamente, impedem o exercício desmedidamente arbitrário e abusivo do poder. É nesse contexto que melhor se visualiza a harmonização entre os Poderes estatais.¹¹⁶

O controle externo está estreitamente relacionado aos direitos fundamentais reconhecidos ao cidadão de ter conhecimento sobre os assuntos públicos e de receber a prestação de contas dos administradores acerca do emprego de recursos públicos. Tal disposição está estabelecida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹¹⁷, de 26 de agosto de 1789.

Art. 14. Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.

Art. 15. **La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration.** (grifos nossos)

Desta feita, pode-se concluir que a finalidade do controle é assegurar que a Administração atue de acordo com os princípios do ordenamento jurídico, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, etc., sendo que, em determinadas circunstâncias o controle abrange a sindicância dos aspectos discricionários da atuação administrativa.¹¹⁸

Nesse ponto, impõe-se necessário conceituar o controle externo. Para Jacoby Fernandes: O sistema de controle externo pode ser conceituado como o conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada, visando à fiscalização, verificação e correção de atos.¹¹⁹

O autor ainda explica que o objeto da função de controle, na atualidade, deve ser compreendido em sua visão mais nobre, enquanto vetor do processo decisório na busca do

¹¹⁵ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 163.

¹¹⁶ ZYMLER, Benjamin, op. cit., p. 164.

¹¹⁷ FRANÇA. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**. Paris, 1789, Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 6 fev. 2023.

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, op. cit., item 17.1.

¹¹⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Forum, 2003, 1ª ed., p. 144.

redirecionamento das ações programadas. São assim instrumentos a revisão dos atos, a anulação, a admoestação e a punição dos agentes, sempre visando a reorientação do que está em curso para obter aperfeiçoamento¹²⁰.

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho explica que:

A fiscalização e a revisão são os elementos básicos do controle. A fiscalização consiste no poder de verificação que se faz sobre a atividade dos órgãos e dos agentes administrativos, bem como em relação à finalidade pública que deve servir de objetivo para a Administração.⁶ A revisão é o poder de corrigir as condutas administrativas, seja porque tenham vulnerado normas legais, seja porque haja necessidade de alterar alguma linha das políticas administrativas para que melhor seja atendido o interesse coletivo.

Assim, é de se pontuar que a revisão dos atos administrativos faz parte do arsenal de instrumentos em prol do exercício do controle.

3.2. O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988

O controle externo da administração é exercido pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário. O exercido pelo Poder Legislativo é dividido em “controle político”, realizado pelo Congresso Nacional, e no “controle técnico” no âmbito das fiscalizações contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional exercido com auxílio do TCU.¹²¹

As competências constitucionais do TCU dividem-se em fiscalizatórias e parajudiciais. São parajudiciais a competência de julgar as contas de jurisdicionados e apreciar a legalidade de atos de pessoal, para fins de registro.¹²² A parajudicialidade deriva da ideia de que tais competências são de natureza judicante, mas não fazem coisa julgada.

Em específico às competências constitucionais, é de se apresentar o art. 70 da Constituição, segundo o qual 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.

O art. 71 assevera que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Isso quer dizer que na atual estrutura administrativa brasileira, em que pese o titular do controle externo, na seara legislativa (porquanto há o controle judicial que também é externo), as fiscalizações são exercidas pelo TCU, pois o Congresso Nacional não desenvolveu expertise em seu corpo técnico para exercer as competências de controle externo por conta própria, ainda que a Constituição não proíba.

Para os fins a que esta seção se dedica, mostra-se necessário destrinchar o significado de cada um desses termos do dispositivo constitucional em referência.

A fiscalização orçamentária diz respeito ao planejamento e à execução orçamentária, bem como seu monitoramento, de tal modo a verificar a observância ao que foi promulgado na Lei Orçamentária Anual (LOA) e na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), bem assim no que

¹²⁰ Ibid., p. 32-33.

¹²¹ ZYMLER, Benjamin, op. cit., p. 165.

¹²² Ibid., p. 169.

estabelece as Leis de Direito Financeiro, como a Lei 4.320¹²³, de 1964; Lei de Responsabilidade Fiscal etc.¹²⁴

A fiscalização financeira diz respeito aos atos relacionados à consecução da despesa e receita pública. Diz respeito à correta gestão dos recursos destinados ao pagamento de débitos e os provenientes de créditos da administração pública.¹²⁵

Na fiscalização patrimonial, empreende-se a avaliação da gestão do patrimônio público, envolvendo a aquisição, alienação e administração dos bens móveis e imóveis.¹²⁶

A fiscalização contábil diz respeito à correta escrituração dos saldos contábeis de modo a viabilizar balanços fidedignos com a real situação das finanças governamentais.¹²⁷

Por último, a fiscalização operacional diz respeito à averiguação do grau de desempenho da administração na consecução de suas atividades. Nesse sentido, deve-se pontuar que a avaliação pode ser integral como no caso de uma autarquia inteira, ou pode ser sobre parte como, por exemplo, um programa, um plano, um projeto, uma atividade, etc.

Nesse sentido, quanto aos objetos de fiscalização, estes podem ser de ordem orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional. Quanto aos critérios de aferição do controle, a ótica pode ser pela legalidade, pela legitimidade e pela economicidade.

Pelo critério de legalidade, entende-se a aferição do cumprimento das regras positivadas no ordenamento jurídico. Por legitimidade, entende-se o respeito aos princípios, explícitos e implícitos, do ordenamento jurídico, que configuram o arcabouço axiológico. Por economicidade, deve-se entender a busca de uma relação adequada entre custos e resultados da aplicação dos recursos públicos. Tais assuntos, serão mais bem desenvolvidos em seção mais à frente.

3.3. Deliberações e Fiscalizações: hipóteses distintas de incidência

Neste momento, para os propósitos do presente trabalho, mostra-se necessário tecer uma ressalva sobre a atuação do TCU que geralmente não parece ser bem diferenciada na doutrina.

Em muitos autores, percebe-se uma certa confusão conceitual a respeito das hipóteses e do alcance da fiscalização do TCU com as hipóteses e alcance das deliberações e caráter cogente a exemplo das ordens com assinatura de prazo e as determinações, talvez em vista do caráter acautelatório que, na maioria das vezes a iniciação de um processo judicial provoca em relação ao objeto da lide.

Cediço que, ao se formar uma lide judicial, em torno da sindicância do mérito de um objeto determinado, é de se esperar que tal objeto venha a sofrer suspensões em seu desenvolvimento, de modo a não prejudicar o resultado útil do processo ou mesmo continuar a causar danos a alguma parte litigante.

No entanto, o TCU possui características de funcionamento que o distanciam do desenvolvimento processual de uma lide judicial. Ver-se-á por quê.

¹²³ BRASIL. **Lei 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

¹²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. São Paulo: Almedina, 1ª ed., 2020, p. 25.

¹²⁵ Ibid., p. 24.

¹²⁶ Ibid., p. 25.

¹²⁷ Ibid., p. 25.

No desempenho de suas atividades, a Constituição providenciou competências para aplicar ordens em caso de ilegalidades detectadas em atos.¹²⁸ Assim, em específico, menciona-se que o Tribunal pode assinar prazo para que o jurisdicionado corrija atos em caso da constatação de ilegalidades (art. 71, inciso IX, da Constituição Federal) e pode também sustar a execução de atos, se não atendido no prazo assinado para correção (art. 71, inciso X).

Ademais, na Lei 8.443¹²⁹, de 1992, a Lei Orgânica do TCU, existe a possibilidade de exarar “determinações” em face de atos ilegítimos e antieconômicos (art. 43, II)

Assim, tais ordens têm, de fato, caráter cogente para os seus destinatários, sob pena de aplicação de sanções (art. 71, inciso VIII).

Por outro lado, como foi visto, o *caput* do art. 70, combinado com o art. 71, inciso IV, da Constituição, estabelece modalidades de fiscalização a serem adotadas pelo TCU no desempenho de suas competências de controle.

Entre elas, deve-se indicar, sobressaem dois tipos principais: as de conformidade e as operacionais. As auditorias de conformidade são aquelas que se traduzem na verificação do cumprimento das exigências legais e regulamentares.

Segundo as Normas da Intosai, a auditoria de conformidade é a avaliação independente para determinar se um dado objeto está em conformidade com normas aplicáveis identificadas como critérios. As auditorias de conformidade são realizadas para avaliar se atividades, transações financeiras e informações cumprem, em todos os aspectos relevantes, as normas que regem a entidade auditada.¹³⁰

As operacionais são aquelas que se realizam para verificar a eficiência, eficácia, efetividade e economicidade de objeto auditado. Segundo as normas da Intosai, a auditoria operacional é 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.¹³¹

Desta feita, deve-se registrar que a possibilidade de fiscalizar determinados atos ou procedimentos administrativos não implica necessariamente a culminação em deliberação de ordens pelo Tribunal para os jurisdicionados.

Em outras palavras, o exercício de qualquer tipo de fiscalização não se confunde com a possibilidade – ou não – de exarar, nas referidas fiscalizações, deliberações de caráter cogente aos fiscalizados. Pode ser que ocorra fiscalização, mas não se ordene qualquer medida, pois pode ocorrer de não ter sido identificado qualquer algo significativo para corrigir.

Por outro lado, é possível deliberar ordens aos jurisdicionados, mas sem ter procedido a qualquer fiscalização, como é o caso de denúncias, representações, processos de desestatização *latu sensu* (concessões, privatizações, permissões etc.), nos quais o ônus da prova recai sobre quem apresentou o caso ao TCU.

Assim, é possível que haja uma auditoria de conformidade em matéria financeira, orçamentária, patrimonial, contábil, o que pressupõe o embasamento em critérios normativos

¹²⁸ Desconsideremos, para fins de facilitação do entendimento, as possibilidades de ilegalidades em contratos, nas quais o TCU não tem competência para anulá-los.

¹²⁹ BRASIL. **Lei 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm#:~:text=Lei%20N%C2%BA%208.443%2C%20DE%2016%20DE%20JULHO%20DE%201992.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20Lei%20Org%C3%A2nica,Uni%C3%A3o%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.. Acesso em: 3 mar. 2023.

¹³⁰ INTOSAI. **International Standards of Supreme Audit Institutions 400**. *Compliance Audit Principles*, p. 8. Disponível em: <https://www.issai.org/wp-content/uploads/2019/08/ISSAI-400.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹³¹ INTOSAI. **International Standards of Supreme Audit Institutions 3000**. *Performance Audit Standards*, p. 8. Disponível em: <https://www.issai.org/wp-content/uploads/2019/08/ISSAI-3000-Performance-Audit-Standard.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

para a verificação da referida conformidade. Ou pode ser que haja auditoria operacional para avaliar o desempenho do objeto conforme *benchmark* internacional, por exemplo, mas que, no curso da auditoria, seja necessário a deliberação de determinações ou de assinar prazo em vista de atos ilegais, ilegítimos ou antieconômicos porventura detectados.

Deve-se atentar que o tipo de matéria tratada na auditoria e o modo de fiscalização, se de conformidade ou operacional, apenas tem pontos de contato – simplesmente há uma espécie de tangência contextual – com as hipóteses de deliberação de ordens aos jurisdicionados. Isso porque a regulamentação constitucional das fiscalizações é o *caput* do art. 70 e a as deliberações de caráter cogente estão no inciso IX e X do art. 71 da Constituição, no art. 43, da Lei Orgânica, no caso das determinações.

De toda a forma, para fins de análise percuciente do objeto da presente pesquisa, o problema jurídico a respeito do alcance do controle externo na atuação regulatória não se consubstancia nas hipóteses de fiscalização, mas sim nas hipóteses de deliberação de caráter cogente pelo Tribunal, ou seja, nas hipóteses para “assinar prazo para o exato cumprimento da lei” ou, mais específico, para “determinar”.

Isso porque a fiscalização em si não altera o mundo jurídico, mas apenas exerce competência, de cerne avaliativo, sobre determinado objeto. Por outro lado, é por meio das referidas ordens que o TCU provoca mudanças nos entes jurisdicionados, sob coação da possibilidade de aplicação de sanções, para que mude o panorama administrativo até então encontrado.

3.4. Hipóteses de deliberações de caráter cogente pelo TCU

A propósito, deve-se discutir se apenas em casos de legalidade seria possível aplicar deliberações de caráter cogente. Em outras palavras, indaga-se se seria possível prever-se outras hipóteses de deliberações para além da ocorrência de ilegalidade. Reformula-se: é de se perguntar se as competências estabelecidas no art. 71 são taxativas ou exemplificativas.

Em jurisprudência, não há respostas. De toda a forma, é possível angariar indícios. A Constituição prevê, no art. 71, inciso X, que compete ao Tribunal “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

No julgamento do Mandado de Segurança 24.510, de relatoria da Min. Ellen Gracie, decidiu-se que a Constituição, por meio do referido dispositivo, teria implicitamente conferido poder geral de cautela ao TCU.¹³²

Pois bem, se houve reconhecimento de pelo menos uma competência implícita, é de se aceitar que provavelmente o rol de competências do art. 71 não seja taxativo.

De fato, o rol não exaure o conjunto das atividades da Corte de Contas, pois se assim o fosse restringiria a significação que a Constituição almeja conceder ao controle legislativo. Explica-se.

Conforme já foi mencionado alhures, controle significa limitação do poder (*le pouvoir arrête le pouvoir*). Dessa forma, o controle, para a efetiva limitação do poder deve ser dotada dos meios necessários e suficientes para tal objetivo. Portanto, para limitar uma execução administrativa irregular quanto a qualquer parâmetro descrito na Constituição (legalidade, legitimidade e economicidade) em progresso, não basta apenas dotar a possibilidade de recomendar que, como foi explicado, é de cumprimento facultativo. Recomendações não

¹³² ROSILHO, André; CARVALHO, Juliane Erthal de. A visão do STF sobre a competência do TCU para praticar atos de comando. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 1ª ed., 2017, p. 192.

preenchem o objetivo do controle externo, na acepção jurídica, mas apenas cooperam com a administração no aperfeiçoamento da administração pública. Resume-se: não basta recomendar, mas dar ordens, como “assinar prazo” ou “determinar”.

Afirmar que o TCU só poderia dar ordens em casos de ilegalidade seria o mesmo que afirmar que o controle se resume à legalidade das atividades desempenhadas. Nada obstante, tal afirmação confrontaria o próprio *caput* do art. 70 que diz que as fiscalizações no âmbito do controle externo podem se basear em critérios de legitimidade e economicidade.

Assim, ainda que seja provável que se exare deliberações de caráter cogente, em vista de ilegalidades, em auditorias de conformidade, nada impede que atos de comando sejam aplicados em auditorias operacionais, ou mesmo em outros tipos de fiscalização não mencionados aqui, para fins de parcimônia textual, mas que são igualmente importantes para o desempenho das funções de controle externo pelo TCU, como, por exemplo, a inspeção e o levantamento.

A despeito disso, deve-se mencionar que o estabelecimento de competência para expedir ordens aos jurisdicionados não precisa ter sede constitucional, como, de fato, não o tem a espécie “determinação”, que extrai sua essência do ordenamento legal.

Conforme a Constituição impõe no inciso II do art. 5º, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em outras palavras, a Lei é a mínima referência necessária para estabelecer validade, não necessitando de disposição constitucional para impor imperatividade perante todos.

3.5. Os regramentos a respeito das deliberações no âmbito do TCU

Nesse ponto, deve-se expor como a Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443, de 16/7/1992) e o Regimento Interno do TCU¹³³ tratam das questões a respeito de tais deliberações de caráter cogente.

A Lei Orgânica trata das possíveis deliberações de caráter cogente em várias partes da norma. No entanto, as deliberações acerca do tratamento de ilegalidades e irregularidades que porventura sejam encontradas em atividades de controle externo estão dispostas no art. 43 e 45 e em seus incisos.

Nestes artigos, pode-se identificar três hipóteses mencionadas pela Lei. Estabelece que, no art. 45, que se verificada ilegalidade, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável tome as providências necessárias ao exato cumprimento da Lei. No art. 43, inciso II, determinará audiência dos responsáveis, caso constatado ocorrência de irregularidades quanto à legitimidade e à economicidade, para que apresentem razões de justificativa. E no art. 43, inciso I, direciona para que o Regimento Interno regulamente as providências em caso de meras faltas ou impropriedades de caráter formal ou em situações em que não tenha havido transgressão à norma legal ou regulamentar de caráter contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

Já o regimento interno estabelece que se determinará a audiência dos responsáveis quando verificada irregularidades decorrentes de ato ilegal, ilegítimo e antieconômico, bem como à infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária ou patrimonial. Ou seja, o regimento condensou todas as hipóteses de irregularidades como hipóteses de chamamento em audiência dos responsáveis.

¹³³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União**. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf. Acesso em: 3 mar. 2023.

E ainda assevera que, em caso de ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei.

Ademais, estabeleceu determinação para a adoção de providências corretivas por parte do responsável, ou de quem lhe haja sucedido, quando verificadas tão somente falhas de natureza formal ou outras impropriedades que (i) não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis ou (ii) que não configurem indícios de débito.

Assim, o regimento interno apenas estabelece que, se o processo não contiver indícios de débito – e que, por isso, não houver risco de ser convertido em Tomada de Contas Especial – ou não seja hipótese de aplicação de multa, serão determinadas providências corretivas.

As hipóteses de aplicação de multa são as seguintes: contas julgadas irregulares, grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário; não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal; obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias; sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal; e reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.

Desta forma, além da competência estabelecida no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, copiada nos arts. 45, da Lei Orgânica, e 251, do Regimento Interno, de assinar prazo em vista de ilegalidades expressas, a Lei Orgânica do TCU, pelo art. 43, inciso I, abre a possibilidade de determinações em caso de: (i) faltas ou impropriedades de caráter formal; ou (ii) faltas ou impropriedades de caráter material (mérito), desde que não tenha havido infração à norma legal ou regulamentar, nos termos regidos pelo Regimento Interno.

E assim o Regimento Interno (art. 250, II) estabelece a possibilidade de determinações tanto para falhas de caráter formal quanto outras impropriedades (leia-se, falhas ou impropriedades no mérito administrativo), desde que as falhas – ou impropriedades – identificadas não configurem indícios de débito - menos ainda nos casos que configure certeza da existência do débito (art. 267) –, grave infração a norma legal ou regulamentar (art. 268, II) – porquanto será, nesse caso, a competência de assinar prazo para o exato cumprimento da lei (art. 247) – e ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário (art. 268, III).

De outro modo, entende-se que o dispositivo permite determinações para casos em que se configure (i) falha e impropriedades de natureza formal; e (ii) falhas e impropriedades de natureza material, decorrente de gestão ilegítima ou antieconômica.

Assim, ainda que a competência de determinação de correções não esteja prevista na Constituição, possui respaldo legal e regimental para a sua adoção.

Sobre o assunto, deve-se ainda comentar que a Constituição assevera que o TCU pode assinar prazo para adoção de medidas para o exato cumprimento da lei, mas, caso não atendido, pode vir a sustar o ato impugnado.

Assim, entende-se que a competência estabelecida no art. 71, IX, não detém o atributo da autoexecutoriedade, porquanto a própria Constituição prevê a possibilidade de não ser cumprida a referida ordem com prazo assinado.

De fato, este deve ser o entendimento em relação às decisões do TCU, que, além de fazerem apenas coisa julgada, como será mais adiante explicado, o §3º é claro ao determinar que apenas as decisões de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo – extrajudicial, deve-se mencionar.

As demais decisões sequer têm eficácia de título executivo, o que, em vias práticas, significa que uma determinação exarada no bojo do julgamento de uma fiscalização pode vir a ser descumprida pelo jurisdicionado.

Agora, claro que o Tribunal, nesse caso, teria recursos contra a desobediência, pois poderia aplicar multa e declarar a inabilitação, entre cinco e oito anos, para exercer cargo em

comissão ou função de confiança na administração pública (sanções) contra os responsáveis. No entanto, de fato, o TCU não detém meios de autoexecutoriedade para forçar o cumprimento por via própria de suas decisões em geral.

Ao final, vislumbra-se ser possível também que o jurisdicionado poderia vir a querer a discutir o mérito da determinação no Poder Judiciário solicitando tutela acautelatória, por exemplo, com liminar suspensiva.

3.6. Natureza Jurídica do Tribunal de Contas da União

O tema ainda hoje provoca polêmicas. A parcimônia com que a Constituição o definiu provocou discussões entre os doutrinadores pátrios.

A Magna Carta assim inicia as disposições do controle externo asseverando que este está a cargo do Congresso Nacional e será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Daí, alguém poderia concluir que o TCU estaria ubicado no Poder Legislativo e seria mero órgão auxiliar do Congresso Nacional.

(...) no controle externo da administração financeira, orçamentária e agora da gestão fiscal, como vimos, é que se inserem as principais atribuições de nossos Tribunais de Contas, como órgãos independentes, mas auxiliares dos Legislativos e colaboradores do Executivo.¹³⁴

No entanto, o TCU não se vincula nem se subordina institucionalmente ao Congresso Nacional. Mais ainda, o Tribunal tem independência funcional e não se vincula a nenhum dos três poderes clássicos.

“Auxiliar alguém” significa algo diferente na língua portuguesa do que “ser órgão auxiliar”. Ser auxiliar possui conotação de assessoramento subordinado, enquanto o ato de auxiliar alguém não significa que aquele que desempenha o auxílio se torne subordinado, mas que coopere no desempenho de alguma atividade.

Até porque os incisos do art. 71 estabelecem as competências do TCU que deverão ser desempenhadas sem qualquer caráter de subordinação ou supervisão do Poder Legislativo.

Vê-se, por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 849-8/MT em que o Ministro Relator Sepúlveda Pertence havia decidido que a apreciação das contas do Chefe do Executivo, com o respectivo julgamento pelo Congresso Nacional, não libera os demais responsáveis da alçada executiva de julgamento pelos tribunais de contas, pois a Constituição determina que tal julgamento não seja revisado pelo Poder Legislativo.

TRIBUNAL DE CONTAS DOS ESTADOS: COMPETÊNCIA: OBSERVÂNCIA COMPULSÓRIA DO MODELO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DE SUBTRAÇÃO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA COMPETÊNCIA DO JULGAMENTO DAS CONTAS DA MESA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA – COMPREENDIDAS NA PREVISÃO DO ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PARA SUBMETÊ-LAS AO REGIME DO ART. 71, C/C ART. 49, IX, QUE É EXCLUSIVO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. I.O art. 75, da Constituição Federal, ao incluir as normas federais relativas à “fiscalização” nas que se aplicariam aos Tribunais de Contas dos Estados, entre essas compreendeu as atinentes às competências institucionais do TCU, nas quais é clara a distinção entre a do art. 71, I – de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo – e a do art. 71, II – de julgar as contas dos demais

¹³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 713.

administradores e responsáveis, entre ele, os dos órgãos do Poder Legislativo e do poder Judiciário.

II. A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento as contas gerais da responsabilidade do Chefe do poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão definitiva ao Tribunal de Contas.¹³⁵

De fato, não se mostra razoável que um órgão de fiscalização de todos os poderes constituídos esteja subordinado a algum deles.

(...) o controle externo da administração pública é função afeta ao poder legislativo, que a exerce com o auxílio do tribunal de contas. Auxilia, exercendo uma função, não assessorando, nem se submetendo a qualquer dos poderes.¹³⁶

Ademais, após breve leitura dos arts. 44, 76 e 92 da Constituição, pode-se detectar que o TCU não é mencionado em nenhum dos poderes. O Tribunal de Contas, na ordem constitucional inaugurada em 1988, assim como o Ministério Público, é instituição autônoma, com independência financeira e administrativa, pois assim necessita para o desempenho de suas funções fiscalizatórias sem sofrer interferências de quaisquer poderes.

Assim, a Corte de Contas exerce suas competências constitucionais com autonomia, cooperando com o Congresso Nacional para que este realize o controle externo que lhe compete. Assim, o TCU deve prestar informações sobre a realização de fiscalizações solicitadas pela Mesa da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de suas respectivas comissões técnicas ou de inquérito. Nada obstante, pode, por iniciativa própria, carrear fiscalizações na administração pública.

Por outro lado, apesar de ser chamado de “tribunal”; possuir competências de “julgar contas” e “aplicar sanções”; seus membros terem garantias equivalentes as dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça; e jurisdição em todo o território nacional, a corte de contas não exerce função judicial.

Assim, deve-se ressaltar que a jurisdição do TCU não tem mesma natureza da jurisdição do Poder Judiciário.

Não se empregue "controle jurisdicional" em lugar de "controle judicial". Jurisdição é atividade de dizer o direito, e tanto diz o direito o Poder Judiciário como o Executivo e até mesmo o Legislativo, quando interpretam e aplicam a lei. Portanto, todos os Poderes e órgãos exercem "jurisdição", mas somente o Poder judiciário tem o monopólio da jurisdição "judicial", isto é, de dizer o direito com força de coisa julgada. Não se confunde, pois, o controle judicial, privativo do Poder Judiciário, com o controle jurisdicional administrativo, exercido por qualquer outro órgão, inclusive do Poder judiciário em função administrativa.¹³⁷

Sobre a natureza dos julgamentos de contas no âmbito do TCU, Kildare Carvalho assim explica:

A Constituição, ao usar a expressão "julgar", não transforma o Tribunal de Contas em órgão jurisdicional. A função que exerce é materialmente administrativa: é o que pensam Seabra

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 849-8/MT**. Relator: Sepúlveda Pertence, 23 de abril de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266565>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹³⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 1ª ed., 2003, p. 133.

¹³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. A administração Pública e seus controles. Rio de Janeiro, **Revista de Direito Administrativo**, n. 114, out. / dez. 1973, p. 1.

Fagundes, Wilson Accioli e Michel Temer, dentre outros. José Afonso da Silva, a propósito do assunto, fala que não se trata de função jurisdicional: o Tribunal de Contas não julga pessoas nem dirime conflitos de interesse, mas apenas exerce um julgamento técnico de contas.¹³⁸

Em face do exposto, pode-se concluir que o TCU exerce suas competências estabelecidas diretamente pela Constituição com independência de todos os demais poderes, com jurisdição nacional e em toda a administração pública direta e indireta da administração pública federal.

Assim, conclui-se que a Corte de Contas possui em sua jurisdição as agências reguladoras federais, devendo julgar as contas dos gestores das agências e aplicar sanções, quando necessário, e ainda pode proceder a fiscalizações de ordem contábil, orçamentária, patrimonial, financeira e operacional quanto à legalidade, legitimidade e economicidade dos atos e procedimentos adotados.

3.7. Natureza jurídica das decisões do TCU

Da discussão a respeito da natureza jurídica do TCU, emerge incertezas relacionadas à natureza jurídica das decisões exaradas em sede dos julgados do TCU.

De início, explica-se que as decisões do TCU não podem ser reformadas, mas apenas anuladas. Sobre o assunto, o STJ já emitiu posicionamento:

É logicamente impossível desconstituir ato administrativo aprovado pelo Tribunal de Contas, sem rescindir a decisão do colegiado que o aprovou; e para rescindi-la é necessário que nela se constatem irregularidades formais ou ilegalidades manifestas.¹³⁹

Assim, conclui-se que as decisões no âmbito da corte de contas constituem coisa julgada; mas apenas na seara administrativa, porquanto o TCU, como foi visto, não faz parte do Poder Judiciário.

Dessa forma, não se obstaculiza para que a decisão seja revista pelo Judiciário tendo em vista que as decisões apenas são definitivas e imutáveis na seara administrativa. Qualquer ameaça ou lesão a direito poderá ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário para apreciação, pois o Poder Judiciário detém a última palavra sobre o dizer o direito.

(...) qualquer decisão do Tribunal de Contas, mesmo no tocante à apreciação de contas de administradores, pode ser submetida ao reexame do Poder Judiciário se o interessado considerar que seu direito sofreu lesão; ausente se encontra nas decisões do Tribunal de Contas, o caráter de definitividade ou imutabilidade dos efeitos, inerente aos atos jurisdicionais.¹⁴⁰

Neste sentido, apresenta-se o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho, para quem a definitividade das decisões judiciais é absolutamente incontestável, porque não existe recurso para desfazê-la; a definitividade da decisão administrativa, quando ocorre, é relativa, porque pode muito bem ser desfeita e reformada por decisão judicial.

¹³⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 16. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 1281.

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Recurso Especial 8970 SP**. Ação Popular – Litisconsortes Passivos Necessários – Donatários. Integrantes de Tribunal de Contas. Ato aprovado pelo Tribunal de contas. Possibilidade de desconstituição. Desvio de Finalidade. Restrição contida em norma posterior ao ato impugnado. Indenização feita sem o devido procedimento. Nulidade Processual. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, 18 de dezembro de 1991. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100043605&dt_publicacao=09-03-1992&cod_tipo_documento=1&formato=PDF. Acesso em: 23 jan.2023

¹⁴⁰ COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 126.

No sistema da unidade de jurisdição – una lex una jurisdictio –, apenas os órgãos do Judiciário exercem a função jurisdicional e proferem decisões com o caráter da definitividade.

(...)

O preceito é claro: nenhuma decisão de qualquer outro Poder que ofenda direito, ou ameace ofendê-lo, pode ser excluída do reexame, com foros de definitividade, por órgãos jurisdicionais. A Administração Pública em nenhum momento exerce função jurisdicional, de forma que seus atos sempre poderão ser reapreciados no Judiciário.¹⁴¹

3.8. Controle externo do TCU a respeito das agências reguladoras: o controle de segunda ordem

A expressão “controle de segunda ordem” foi construída pelo Ministro Benjamin Zymler, sendo que a primeira vez que aparece em julgado foi em 2004, por meio do Acórdão 1.703/2004 – TCU – Plenário¹⁴², de relatoria do referido Ministro.

O controle de segunda ordem consiste em um conjunto de propostas de diretrizes de autocontenção no intuito de sedimentar para o futuro alguma limitação do comportamento do controle do TCU sobre o mérito regulatório, que nos anos anteriores ao referido Acórdão já vinha denotando uma tendência expansionista no âmbito das incursões fiscalizatórias sobre as agências. Tal expansão de atuação será demonstrada na próxima seção.

Nada obstante, a primeira vez que se pode notar um embrião das diretrizes de controle de segunda ordem foi durante um Seminário realizado pela extinta Secretaria de Fiscalização em Desestatização do TCU (Sefid) em outubro de 2001¹⁴³. Na palestra realizada pelo Ministro Benjamin Zymler, assim expõe:

Fácil é perceber, portanto, que o Tribunal somente pode aferir a obediência ao referido princípio por parte das agências reguladoras, caso possa examinar os resultados por ela apresentados. Portanto, não pode prescindir a Corte de Contas de fiscalizar, também, a ponta final da atuação das agências: os contratos de concessão e permissão e os atos de autorização de serviços públicos.

Aliás, não se está a tratar de poder do Tribunal, mas de verdadeiro dever constitucional que consiste na fiscalização da execução dos contratos de concessão. Evidente que tal controle não deve importar sobreposição de atribuições. Nesse sentido, uma análise superficial identificaria redundância das esferas de controle, uma vez uma das atribuições

¹⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 34ª ed., 2020, *E-Book*, item 2.2.

¹⁴² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.703/2004 – TCU – Plenário**. Auditoria com o objetivo de verificar a adequação dos valores das tarifas do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis, bem como acompanhar a execução do contrato de concessão e avaliar a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro. Falhas verificadas nas revisões, alterações e adequações tarifárias já ocorridas. Remessa de cópia do relatório à ANTT e à CRT, para manifestação prévia ao julgamento dessa auditoria. Audiência de um responsável. Determinação para reversão ao fluxo de caixa da CRT, para fins de redução da tarifa de pedágio, da receita recebida indevidamente, a qual deverá ser calculada com base no tráfego real. Outras determinações. Multa. Ciência ao Ministério dos Transportes, à ANTT e à CRT. Pedido de Reexame. Conhecimento. Provimento Parcial. Considerações sobre a competência do TCU para fiscalizar a atuação finalística das agências reguladoras. Substituição de algumas das determinações exaradas no Acórdão ora recorrido por recomendações de igual teor. Comunicação aos interessados. Arquivamento dos presentes autos. Relator: Min. Benjamin Zymler, 3 de novembro de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1703%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 5 out. 2022.

¹⁴³ Seminário intitulado “O Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos”, realizado em outubro de 2001.

das agências é exatamente fiscalizar os contratos de concessão e de permissão e os atos de autorização de serviços públicos.

Entretanto, fica claro que o TCU exerce uma atividade fiscalizatória de segundo grau, que busca identificar se as agências estão bem e fielmente cumprindo seus objetivos institucionais, dentre os quais o de fiscalizar a prestação de serviços públicos. Deve a Corte de Contas, no desempenho de sua competência constitucional, atestar a correção da execução destes contratos. Ressalte-se, todavia, que esta ação não visa a controlar a empresa concessionária em si, mas apenas examinar se as agências estão fiscalizando de forma adequada os contratos por elas firmados.¹⁴⁴

O Acórdão 1.703/2004 – TCU – Plenário versava sobre a possibilidade de determinações dirigidas para ajustes em decisões tomadas pela ANTT. As determinações atacadas se referiam a necessidade de a ANTT tomar providências visando estabelecer taxa interna de retorno (TIR) a partir de fluxo de caixa desalavancado como indicador para a consecução do equilíbrio econômico-financeiro do contrato da concessão.

Sobre o assunto, o Ministro Relator, em seu Voto, ao defender primeiro a possibilidade de atuação do órgão em atividades finalísticas das agências reguladoras, mencionou que o advento das agências reguladoras estruturou novo modelo político-institucional para o Estado Brasileiro.

13. Superada a discussão sobre o mérito das determinações dirigidas à ANTT, **cumpra analisar a competência do TCU para expedir determinações relativas às atividades finalísticas das agências reguladoras.** Ressalto não haver dúvida quanto à competência desta Corte no que concerne à atuação da área-meio dessas entidades. Assim, não está em questão, por exemplo, a possibilidade de este Tribunal determinar a adoção de um procedimento referente a uma licitação para a aquisição de bens de consumo ou à concessão de uma determinada vantagem salarial aos servidores desses entes reguladores.

14. Essa análise deve considerar que o advento dos entes reguladores integrou um novo arranjo político-institucional, decorrente de uma reforma do Aparelho do Estado Brasileiro que buscou redimensionar o papel da Administração Pública na prestação de serviços públicos. Naquela época, o Estado diminuiu sua função de prestador direto desses serviços na mesma proporção em que incrementou sua função regulatória. Por via de consequência, as agências reguladoras foram dotadas de maior autonomia financeira, administrativa e patrimonial em relação aos demais órgãos e entidades públicas.¹⁴⁵ (grifou-se)

Assim, explicou o Relator que, a partir da reforma administrativa pela qual o Estado Brasileiro foi submetido em meados da década de 90, as novas concepções estatais tenderam a privilegiar o controle externo, principalmente em vista de suas competências estabelecidas na Carta Magna desde a sua promulgação em 1988.

20. Em conformidade com essa nova concepção de Estado, o controle externo ganha preeminência. Em primeiro lugar, porque, além do exame da legalidade, os órgãos controladores devem verificar a eficiência e a economicidade da atuação das agências reguladoras. Esse poder-dever deflui das competências constitucionais da Corte de Contas Federal, especialmente daquela que autoriza a realização de auditorias operacionais (art. 71, IV, da Carta Magna).

(...)

23. Em quarto lugar, porque o TCU deve exercer o controle das agências reguladoras tanto sob o enfoque liberal (concernente à fiscalização da legalidade) quanto sob o enfoque gerencial (concernente ao incremento da eficiência da Administração

¹⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **O controle externo da regulação de serviço públicos**. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 65 p., 2002.

¹⁴⁵ Ibid.

Pública). Consequentemente, o Tribunal não só pode como deve atuar visando dotar as ações das agências da maior eficiência possível.¹⁴⁶

Assim, o Relator conclui que o TCU tem competência para fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras.

Nada obstante, o Relator ressalva que, ainda que o TCU possa fiscalizar as atividades-fim das agências reguladoras, este não pode se intrometer na fiscalização da atuação das concessionárias pelo Poder Concedente, consubstanciado nas próprias agências reguladoras. O TCU não pode fiscalizar diretamente as concessionárias, mas sim fiscalizar a fiscalizadora das concessionárias, para verificar se esta desempenha suas competências de forma adequada.

26. O TCU deve atuar de forma complementar à ação das entidades reguladoras no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos. Afinal, o fato de o Poder Concedente deter competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias não impede a atuação cooperativa e suplementar do TCU, que pode, assim, fiscalizar a prestação dos serviços públicos delegados. Por outro lado, a Corte de Contas não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição Federal. Nesse sentido, cumpre reiterar que a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda ordem, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório. Logo, essa fiscalização não deve versar sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado.

(...)

28. Ademais, a atuação da Corte de Contas na área sob comento deve ser sempre pautada pela busca da excelência técnica, a qual conferirá ao Tribunal legitimidade junto às agências, aos concessionários e à sociedade civil em geral. Note-se que, sendo o TCU o órgão que examina, sob diferentes aspectos, a atuação de agentes reguladores em praticamente todos os setores da economia, ele detém as melhores condições potenciais para desenvolver uma visão sistêmica do modelo regulatório brasileiro. Em consequência, esta Corte pode contribuir significativamente para a disseminação de boas práticas de regulação, independentemente do segmento em que atuam as agências.¹⁴⁷

Nesse sentido, o Relator diferencia a atuação do TCU a depender do tipo ato praticado pela agência reguladora: ato vinculado e discricionário. Estabelece que ao TCU competiria determinar em casos de irregularidades em atos vinculados, enquanto em atos discricionários, se praticados de forma motivada e em atendimento ao interesse público, restaria ao Tribunal recomendar o que considerar.

31. Finalmente, resalto que, no exercício do controle externo das concessões de serviços públicos, o TCU se defronta com dois tipos de atos praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários. Quando os atos supostamente irregulares forem do primeiro tipo, ou seja, quando as entidades reguladoras tiverem violado expressa disposição legal, o Tribunal pode determinar a esses entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas. Por outro lado, quando se tratar de atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, esta Corte de Contas pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas por ela mais adequadas. Afinal, nessa última hipótese, a lei conferiu ao administrador uma margem de liberdade, a qual não pode ser eliminada pelo Tribunal de Contas da União.

32. Contudo, caso o ato discricionário sob enfoque contenha vício de ilegalidade, esta Corte de Contas será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão.

Em conclusão, o Relator proferiu entendimento de que as referidas determinações propostas pela unidade técnica e incidentes sobre a necessidade de consideração de alavancagem financeira no levantamento de fluxo de caixa e no cálculo da taxa de retorno da

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid.

concessão da rodovia Rio-Teresópolis desde o início da concessão deveriam ser transformadas em recomendações, pois as questões tratadas não teriam sido disciplinadas em lei e nem haviam sido tratadas de forma clara no edital.

Ante o exposto, pode-se resumir a doutrina do “controle de segunda ordem”, se assim pudermos nomeá-la, nas seguintes características:

- a) o TCU pode fiscalizar as atividades-fim das agências reguladoras;
- b) o TCU deve não só aferir a legalidade, mas também a eficiência dos atos regulatórios;
- c) o TCU deve agir em complementariedade às agências reguladoras no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos;
- d) o TCU não deve fiscalizar diretamente os serviços públicos concedidos atuando de forma imediata sobre as concessionárias em substituição às agências reguladoras, mas em caráter cooperativo e suplementar, exercendo a fiscalização sobre as agências reguladoras;
- e) o objeto da atuação do TCU sempre deve ser a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório, mas nunca sobre o jogo regulatório em si;
- f) a atuação do TCU se circunscreve a dois tipos de atos administrativos: vinculados e discricionários. Se o ato foi vinculado, e a agência tiver violado expressa disposição legal, cabe ao TCU determinar a correção. Se o ato foi discricionário, e tiver sido praticado, com a devida motivação em atendimento do interesse público, cabe ao TCU apenas recomendar.

Por trás da concepção da referida doutrina de controle de segunda ordem, fundava-se a ideia de que ao TCU caberia apenas duas ações a depender do objeto sob análise. Se o objeto era regrado em lei, então o ato era vinculado e, portanto, passível de determinação. Por outro lado, se não previsto em lei, o ato era discricionário e, portanto, passível apenas de receber recomendações.

Em que pesem as disposições do controle de segunda ordem, será visto na próxima seção que algumas das diretrizes foram sendo relaxadas nos julgados posteriores, tendo em vista dificuldades práticas encontradas pelo Ministros no julgamento de casos difíceis.

De toda a forma, é de se apontar que possivelmente o relaxamento das diretrizes tenha acontecido devido à incompletude de previsão no modelo de atuação “de segunda ordem” dos modos de proceder nos casos em que não se encaixem as hipóteses extremas: ilegalidade em ato vinculado e possível discrepância em atos discricionários devidamente motivados e direcionados ao atendimento do interesse público.

Em outras palavras, como proceder-se-ia se o ato discricionário não tivesse demonstrado compatibilidade principiológica com o ordenamento? E se o ato não tivesse acompanhada da devida motivação? Tais indagações ilustram uma variedade de hipóteses que a referida doutrina, da forma vislumbrada, não dava respostas no modo de agir.

Ademais, a própria desconsideração das possibilidades de atuação do TCU em face da legitimidade e da economicidade, acabava por fazer “letra morta” na Lei Orgânica do TCU, pois o próprio documento abria possibilidade de determinação em casos de atos ilegítimos e antieconômicos, como foi demonstrado alhures, e por diminuir, em consequência da interpretação restritiva do modelo, o alcance interpretativo das competências constitucionais do TCU.

Desta forma, o modelo de controle de segunda ordem foi evoluindo para abarcar novas hipóteses em cada *hard case* que o Plenário se deparava.

Nesse sentido, o objeto do presente trabalho compreende averiguar tal evolução e o presente alcance do controle exercido pelo TCU sobre as agências reguladoras. Tais atividades serão desenvolvidas na próxima seção.

4. Evolução dos julgados do TCU sobre as agências reguladoras

Nesta seção, com o objetivo de verificar a evolução do controle do TCU sobre as agências reguladoras – e o presente alcance de suas competências sobre as estruturas regulatórias – apresentar-se-á, por meio de uma amostra de julgados do Tribunal, a evolução da interpretação do Plenário sobre qual deve ser o alcance das decisões do Tribunal no que tange ao mérito regulatório das decisões das Agências Reguladoras.

Para os fins delineados, foram analisados 26 Acórdãos e Decisões que, como se propõe, representariam uma certa linha evolutiva de posicionamento do TCU a respeito do controle externo das agências reguladoras. Tais julgados estão dispostos na tabela abaixo:

Quadro 1 – Acórdãos considerados para fins de análise da evolução do entendimento do TCU a respeito da sindicância da discricionariedade regulatória

Ano	Número do Acórdão	Jurisdicionado	Mérito	Falha regulatória	Importância do julgado
2000	Decisão 402/2000 – TCU – Plenário (Relator: Valmir Campelo)	Anatel	Primeira fiscalização, na modalidade levantamento, realizada na Anatel	Não foi detectada falha regulatória	Apresenta sinais de consolidação de postura proativa do TCU em face das atividades desempenhadas pelas agências reguladoras, em que o TCU passa a demandar (seja por determinações, seja por recomendações) as agências por tomada de decisões a respeito de assuntos que se inserem na discricionariedade administrativa
2000	Decisão 833/2000 – TCU – Plenário (Relator: Adhemar Paladini Ghisi)	Aneel	Primeira Auditoria Operacional realizada na Aneel e no Setor Elétrico	Não foi detectada falha regulatória	Outros sinais da postura proativa que passam a demandar ações das agências com fins de estruturação de atividades, área técnicas, processos de trabalho etc., os quais se inserem, a princípio, na discricionariedade administrativa

2000	Decisão 319/2000 – TCU – Plenário (Relator: Bento José Bugarin)	Anatel	Licitação para concessão de direito de exploração de satélites em posições orbitais notificadas ao Brasil pela União Internacional de Telecomunicações (UIT)	Não adoção das melhores práticas do mercado sobre o assunto	Incurções do TCU acerca das escolhas metodológicas da Agência a respeito da precificação de negócios concessórios
2001	Decisão 230/2001 – TCU – Plenário (Relator: Valmir Campelo)	Anatel	Licitação para outorga de direito de concessão para exploração de serviços de TV a cabo	Não adoção das melhores práticas do mercado sobre o assunto	Idem ao anterior
2001	Decisão 1.066/2001 – TCU – Plenário (Relator: Ubiratan Aguiar)	Aneel	Representação da Secretaria de Fiscalização de Desestatização acerca da segunda revisão tarifária da Espírito Santo Centrais Elétricas S.A.	Falhas metodológicas no cômputo do percentual do reajuste	Determinações de cunho metodológico foram exaradas à Aneel em vista da aparente falta de transparência sobre os procedimentos adotados pela agência sobre os cálculos adotados para o cômputo do reajuste da concessionária
2002	Decisão 215/2002 – TCU – Plenário (Relator: Iram Saraiva)	Anatel	Auditoria operacional realizada na Anatel em 2001 com o propósito de avaliar a sua atuação na fiscalização das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos no setor de telecomunicações	Omissão no cumprimento de suas competências e de seus standards	Exarou-se determinação para a definição de metodologia que permitisse a mensuração dos ganhos de produtividade auferidos pelas empresas de telecomunicações com fins de compartilhamento futuro com os usuários

2002	Decisão 456/2002 – TCU – Plenário (Relator: Ubiratan Aguiar)	Aneel	Auditoria operacional realizada com o objetivo de identificar as causas da crise de abastecimento no setor elétrico	-	Na verdade, o processo já se refere a um conjunto de falhas que resultaram na crise elétrica. O TCU determina a adoção de providências para que pudesse vir acompanhar por meio das prestações de contas da agência e do Ministério as obras planejadas no programa de geração e transmissão de energia elétrica
2002	Decisão 567/2002 – TCU – Plenário (Relator: Walton Alencar Rodrigues)	ANTT	Inspeção nas obras realizadas com os recursos provenientes da cobrança indevida do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, incidente sobre o pedágio, pelas empresas concessionárias da Primeira Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias	Falhas nas decisões do Dner a respeito da destinação dos recursos arrecadados a título de ISSQN sobre os pedágios	Exemplo de atuação concomitante do TCU em que se impediu que valores de pedágio arrecadados sob fundamento até então inexistente fossem utilizados para obras que apenas ainda não estivessem previstas nos contratos de concessão, sob pena de desequilíbrio econômico-financeiro a favor da concessionária.
2003	Decisão 1.757/2003 – TCU – Plenário (Relator: Walton Alencar Rodrigues)	Aneel	Representação a respeito da metodologia de revisão tarifária das concessionárias em 2003	Falhas metodológicas no cômputo do reajuste e não adoção das melhores práticas do mercado sobre o assunto	Incurções do TCU acerca das escolhas metodológicas da Agência a respeito do cômputo dos reajustes tarifários
2004	Acórdão 168/2004 – TCU – Plenário (Relator: Walton Alencar Rodrigues)	ANTT	Monitoramento do cumprimento à Decisão 567/2002	Falhas metodológicas no cômputo do reequilíbrio e não adoção das melhores práticas do mercado sobre o assunto	Determinações para ajustes metodológicos nos fluxos de caixa considerados para fins de reequilíbrio

2004	Acórdão 555/2004 – TCU – Plenário (relator: Walton Alencar Rodrigues)	Aneel	Acompanhamento de Revisão Tarifária de concessões do setor elétrico	Falhas metodológicas no cômputo do percentual do reajuste	O TCU determinou a revisão da metodologia de tal forma a passar a considerar o benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio no cômputo da taxa der desconto. Tal determinação será modificada em vista do que pressupõe a doutrina do controle de segunda ordem inicialmente estabelecida sob as diretrizes do Acórdão 1.703/2004 - TCU - Plenário, à frente mencionados.
2004	Acórdão 556/2004 – TCU – Plenário (relator: Walton Alencar Rodrigues)	Aneel	Acompanhamento de Revisão Tarifária de concessões do setor elétrico	Falhas metodológicas no cômputo do percentual do reajuste	O TCU determinou a revisão da metodologia de tal forma a passar a considerar o benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio no cômputo da taxa der desconto. Tal determinação será modificada em vista do que pressupõe a doutrina do controle de segunda ordem inicialmente estabelecida sob as diretrizes do Acórdão 1.703/2004 - TCU - Plenário, à frente mencionados.
2004	Acórdão 825/2004 – TCU – Plenário (Relator: Adylson Motta)	ANTT	Acompanhamento de procedimentos adotados para concessão do Polo Rodoviário de Pelotas/RS	Omissão no cumprimento de suas competências e de seus standards	Determinação para que a ANTT proceda, em suma, à identificação e apreciação do negócio concessório envolvido para fins de precificação e contratação com a concessionária.

2004	Acórdão 1.703/2004 – TCU – Plenário (Relator: Benjamim Zymler)	ANTT	Auditoria com o objetivo de verificar a adequação dos valores das tarifas do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis, bem como acompanhar a execução do contrato de concessão e avaliar a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro	Falhas metodológicas no cômputo dos valores tarifários	CASO PARADIGMA: Introdução de doutrina do controle de segunda ordem. Entende-se que a consideração a respeito da utilização de fluxo alavancado, ou não, se insere na discricionariedade regulatória, porquanto não definido el lei ou em contrato de concessão.
2004	Acórdão 1.756/2004 – TCU – Plenário (Relator: Walton Alencar Rodrigues; Revisor: Benjamim Zymler)	Aneel	Acompanhamento de processo de Revisão Tarifária da Eletropaulo - Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. (Exercício de 2003)	Falhas metodológicas no cômputo do percentual do reajuste	A deliberação do Acórdão 555/2004 - TCU - Plenário a respeito de benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio no cômputo da taxa der desconto foi reformada. O TCU resolveu apenas recomendar, ao invés de “determinar”, como outrora deliberado no Acórdão 555/2004 - TCU - Plenário.
2004	Acórdão 1.757/2004 – TCU – Plenário (Relator: Walton Alencar Rodrigues; Revisor: Benjamim Zymler)	Aneel	Acompanhamento de processo de Revisão Tarifária da Light Serviços de Eletricidade S.A (Exercício de 2003)	Falhas metodológicas no cômputo do percentual do reajuste	A deliberação do Acórdão 556/2004 - TCU - Plenário a respeito de benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio no cômputo da taxa der desconto foi reformada. O TCU resolveu apenas recomendar, ao invés de “determinar”, como outrora deliberado no Acórdão 556/2004 - TCU - Plenário.

2004	Acórdão 1.926/2004 – TCU – Plenário (Relator: Adylson Mota)	ANTT	Auditoria operacional levada a efeito com vistas a avaliar a regulação pela ANTT dos serviços públicos relativos ao transporte rodoviário internacional e interestadual de passageiros	Falhas metodológicas no cômputo do reequilíbrio, Não adoção das melhores práticas do mercado sobre o assunto e Omissão no cumprimento de suas competências e de seus standards	Determinações do TCU para tratamento de falhas metodológicas e a respeito da necessidade de utilização das melhores práticas do mercado ou do setor técnico. Considerações a respeito de omissões da agência reguladora no exercício de competências.
2004	Acórdão 2.023/2004 – TCU – Plenário (Relator: Adylson Mota)	Antaq	Representação do Procurador Geral do MP/TCU, Dr. Lucas Rocha Furtado, com vistas a corrigir irregularidades praticadas pela arrendatária Tecon Salvador S.A., arrendatária do terminal de contêineres do Porto de Salvador, em vista da cobrança indevida de THC2 (<i>Terminal Handling Charge 2</i>)	Omissão no cumprimento de suas competências e de seus standards	Determinação para que a Antaq delibere em definitivo sobre a legalidade da cobrança da taxa de serviço de entrega e movimentação de contêineres a outros recintos alfandegados - denominada “ <i>Terminal Handling Charge</i> ” - THC (THC-2)
2005	Acórdão 556/2005 – TCU – Plenário (Relator: Walton Alencar Rodrigues)	Aneel	Auditoria operacional realizada no Ministério de Minas e Energia - MME, na Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, e nas Centrais Elétricas Brasileiras S.A - Eletrobrás	Omissão no cumprimento de suas competências e de seus standards	Considerações a respeito da omissão no cumprimento de competências e de standards. Entretanto, não houve determinações nesse sentido.

2006	Acórdão 1.369/2006 – TCU – Plenário (Relator: Valmir Campelo)	ANTT	Pedido de reexame a respeito do Acórdão 1.926/2004 – TCU – Plenário, de relatoria do Ministro Adylson Motta, retromencionado	Omissão no cumprimento de suas competências e de seus standards	Em linha com os julgados mais recentes à época também proferiu voto no sentido de que caberia determinações quando for detectada omissão da agência reguladora no cumprimento de disposições legais expressas.
2007	Acórdão 2.138/2007 – TCU – Plenário (Relator: Benjamim Zymler)	Aneel	Leilão para contratação de energia nova, UHE de Santo Antônio (complexo do rio madeira)	Falhas metodológicas no cômputo do preço de referência	Mudanças à doutrina do "controle de segunda ordem". Reconhecimento da possibilidade de determinações em face de ofensas a princípios.
2013	Acórdão 402/2013 – TCU – Plenário (Relator: Raimundo Carreiro)	Antaq	Representação da Federação Nacional dos Portuários acerca de irregularidades nas outorgas de autorizações de Terminal de Uso Privativo Misto concedidas pelo antigo Ministério dos Transportes	Não foi detectada falha	Considerações a respeito da possibilidade de se sindicarem o mérito administrativo. Fundamentações com base na Teoria da tripartição dos vícios da discricionariedade
2016	Acórdão 644/2016 – TCU – Plenário (Relator: Walton Alencar Rodrigues)	Aneel	Pedido de reexame interposto pela Agência a respeito do acompanhamento de primeiro estágio dos estudos para o Leilão Aneel 7/2015, referente a construção, operação e manutenção da linha de transmissão, subestações e demais instalações associadas ao Bipolo-2 do Sistema de Transmissão da Usina Hidrelétrica (UHE) Belo Monte/PA	Falhas nas decisões referentes à metodologia de precificação de investimentos	Consolida-se entendimento de que o TCU pode adentrar na discricionariedade administrativa em caso de violação ao ordenamento jurídico, do qual fazem parte a economicidade e a modicidade. Determinações para alteração da metodologia de avaliação dos investimentos previstos.

2018	1.704/2018 – TCU – Plenário (Relator: Ana Arraes)	Antaq	Auditoria operacional sobre principais gargalos para liberação de carga containerizada	Omissão no cumprimento de suas competências e de seus standards	O Tribunal conclui que a decisão da Antaq de não regular a cobrança de THC2 se mostrou ineficaz.
------	---	-------	--	---	--

Fonte: Elaboração própria.

Os julgados do TCU a respeito da atuação das agências reguladoras se iniciam efetivamente a partir do ano 2000, por meio da Decisão 402/2000 – TCU – Plenário¹⁴⁸, a partir da primeira fiscalização, na modalidade Levantamento, realizada na Aneel, em que foram avaliados o setor elétrico, o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) e o extinto Mercado Atacadista de Energia (MAE), bem assim a estrutura tarifária dos serviços, os instrumentos de equilíbrio econômico-financeiro das concessões, e, quanto à agência, sua estrutura e suas atribuições da Aneel, em escopo determinadamente amplo, para que as informações viessem a auxiliar o TCU a elaborar novos procedimentos a serem executados nas atividades de fiscalização futuras.

Em outro julgado do mesmo processo – Decisão 833/2000 – TCU – Plenário¹⁴⁹, o TCU decidiu determinar ao Ministro de Estado de Minas e Energia que, na condição de Presidente do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), adotasse as medidas necessárias à sua imediata entrada em operação e ao Secretário de Energia do Ministério de Minas e Energia, em vista de suas competências, que viesse a participar da definição das metas e dos indicadores aplicáveis ao Contrato de Gestão da ANEEL, bem como da sistemática de acompanhamento de execução das metas definidas e da avaliação anual de desempenho.

Ainda, determinou que a agência mantivesse nas equipes de fiscalização das unidades de geração, de interesse do sistema interligado e de transmissão integrantes da rede básica, pelo menos um servidor da Agência, na função de coordenador dos trabalhos, em conformidade com o §1º do art. 20 da Lei nº 9.427, de 1996.

¹⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 402/2000 – TCU – Plenário**. Auditoria realizada na Agência Nacional de Telecomunicações, visando conhecer a organização, os sistemas, as operações, as atividades e as peculiaridades daquela entidade a fim de subsidiar a elaboração e implementação de novas técnicas, procedimentos e papéis de trabalho para realização de atividades de fiscalização das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos referentes ao setor de telecomunicações, abrangendo a outorga e a execução contratual, nos termos da Portaria-TCU n.º 510, de 12/11/98; e avaliar os contratos de Consultoria mais vultosos celebrados pela Agência, conforme determinação da Presidência deste Tribunal. Determinações à ANATEL. Autorizada a SEGECEX a adotar providências com vistas à implementação do manual, e respectivos papéis de trabalho, cujo texto foi sugerido pela Equipe de Auditoria para serem observados nos casos de Instrução de processo de licitação para outorga de serviços de telecomunicações e de direito de exploração de satélite brasileiro. Arquivamento dos autos do processo. Publicação na revista Auditorias do TCU. Relator: Valmir Campelo, 17 de maio de 2000. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A402%2520ANOACORDAO%253A2000/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 833/2000 – TCU – Plenário**. Auditoria Operacional realizada em agência reguladora. Levantamento da organização; dos sistemas; das operações; das atividades e das peculiaridades da agência para subsidiar a elaboração e implementação de novas técnicas, procedimentos e papéis de trabalho para a atividade de fiscalização deste Tribunal. Determinações. Encaminhamento dos manuais de instrução de processos de outorga de concessões de aproveitamento hidrelétrico e de linhas de transmissão propostos pela equipe, com os respectivos formulários, à subcomissão instituída pela Portaria/TCU nº 510/98. Arquivamento do processo. Relator: Adhemar Paladini Ghisi, 4 de outubro de 2000. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A833%2520ANOACORDAO%253A2000/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 7 jan. 2023.

Em seguida, por meio da Decisão 230/2001 – TCU – Plenário¹⁵⁰, de relatoria do Ministro Valmir Campelo, sobre licitação para outorga de direito de concessão para exploração de serviços de TV a cabo, o TCU determinou à Anatel, entre outros pontos, que esta passasse a adotar critério metodológico compatível com a avaliação dos negócios empresariais, promovendo estudos fundamentados de viabilidade econômica do empreendimento, considerando inclusive a projeção de lucros e as taxas de risco, de atratividade e de retorno do negócio, a fim de estabelecer o preço mínimo de venda.

Deve-se esclarecer que não era a primeira vez que o TCU decidia a necessidade de adoção de metodologia consistente de viabilidade financeira dos projetos de outorga. Isto porque na Decisão 319/2000 – TCU – Plenário¹⁵¹, de relatoria do Ministro Bento José Bugarin, em processo sobre a concessão de direito de exploração de satélites em posições orbitais notificadas ao Brasil pela União Internacional de Telecomunicações (UIT), determinação idêntica já havia sido expedida.

Por meio do Decisão 1.066/2001 – TCU – Plenário¹⁵², em que se avaliou o primeiro processo de revisão tarifária do setor elétrico, determinações de cunho metodológico foram exaradas à Aneel. No mérito, o processo versava sobre a revisão das tarifas cobradas pela Excelsa, com uma proposta, àquela altura, de uma majoração média de 13,18 % nas tarifas praticadas. Sem dar publicidade a tal empreitada, após a audiência pública sobre o assunto, a Aneel resolveu majorar a 19,89%. Nessa ocasião, a ANEEL não deu publicidade a nenhuma outra nota técnica que justificasse as diversas modificações no cálculo das novas tarifas ocorridas após a audiência pública e que resultaram num acréscimo de 6,71 pontos percentuais em relação ao reposicionamento tarifário originalmente apresentado à sociedade.

Em auditoria operacional realizada na Anatel em 2001, com o propósito de avaliar a sua atuação na fiscalização das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos no setor de telecomunicações, o TCU emitiu a Decisão 215/2002 – TCU – Plenário¹⁵³, de relatoria do

¹⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 230/2001 – TCU – Plenário.** Acompanhamento da Licitação n.º 002/99-TVC-SCM/ANATEL, que objetiva a outorga de direito de concessão para a exploração do serviço de TV a Cabo e TVC. Aprovação do Primeiro e Segundo Estágios, com ressalvas. Aprovação do Terceiro Estágio. Determinações à ANATEL. Ciência da Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, à ANATEL e ao Ministro das Comunicações. Relator: Valmir Campelo, 25 de abril de 2001. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A230%2520ANOACORDAO%253A2001/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/1/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 319/2000 – TCU – Plenário.** Processo de acompanhamento da concessão do direito de exploração de Satélite Brasileiro para transporte de sinais de telecomunicações, em regime de competição, utilizando satélites geoestacionários, pelo prazo de 15 (quinze) anos, renovável uma única vez, utilizando posições orbitais notificadas pelo Brasil, ou resultantes de processos de notificação em andamento ou a serem iniciados junto à União Internacional de Telecomunicações e UIT, bem como radiofrequências associadas. Aprovação dos quatro estágios de que tratam as Instruções Normativas n.ºs 10/95 e 27/98 do TCU, sendo o primeiro estágio com ressalva. Determinações à ANATEL. Arquivamento dos autos. Relator: Bento José Bugarin, 19 de abril de 2000. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A319%2520ANOACORDAO%253A2000/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁵² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 1.066/2001 – TCU – Plenário.** Representação da Secretaria de Fiscalização de Desestatização acerca da segunda revisão tarifária da Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. - ESCELSA. Conhecimento. Audiência e determinações. Relator: Ubiratan Aguiar, 11 de dezembro de 2001. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1066%2520ANOACORDAO%253A2001/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 21 fev. 2023.

¹⁵³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 215/2002 – TCU – Plenário.** Auditoria operacional realizada na Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, visando avaliar a sua atuação na fiscalização das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos no setor de telecomunicações. Determinações e recomendações. Ciência à Anatel, ao Ministério das Comunicações, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, e às Comissões de Fiscalização e Controle do Senado Federal, de

Ministro Iram Saraiva, na qual determinou à Anatel a promoção de estudos conclusivos para a definição de metodologia que permitisse a mensuração dos ganhos de produtividade auferidos pelas empresas de telecomunicações.

Ainda, determinou o acompanhamento da evolução dos preços cobrados por esses serviços, não apenas seja para identificar eventuais abusos ou violações ao princípio do preço justo, ou mesmo para subsidiar os estudos de viabilidade econômico-financeira das outorgas a serem licitadas, mas principalmente para verificar os efeitos decorrentes da regulação e/ou competição, buscando identificar se houve ganhos de qualidade, de eficiência e ou de produtividade decorrentes da competição em si.

Por último, determinou que a Anatel passasse a acompanhar o cumprimento dos prazos para atendimento de solicitações de acessos individuais, no Plano de Serviço Básico, estabelecidos nos contratos de concessão do Serviço Móvel Celular. Deve-se registrar que a proposta da equipe de auditoria era para recomendar o dispositivo.

Em auditoria operacional realizada com o objetivo de identificar as causas da crise de abastecimento no setor elétrico, o TCU, por meio da Decisão 456/2002 – TCU – Plenário¹⁵⁴, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, de relevante, houve apenas a deliberação de duas determinações: uma direcionada ao MME e à Aneel, para que que acompanhassem o cronograma físico-financeiro das principais obras dos programas de geração e transmissão de energia elétrica, devendo fazer constar dos relatórios de gestão que integram os respectivos processos de contas os motivos que porventura tenham inviabilizado o seu pleno cumprimento, dando imediata ciência ao Operador Nacional do Sistema - ONS dos atrasos e inexecuções verificados; outra direcionada à Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (GCE), para que enviasse ao Tribunal cópia do relatório elaborado pelo Comitê de Revitalização do Setor Elétrico e do relatório de avaliação da metodologia de cálculo da energia assegurada das usinas hidrelétricas, elaborado pelo Grupo de trabalho criado pela Resolução nº 75, de 20/11/2001, tão logo estivessem concluídos.

Por meio da Decisão 567/2002 – TCU – Plenário¹⁵⁵, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, em que se apreciou relatório de inspeção nas obras realizadas com os recursos provenientes da cobrança indevida do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, incidente sobre o pedágio, pelas empresas concessionárias da Primeira Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias, várias determinações foram feitas para que a ANTT

Fiscalização Financeira e Controle e de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados. Arquivamento. Relator: Iram Saraiva, 20 de março de 2002. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A215%2520ANOACORDAO%253A2002/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 456/2002 – TCU – Plenário**. Auditoria Operacional realizada com o objetivo de identificar as causas da crise de abastecimento no setor elétrico. Remessa de cópias. Relator: Ubiratan Aguiar, 8 de maio de 2002. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A456%2520ANOACORDAO%253A2002/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 567/2002 – TCU – Plenário**. Relatório de Inspeção. Análise de audiência. Acolhimento das justificativas apresentadas pelo responsável. Acompanhamento do cumprimento das providências determinadas por meio da Decisão Plenária 281/2000. Medidas adotadas pelo DNER não atendem ao determinado pelo Tribunal. Determinação à ANTT para promover revisão nos contratos de concessão rodoviária. Inclusão no fluxo de caixa das concessionárias da receita financeira proporcionada pela manutenção dos valores indevidamente arrecadados de ISSQN no caixa das empresas. Reversão dos valores indevidamente arrecadados de ISSQN, não utilizados em obras admitidas pelo TCU, na forma de desconto sobre a tarifa de pedágio, pelo período de um ano. Ciência à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados e aos interessados. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 29 de maio de 2002. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A567%2520ANOACORDAO%253A2002/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

promovesse o reequilíbrio dos contratos de concessão devendo considerar os recursos arrecadados a título de ISSQN para apenas obras que não estivessem originalmente previstas no plano da outorga de cada concessão rodoviária.

Em processo de representação a respeito da metodologia de revisão tarifária das concessionárias em 2003, o TCU, por meio da Decisão 1.757/2003 – TCU – Plenário¹⁵⁶, exarou uma série de determinações de cunho técnico com fins de adequar a metodologia de revisão tarifária adotado pela agência. Assim, entre outras deliberações, a Decisão expediu as seguintes determinações:

- 9.2. determinar à Aneel que adote as providências necessárias a fim de sanar as seguintes impropriedades:
 - 9.2.1. desconto em duplicidade dos saldos do grupo de estoques para definição do capital de giro constante da Resolução 493/2002;
 - 9.2.2. inclusão indevida de contas de caráter financeiro na definição do capital de giro constante da Resolução 493/2002;
 - 9.2.3. não inclusão de contas de caráter operacional, classificadas no ativo realizável a longo prazo e passivo exigível a longo prazo, na definição de capital de giro constante da Resolução 493/2002;
 - 9.2.4. desconsideração do capital de giro negativo na definição da base de remuneração constante da Resolução 493/2002;
 - 9.2.5. utilização da expressão (7), do Anexo V à Nota Técnica 40/2003, que não captura adequadamente os ganhos adicionais da concessionária oriundos, exclusivamente, de aumento de demanda, para o cálculo da parcela Xe;
 - 9.2.6. emprego de técnica inadequada para a determinação do risco regulatório;
 - 9.2.7. incompatibilidade entre os métodos de cálculo do reposicionamento tarifário e o da parcela Xe do fator X.

Ainda sobre o uso indevido de receitas arrecadadas por empresas concessionárias rodoviárias a título de ISSQN de 5% para o custeio de obras, tratado anteriormente nas Decisões 567/2002 e 319/2000 – TCU – Plenário, o Acórdão 168/2004 – TCU – Plenário¹⁵⁷, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, expediu várias determinações de cunho metodológico, tendo em vista a detecção, em inspeção dos processos de reequilíbrio impropriedades existentes nos cálculos.

Por meio do Acórdão 825/2004 – TCU – Plenário¹⁵⁸, em imbróglio envolvendo o governo do estado do Rio Grande do Sul e a empresa Ecosul, concessionária do Pólo Rodoviário

¹⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 1.757/2003 – TCU – Plenário**. Acompanhamento de Revisão Tarifária. Impropriedades metodológicas. Modelo inconsistente de definição do “Fator X”. Modelo inconsistente de definição do risco regulatório. Outras impropriedades. Determinações à Aneel. Comunicações. Arquivamento. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 19 de novembro de 2003. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1757%2520aNOACORDAO%253A2003/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 168/2004 – TCU – Plenário**. Monitoramento do cumprimento à Decisão Plenária 567/2002. ISSQN. Revisão dos contratos de concessão rodoviária. Medidas adotadas pela ANTT atendem, no geral, ao determinado pelo Tribunal. Necessidade de ajustes nos fluxos de caixa. Determinações à ANTT. Ciência à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados e aos demais interessados. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 3 de março de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A168%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 825/2004 – TCU – Plenário**. Acompanhamento de procedimentos adotados para concessão do Pólo Rodoviário de Pelotas/RS. Rodovia delegada que retorna ao controle da União. Determinação à ANTT. Relator: Adylson Motta, 30 de junho de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A825%2520

de Pelotas/RS, o objeto concessório foi devolvido à administração da União, o que exigiu da ANTT a promoção do reequilíbrio da concessão para fins de regularização. Assim, determinações foram expedidas de forma a se promover estudo das condições financeiras correntes, àquela época, da concessão e das necessidades de reequilíbrio que porventura houvesse.

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT que:

9.1.1. adote as providências necessárias com vistas a verificar a correção da execução contratual e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, bem como a pertinência dos valores de tarifas de pedágio nas rodovias federais BR - 116, BR - 293 e BR - 392 (Pólo Rodoviário de Pelotas) concedidas à Empresa Concessionária de Rodovias do Sul - ECOSUL, tendo em vista as modificações ocorridas em virtude da sub-rogação do Contrato PJ/CD/215/98 e a posterior celebração do Contrato nº 013/00-MT, verificando e analisando, entre outros, os seguintes pontos relativos à adequação do fluxo de caixa da concessão às premissas e estimativas adotadas para sua elaboração, em consonância com o estabelecido no devido processo licitatório:

9.1.1.1. Programa de Exploração da Rodovia - PER;

9.1.1.2. estimativa de custos operacionais;

9.1.1.3. cronograma de investimentos;

9.1.1.4. projeção do volume de tráfego;

9.1.1.5. incorporação de aproximadamente 72 km de rodovias ao objeto inicial;

9.1.1.6. dilação do prazo da concessão de 15 (quinze) para 25 (vinte e cinco) + 2,33 (dois vírgula trinta e três) anos; e

9.1.1.7. manutenção da Taxa Interna de Retorno - TIR inicial da concessão após todas as alterações sofridas desde a celebração do contrato nº PJ/CD/215/98 entre o Estado do Rio Grande do Sul e a Concessionária Ecosul; e

9.1.2. encaminhe a esta Corte de Contas, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, informações conclusivas e justificadas, bem como documentos que julgar necessários, inclusive em meio magnético, para fundamentar os atos praticados, as modificações e as alterações tratadas no subitem anterior;

O relator assim se manifestou sobre as determinações exaradas:

Assim, embora esta Corte possa fiscalizar diretamente os contratos de concessão de rodovias federais, esta atuação direta deve se dar em casos especiais, como foi visto. Cabe, inicialmente, uma atuação da Agência para dirimir as questões suscitadas no parágrafo 14 desta instrução e outras que a ANTT achar pertinentes, haja vista ser ela a reguladora do setor. Após a sua atuação e justificadas todas as alterações implementadas na concessão sob análise, deve esta Corte se pronunciar sobre o resultado final, que deve ser encaminhado pela Agência a este Tribunal.

Em 2004, por meio do Acórdão 1.703/2004 – TCU – Plenário¹⁵⁹, o Acórdão paradigma para os propósitos do presente trabalho, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, como foi

ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

¹⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.703/2004 – TCU – Plenário**. Auditoria com o objetivo de verificar a adequação dos valores das tarifas do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis, bem como acompanhar a execução do contrato de concessão e avaliar a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro. Falhas verificadas nas revisões, alterações e adequações tarifárias já ocorridas. Remessa de cópia do relatório à ANTT e à CRT, para manifestação prévia ao julgamento dessa auditoria. Audiência de um responsável. Determinação para reversão ao fluxo de caixa da CRT, para fins de redução da tarifa de pedágio, da receita recebida indevidamente, a qual deverá ser calculada com base no tráfego real. Outras determinações. Multa. Ciência ao Ministério dos Transportes, à ANTT e à CRT. Pedido de Reexame. Conhecimento. Provimento Parcial. Considerações sobre a competência do TCU para fiscalizar a atuação finalística das agências reguladoras. Substituição de algumas das determinações exaradas no Acórdão ora recorrido por recomendações de igual teor. Comunicação aos interessados. Arquivamento dos presentes autos. Relator: Min. Benjamin Zymler, 3 de

explicado, começou-se a discutir possibilidades de autocontenção no intuito de sedimentar alguma medida prática de limitação do alcance do controle do TCU sobre o mérito regulatório.

O referido Acórdão se refere a apreciação de “Pedido de Reexame” em face do Acórdão 988/2004 – TCU – Plenário no âmbito do TC 006.931/2002-0. O referido processo tratava de auditoria com o objetivo de verificar a adequação dos valores das tarifas do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis, bem como acompanhar a execução do contrato de concessão e avaliar a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro.

Levantou-se, em sede recursal, dúvidas sobre a possibilidade de determinações dirigidas para ajustes em decisões tomadas pela ANTT. As determinações atacadas se referiam a necessidade de a ANTT tomar providências visando estabelecer taxa interna de retorno (TIR) a partir de fluxo de caixa desalavancado como indicador para a consecução do equilíbrio econômico-financeiro do contrato da concessão.

Em específico, a equipe de auditoria apontou no relatório que havia sido detectado que até a quarta revisão (4ª adequação tarifária) vinha sendo utilizado uma TIR alavancada, a qual em suma considerava tanto os investimentos quanto às condições e, por sinal, consequências do financiamento (capital de terceiros) no fluxo de caixa. A partir da 4ª revisão, após recomendação do DNER, que geria a referida concessão como Poder Concedente, passou-se a adotar a TIR desalavancada que, no referido caso, traduzia-se em taxa mais baixa, tendo em vista as altas taxas de juros cobradas à época, o que por conseguinte ocasionava, em poucas palavras, em menores tarifas finais ao usuário da rodovia.

No Acórdão 988/2004 – TCU – Plenário¹⁶⁰, havia sido determinado que a até então recém-criada ANTT:

9.1.2 - adote providências no sentido de estabelecer a Taxa Interna de Retorno - TIR obtida do fluxo de caixa não-alavancado como indicador do equilíbrio econômico-financeiro do contrato PG-156/95-00, firmado entre o extinto DNER e a Concessionária Rio-Teresópolis ;

(...)

9.2.3 - corrija as impropriedades verificadas no fluxo de caixa da CRT relativo à revisão 1, quais sejam:

(...)

9.2.3.7 - o reequilíbrio econômico-financeiro não foi obtido a partir da Taxa Interna de Retorno - TIR resultante do fluxo de caixa não-alavancado da proposta (17,28%);

(...)

9.2.5 - adote providências com vistas a corrigir as seguintes impropriedades no fluxo de caixa da revisão 2:

(...)

9.2.5.7 - o reequilíbrio econômico-financeiro não foi obtido a partir da Taxa Interna de Retorno - TIR resultante do fluxo de caixa não-alavancado da proposta (17,28%);

(...)

novembro de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1703%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 5 out. 2022.

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 988/2004 – TCU – Plenário. Auditoria com o objetivo de verificar a adequação dos valores de tarifas de pedágio na rodovia Rio-Teresópolis, bem como acompanhar a execução do contrato de concessão e avaliar seu equilíbrio econômico-financeiro. Impropriedades nas revisões, alterações e adequações tarifárias. Remessa de cópia do relatório à ANTT e CRT, para manifestação. Audiência de um responsável. Determinação para reversão ao fluxo de caixa da CRT, para fins de redução da tarifa de pedágio, da receita de pedágio recebida indevidamente, calculada com base no tráfego real. Outras determinações. Multa. Ciência ao Ministério dos Transportes, à ANTT e à CRT. Relator: Marcos Vinícios Vilaça, 21 de julho de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A988%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

9.2.6 - adote providências com vistas a corrigir as seguintes impropriedades no fluxo de caixa da revisão 3:

(...)

9.2.6.3 - o reequilíbrio econômico-financeiro não foi obtido a partir da Taxa Interna de Retorno - TIR resultante do fluxo de caixa não-alavancado da proposta (17,28%);

(...)

9.2.7 - adote providências com vistas a corrigir as seguintes impropriedades no fluxo de caixa da revisão 4:

(...)

9.2.7.4 - o reequilíbrio econômico-financeiro não foi obtido a partir da Taxa Interna de Retorno - TIR resultante do fluxo de caixa não-alavancado da proposta (17,28%)¹⁶¹;

Em uma das instruções técnicas aduziu-se que a adoção da TIR não alavancada para fins de reequilíbrio deveria ser preferida pelo Poder Concedente porque é a que traria tarifas mais módicas para o usuário.

9) nesses termos, é perfeitamente aceitável, ao contrário do pugnado pela recorrente, utilizar a TIR desalavancada, com espeque em critérios adotados em outras licitações que tiveram o mesmo objeto, qual seja, a concessão de serviços públicos. Afinal, tal ajuste atende à disposição contratual de preservação do equilíbrio econômico-financeiro expresso no valor inicial da Tarifa Básica de Pedágio. Além disso, esse é o critério que melhor atende à busca pela modicidade das tarifas públicas. Finalmente, é juridicamente viável fazer ajustes para mais ou para menos visando adequar a TBP;¹⁶²

Por sua vez, o Ministério Público junto ao TCU (MPjTCU) em parecer proferiu posicionamento contrário ao entendimento da unidade técnica, tendo em vista que, segundo ele, a função da agência reguladora no arranjo institucional brasileiro não se resume a garantir modicidade tarifária, mas também a prestação adequada dos serviços públicos, o que também albergaria a necessidade de se preservar a saúde financeira das concessões estabelecidas.

r) assim como as agências reguladoras devem perseguir o interesse público, traduzido na prestação de um serviço público adequado, sem pender sua atuação em benefício desequilibrado de qualquer dos atores da concessão, o TCU deve exercer o controle com a mesma finalidade. Não é papel desta Corte defender exclusivamente os interesses da coletividade usuária ou os de qualquer outra parte envolvida na concessão, cabendo-lhe zelar pela consecução do interesse público, consubstanciado na prestação de serviços públicos adequados por meio de concessões. Consequentemente, o Tribunal não deve pautar sua ação pela busca exclusiva da modicidade tarifária;

s) essa última afirmação não deve ser mal interpretada. Não seria nem necessário explicar que não escapa à nossa percepção que, se tem sido extremamente difícil para a maioria da população brasileira custear até mesmo suas necessidades mais elementares, mais árduo ainda tem sido o acesso dessa parcela da população aos serviços públicos tarifados. Todavia, deve-se ter claro que, no atual modelo de concessões, o problema do baixo poder aquisitivo da população deve ser enfrentado, antes de tudo, perseguindo-se rigorosa adequação entre os encargos das concessionárias de serviço público e a real capacidade econômica dos usuários. Ou seja, os encargos das concessionárias devem ser, tanto em termos quantitativos quanto qualitativos, dimensionados na justa medida para que a população destinatária dos serviços públicos possa pagar por eles. Essas considerações evidenciam quão relevantes são as fases de concepção das concessões, razão pela qual a atuação do Tribunal de Contas da União nessas fases se revela tão ou mais importante que o acompanhamento da execução das concessões. Uma concessão mal planejada, em que foram negligenciadas variáveis essenciais, como o real poder aquisitivo da coletividade destinatária dos serviços, inevitavelmente trará sucessivos problemas de custeio durante toda a sua execução;¹⁶³

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.703/2004 – TCU – Plenário**, op. cit.

¹⁶³ Ibid.

Sobre o assunto, conforme foi mencionado na seção anterior, o Ministro Relator, em seu Voto, proferiu entendimento de que as referidas determinações propostas pela unidade técnica e incidentes sobre a necessidade de consideração de alavancagem financeira no levantamento de fluxo de caixa e no cálculo da taxa de retorno da concessão da rodovia Rio-Teresópolis desde o início da concessão deveriam ser transformadas em recomendações, pois as questões tratadas não teriam sido disciplinadas em lei e nem haviam sido tratadas de forma clara no edital, motivo pelo qual deveriam ser consideradas no âmbito da discricionariedade da agência reguladora.

Assim, como não era questão que havia sido positivada pelas normas que regiam a concessão, só restaria, conforme entendimento do e. Relator, abertura para que o TCU recomendasse tais iniciativas.

34. Assim sendo, julgo que deve ser dado provimento parcial ao recurso interposto pela CRT, sendo o Acórdão ora recorrido reformado no sentido de transformar em recomendações todas as determinações relativas à consideração ou não da alavancagem financeira no levantamento do fluxo de caixa e no cálculo da taxa de retorno da concessão da Rodovia Rio-Teresópolis, tendo em vista que essas questões não estavam disciplinadas em lei nem foram definidas de forma clara no edital de licitação e no contrato de concessão firmado. Conseqüentemente, as divergências existentes sobre esses pontos devem ser resolvidas pela ANTT, que se valerá para tanto de sua competência discricionária.

35. Reitero, por fim, que a agência reguladora, quando decidir essas relevantes questões, deverá motivar seus atos e pautar sua conduta pela busca de um serviço público adequado.¹⁶⁴

Há de se mencionar que o julgamento não foi unânime. Três dos oitos ministros foram contra o Voto do Relator. Em Declaração de Voto, o ex-Ministro Adylson Motta afirma que, ao seu entender, o DNER havia sim afrontado a Lei 8.987, de 1995, bem como o contrato e o edital de licitação e que, por isso, o provimento do recurso deveria ser negado.

Ainda em 2004, o assunto voltaria a ser debatido no Plenário. Em sede de Embargos de Declaração, opostos pelo Diretor Presidente da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) contra o item 9.1 e subitens do Acórdão 555/2004 – TCU – Plenário¹⁶⁵.

O referido Acórdão havia determinado que a agência reguladora revisasse a metodologia de cômputo do WACC a ser utilizado na revisão tarifária da concessionária Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A para que passasse a considerar os efeitos do benefício fiscal previsto na Lei 9.429¹⁶⁶, de 1995, decorrentes da consideração da distribuição de juros sobre o capital próprio aos acionistas.

9.1. determinar à Aneel que :

9.1.1 adote as providências necessárias para incluir, no cálculo do reposicionamento tarifário da ELETROPAULO, ocorrido em 2003, os efeitos do benefício fiscal previsto na Lei nº 9.249/95, decorrentes da distribuição aos acionistas de juros sobre o capital próprio;

9.1.2 inclua, nos próximos processos de revisão tarifária, os efeitos do benefício fiscal previsto na Lei nº 9.249/95, decorrentes da distribuição aos acionistas de juros sobre o capital próprio;¹⁶⁷

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 555/2004 – TCU – Plenário**. Acompanhamento de Revisão Tarifária. Indefinições metodológicas e conseqüente provisoriedade dos índices de reposicionamento e do “Fator X”. Não-consideração do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio. Determinações à Aneel. Comunicações. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 12 de maio de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A555%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

¹⁶⁶ BRASIL. **Lei 9.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as Sanções Aplicáveis aos Agentes Públicos nos Casos de Enriquecimento Ilícito no Exercício de Mandato, Cargo, Emprego ou Função na Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

¹⁶⁷ Ibid.

Alegou o Embargante que o Acórdão incorreu em omissão ao não considerar que a Aneel, àquela época, ainda estava desenvolvendo estudo sobre a metodologia para considerar tal benefício fiscal no processo de revisão tarifária periódica. Ainda, havia mencionado que a modicidade tarifária teria sido extensivamente contemplada¹⁶⁸.

Em parecer, MPJTCU defendeu o provimento dos embargos para esclarecer à Agência que as disposições do item 9.1 – e subitens – atacados deveriam ser acatadas como meras recomendações ou mesmo excluídas do texto do Acórdão, podendo a Agência, no exercício de sua discricionariedade técnica, decidir implementá-las em conformidade com os estudos em andamento¹⁶⁹.

Em uníssono com o processo anterior, explicou que o TCU somente poderia aferir a conformidade dos atos das agências reguladoras que expressamente estivessem previstos em lei – vinculados – o que não seria o ocorrido no presente caso, o que, por conseguinte, albergava apenas a possibilidade de apontar a falha cuja correção ficaria a cargo da discricionariedade da agência.

Por último, esclareceu que caberia ao TCU, no máximo, expedir recomendações que devem ser evitadas para que o sistema funcione com maior segurança. Alertou para o risco de o TCU concorrer para o aumento da “incerteza jurisdicional”, decorrente, nas suas palavras, da insegurança gerada pelos múltiplos morosos e conflitantes controles estatais a que se sujeitam os investimentos realizados no Brasil¹⁷⁰.

No Voto, o Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues explicou que o Acórdão recorrido não turbava o mérito regulatório tomado pela Agência, mas tão somente constrangia para que conduzisse o cômputo do WACC de acordo com as diretrizes previamente formuladas pela própria Agência.

A questão controversa nada tem que ver com a revisão tarifária extraordinária, decorrente de alterações tributárias. O processo de revisão, decorrente de alterações tributárias, deve buscar recompor o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, para manter a relação de equivalência entre receitas e encargos existente antes das modificações. Por isso, obrigatória a integral repercussão nas tarifas dos efeitos da elevação ou redução de tributos.

(...)

A metodologia adotada pela Aneel, se corretamente empregada, deveria resultar na simultânea satisfação de todas as condições caracterizadoras do serviço adequado. Porém, ao desconsiderar o impacto do pagamento de juros sobre capital próprio, superestimou o custo médio de capital da empresa de referência e, com isso, permitiu tarifas maiores que as suficientes para assegurar a prestação adequada do serviço público.

A apreciação da matéria em nada afeta ou prejudica a continuidade, a regularidade, a eficiência, a segurança, a atualidade ou a generalidade do serviço público. Seu único efeito

¹⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.756/2004 – TCU – Plenário**. Acompanhamento. Aneel. Processo de Revisão Tarifária da Eletropaulo - Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. Exercício de 2003. Inconsistências metodológicas relativas ao fator X. Desconsideração do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio. Fixação de reposicionamento tarifário acima do devido. Determinação. Remessa de cópia ao Congresso Nacional e interessados. Embargos de Declaração. Conhecimento. Esclarecimentos. Regime tarifário de serviço pelo custo. Regime de serviço pelo preço. Regulação por taxa de retorno. Regulação por preços máximos. Regulação por competição. Taxa de retorno. Consequências jurídicas do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio. Impacto no custo de capital da empresa. Impacto nas tarifas. Considerações. Provimento. Comunicação. Relator: Walton Alencar Rodrigues, Revisor: Benjamin Zymler, 10 de novembro de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1756%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 Out. 2022.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Ibid.

é assegurar o princípio da modicidade tarifária que, apenas nesta questão, deixou de ser observado.¹⁷¹

Em alusão indireta à discussão anterior travada no Acórdão 1.703/2004 – TCU-Plenário, o Relator defende que o Acórdão nada tem a ver com alguma espécie de fixação obsessiva pela modicidade tarifária, mas sim de correção de erro material decorrente da desconsideração irregular dos benefícios existentes na legislação decorrentes do pagamento de juros aos acionistas.

Não há, na espécie, qualquer fixação obsessiva ou temerária com a modicidade tarifária. Não se pauta o TCU pela busca da modicidade tarifária ou pela defesa do usuário. Cabe ao Tribunal tão somente assegurar a legalidade dos atos praticados pela agência reguladora. No caso, restaurar o nexo causal entre as razões e escolhas discricionárias realizadas pela Aneel e a sua correta implementação técnica. Ou seja, importa ao TCU tão apenas a apuração metodologicamente correta do custo de capital da empresa de referência.

Não se trata de apurar benefício visando “exclusivamente” à modicidade tarifária. Ao contrário, o cálculo metodologicamente inadequado da remuneração das entidades é que se faz atentatório ao princípio das tarifas módicas e, assim, contrário à finalidade legal.

A determinação exarada pelo TCU corrige erro material cometido pela Agência na definição do custo médio ponderado do capital da empresa de referência. Erro esse decorrente da aplicação do WACC sem atentar para as peculiaridades que informam o custo de capital das empresas do setor regulado que fazem uso do tratamento tributário mencionado.¹⁷²

Sobre a proteção da discricionariedade que supostamente teria sido afetada pelo Acórdão embargado, o Relator adicionou que:

O acórdão embargado não estabeleceu a metodologia de cálculo para a revisão tarifária - competência discricionária da Aneel - não escolheu nem fixou o índice de reposicionamento tarifário que, eventualmente, tivesse apurado como correto, nem obrigou o regulador a promover extemporânea alteração de tarifas. Limitou-se a determinar a adoção de providências para apurar os efeitos da impropriedade, consistente na ausência de consideração do pagamento de juros sobre o capital próprio, com o objetivo de assegurar os princípios da legalidade e da modicidade tarifária.

Não houve determinação para que a Aneel modificasse as tarifas fixadas em resolução, mas, tão-somente, que refizesse os cálculos, considerando particularidades da nossa legislação tributária que, nos quadros do modelo adotado, deveriam ter sido necessariamente consideradas.¹⁷³

Em que pese todas as considerações, o Voto do Relator foi vencido em julgamento não unânime. O Revisor, Ministro Benjamin Zymler, em seu Voto, aduziu primeiramente que o TCU deveria dar especial atenção à estabilidade das regras regulatórias.

12. Porém, o aspecto ao qual pretendo conferir mais relevo neste Voto Revisor diz respeito à estabilidade das regras relativas à concessão de serviços e às conseqüências da segurança jurídica que deriva dessa estabilidade. Tendo em vista ser relevante o impacto das decisões proferidas pelo TCU sobre a estabilidade dessas regras, cumpre analisar a competência desta Corte para expedir determinações relativas às atividades finalísticas das agências reguladoras. Ressalto não haver dúvida quanto à competência desta Corte no que concerne à atuação da área-meio dessas entidades. Assim, não está em questão, por exemplo, a possibilidade de este Tribunal determinar a adoção de um procedimento referente a uma licitação para a aquisição de bens de consumo ou à concessão de uma determinada vantagem salarial aos servidores desses entes reguladores.

(...)

29. Deve-se salientar que o TCU não pode assumir a condição de defensor dos interesses de quaisquer dos grupos em disputa, mas deve atuar em defesa da estabilidade das regras,

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Ibid.

do cumprimento dos contratos e da eficiência do jogo regulatório. Afinal, as agências reguladoras devem, simultaneamente, zelar pela fixação de tarifas módicas (o que corresponde a preservar os interesses imediatos dos usuários) e pela manutenção de uma remuneração apropriada para o capital investido (o que equivale a proteger os interesses dos concessionários).¹⁷⁴

Complementa que, nessa missão, as agências reguladoras devem ser dotadas e serem albergadas de certa autonomia e discricionariedade para decidirem em relação a composição de lides regulatórias.

40. Tendo vista o conceito de serviço adequado, exposto anteriormente, considero que incumbe às agências reguladoras compor os interesses envolvidos na concessão, visando satisfazê-los de forma equilibrada. Para viabilizar o cumprimento dessa incumbência, os entes reguladores foram dotados de determinados níveis de autonomia e de discricionariedade, os quais, nos processos de revisão tarifária, adquirem especial importância. Afinal, ao dirigir o processo de revisão tarifária, que envolve significativos interesses econômicos, políticos e sociais, a agência reguladora precisa dispor de autonomia de ação, sob pena de não ser capaz de impedir a fixação de tarifas abusivas, de um lado, ou demagógicas, de outro. Da mesma forma, o seu âmbito de discricionariedade deve ser amplo o suficiente para permitir a adoção das soluções tecnicamente adequadas a cada caso concreto.

41. Com espreque no acima exposto, concluo ser vital para a sobrevivência do modelo de concessões de serviços públicos implantado no Brasil que as agências reguladoras, ao dirigirem os processos de revisão tarifária, tenham o seu âmbito de discricionariedade rigorosamente respeitado. Aduzo que, caso esta Corte de Contas invada esse âmbito, o TCU poderá contribuir para o agravamento da "incerteza jurisdicional", pois poderá ser indevidamente incrementado o custo indireto de transação associado às incertezas regulatórias. Aliás, consoante pesquisas realizadas pela Câmara de Gestão de Energia Elétrica, a incerteza regulatória vem sendo computada no cálculo da taxa de desconto utilizada pelo investidor para estimar o valor da tarifa que deverá ser cobrado dos consumidores.

42. Ademais, levada ao limite, a multiplicidade de controles e interpretações sobre assuntos relacionados à regulação de um serviço público pode ensejar o recuo dos investidores privados, colocando em perigo a sobrevivência do modelo atual de agências/concessões. Afinal, nessa hipótese, os agentes econômicos envolvidos poderiam optar por apresentar seus pleitos e defender seus interesses diretamente junto ao Tribunal de Contas da União, relegando a agência reguladora a um segundo plano.¹⁷⁵

Assim, o Revisor avança entendimento no sentido de que a consideração de tais benefícios não é imposta pela legislação pátria. Logo, apenas a agência reguladora poderia determinar se é oportuno e conveniente tal consideração.

50. (...) tendo em vista que os juros pagos são abatidos da base de cálculo dos tributos incidentes sobre o lucro das empresas, as sociedades empresariais que optaram pela utilização desse benefício passaram a pagar menos imposto de renda.

(...)

53. Explicitado o objeto da controvérsia, ou seja, o benefício fiscal acima analisado, resta necessário discutir como contabilizar seu impacto na revisão tarifária. O § 3º do artigo 9º da Lei nº 8.987/1995, ao estabelecer que eventuais criações, alterações ou extinções de tributos, excluído o imposto sobre a renda, ou de encargos legais no curso da execução da concessão, quando comprovado seu impacto, implicam a revisão da tarifa, não determinou que os efeitos das referidas alterações fiscais deversem repercutir integralmente no valor da tarifa. Assim sendo, mudanças na carga fiscal podem afetar o valor da tarifa, para mais ou para menos, de acordo com cada caso, não existindo obrigatoriedade legal de que essas alterações repercutam integral e exclusivamente no valor da tarifa. Diante disso, concluo

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Ibid.

cabem à Aneel, no exercício de sua discricionariedade técnica, dispor sobre o tratamento regulatório a ser dado a questões que digam respeito a alterações na carga fiscal que tragam impactos comprovados na concessão, mormente nas situações relativas ao imposto sobre a renda, cujas particularidades o distinguem dos demais tributos que afetam a concessão.¹⁷⁶

Por último, esclareceu que o fato de a Aneel ter considerado a influência de pagamento de juros na estrutura de capital da empresa de referência não significaria que a Agência estaria obrigada a ter que levar em consideração os efeitos desses benefícios na revisão tarifária.

56. Finalmente, esclareço que o fato de a Aneel ter considerado, inicialmente, a influência do pagamento de juros sobre o capital próprio para a estipulação da estrutura ótima de capital das concessionárias do setor elétrico não implica que os efeitos desse benefício devem ser forçosamente considerados e mantidos na revisão tarifária periódica de forma a favorecer exclusivamente a modicidade tarifária. A uma, porque a Nota Técnica Aneel nº 97/2003 evidenciou quão discricionária foi a definição do método adotado para estipular a estrutura ótima de capital das empresas concessionárias do setor elétrico. A duas, porque o fato de a agência ter admitido a utilização desse benefício não implica que ela esteja adstrita a considerar e computar os respectivos efeitos em proveito exclusivo da modicidade tarifária. Caso contrário, a entidade reguladora estaria obrigada a privilegiar a satisfação de uma das condições que caracterizam o serviço adequado em detrimento das demais. A três, porque uma decisão desse teor adotada compulsoriamente poderia colocar em risco a saúde financeira da concessionária, o que significaria a inobservância do interesse público.

Assim, as referidas determinações embargadas foram transformadas em uma única recomendação:

9.2. recomendar à Aneel que, no estudo específico que aquela agência vem conduzindo no contexto do processo de revisão tarifária periódica, avalie a oportunidade, a conveniência e a forma mais adequadas de consideração dos efeitos do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio, na forma prevista na Lei nº 9.249/1995;¹⁷⁷

Deve-se ainda salientar que, no âmbito do TC 016.128/2003-2, foi proferido em seguida o Acórdão 1.757/2004 – TCU – Plenário¹⁷⁸, a respeito do processo de revisão da Light Serviços de Eletricidade S.A., ocorrido no Acórdão 556/2004 – TCU – Plenário, com idêntico teor ao proferido no Acórdão 1.756/2004 – TCU – Plenário.

No final de 2004, os Acórdãos 1926 e 2023/2004 – TCU – Plenário impuseram a necessidade ao Pleno de ampliar as hipóteses de atos de comando do TCU.

No Acórdão 1.926/2004 – TCU – Plenário¹⁷⁹, de relatoria do Ministro Adylson Motta, o qual versou a respeito de auditoria operacional levada a efeito com vistas a avaliar a regulação

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.757/2004 – TCU – Plenário**. Acompanhamento. Aneel. Processo de Revisão Tarifária da Light Serviços de Eletricidade S.A. Exercício de 2003. Inconsistências metodológicas relativas ao fator X. Desconsideração do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio. Fixação de reposicionamento tarifário acima do devido. Determinação. Remessa de cópia ao Congresso Nacional e interessados. Embargos de Declaração. Conhecimento. Esclarecimentos. Regime tarifário de serviço pelo custo. Regime de serviço pelo preço. Regulação por taxa de retorno. Regulação por preços máximos. Regulação por competição. Taxa de retorno. Conseqüências jurídicas do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio. Impacto no custo de capital da empresa. Impacto nas tarifas. Considerações. Provimento. Comunicação. Relator: Walton Alencar Rodrigues, Revisor: Benjamin Zymler, 10 de novembro de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1757%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

¹⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.926/2004 – TCU – Plenário**. Auditoria Operacional. Considerações a respeito do perfil do usuário de serviços públicos de transporte interestadual e internacional de passageiros. Análise do marco regulatório, da política tarifária e do mercado setorial. Condições da infra-estrutura de terminais rodoviários. Características do transporte rodoviário interestadual semi-urbano no Distrito Federal e Entorno. Recomendações. Determinações. Encaminhamento de cópias. Arquivamento. Relator Adylson Motta, 1º

pela ANTT dos serviços públicos relativos ao transporte rodoviário internacional e interestadual de passageiros, sedimentou-se a conclusão de inefetividade algumas vezes e omissão, em outras, da ANTT no desempenho de suas competências legais relacionadas a esse tipo de transporte. Isto porque:

Afora as imperfeições de procedimentos, contratos e regulamentação em face da legislação pertinente em vigor, verificou-se que, não obstante a existência de dispositivos legais nesse sentido, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e demais órgãos responsáveis dão pouca ênfase ao conhecimento do perfil da demanda e à participação do usuário nos processos decisórios. Contudo, tais pontos são fundamentais para a conformação da prestação de um serviço público de qualidade e para a própria elaboração de políticas públicas setoriais, sobretudo em razão da criação de um ambiente de competição pela preferência do consumidor.

Essa ausência de preocupação com o consumidor final se reflete inclusive na ausência de mecanismos legais ou regulamentares que lhe possibilitem o repasse de ganhos das prestadoras de serviço sob a forma de redução de tarifas, em atendimento do princípio legal da modicidade. Por outro lado, verifica-se que a existência de mecanismos, tais como as planilhas de custos aceitas para o dimensionamento de tarifas, serve como meio para mascarar a rentabilidade do setor, além de possibilitar distorções como o sobreinvestimento em renovação da frota à custa de uma política tarifária danosa à economia popular. Essa verificação, ademais, traz à tona a urgência de se melhor alocar recursos públicos para o custeio direto ou indireto do transporte público para a camada mais carente da população, seja por uma revisão do sistema de isenções e de reduções compulsórias de tarifas, seja por políticas públicas que privilegiem verdadeiramente a justiça tarifária.

Também são pouco expressivas as ações da ANTT no que se refere ao diagnóstico e implementação de ações voltadas para o enquadramento do transporte clandestino em vista do interesse público na segurança dos usuários, no combate à evasão fiscal e na repressão de abusos contra o consumidor.¹⁸⁰

No Acórdão 2.023/2004 – TCU – Plenário¹⁸¹, de relatoria do Ministro Adylson Mota, no qual se tratou de representação do Procurador Geral do MP/TCU, Dr. Lucas Rocha Furtado, com vistas a corrigir irregularidades praticadas pela arrendatária Tecon Salvador S.A., arrendatária do terminal de contêineres do Porto de Salvador, em vista da cobrança indevida de THC2 (*Terminal Handling Charge 2*), o que estaria ocasionando discriminação entre os demais operadores de cargas recebidas por meio de contêineres.

Primeiramente, reitero meu entendimento, sustentado em outras ocasiões, de que o Tribunal de Contas da União possui competência para obrigar as agências reguladoras a cumprir suas atribuições legais. Em outras palavras, este Tribunal detém o poder-dever de fiscalizar a atuação finalística das agências reguladoras, quanto ao fiel cumprimento de

de dezembro de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1926%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.023/2004 – TCU – Plenário**. Representação formulada pelo Exmo Sr. Procurador-Geral junto ao TCU noticiando cobrança irregular de taxa adicional de movimentação de contêineres no Porto de Salvador, pela arrendatária - Tecon Salvados S/A -, administrado pela Codeba. Audiência dos responsáveis. Agravo contra despacho que indeferiu pedido de alteração de carga do processo para a Secex no Estado do Paraná, às vésperas da apreciação de mérito, para fins de vista dos autos. Conhecimento. Improvimento. Manifestação de órgãos especializados sobre a questão (CAP, Antaq e SDE/MJ). Indícios de ilegalidade da cobrança da taxa. Competência da Antaq para manifestação conclusiva sobre a matéria. Fixação de prazo à Agência para pronunciamento definitivo sobre a questão. Conhecimento. Determinações à Antaq e à Codeba. Ciência aos interessados. Sobrestamento dos autos até manifestação definitiva da Antaq sobre a matéria, para que o Tribunal se pronuncie sobre as razões de justificativa do responsável. Relator: Adylson Motta, 8 de dezembro de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2023%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

suas atribuições dispostas em lei. Importa salientar que não se trata de invadir a esfera discricionária do ente público, mas de fiscalizar, nos termos do art. 70, caput, da Constituição Federal, a legalidade da sua atuação. Posição semelhante foi por mim defendida no recente Acórdão 1703/2004.

Vencida essa preliminar, assinalo que a decisão da Antaq ainda está sob grau de recurso, razão por que não se pode incluir, na determinação proposta, a conclusão de mérito originalmente obtida pela Agência, mas apenas exigir-lhe que dê efetivo cumprimento às atribuições previstas nos arts. 2º, inciso II, alíneas a, b e c, e art. 3º, incisos II, XXXVII e XXXVIII, do seu Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 4.122/2002.

Por outro lado, considerando que a matéria está sob apreciação na Antaq há mais de um ano, quando foi proferido o acórdão original reprovando a cobrança da “THC-2”, cumpre fixar prazo para a deliberação definitiva sobre o tema. Nesse sentido, registro que a demora na solução do caso vertente abala a segurança jurídica quanto às expectativas de ambas as partes. Por essa razão, compreendo que o prazo sugerido pela Sefid possa ser reduzido, devendo-se fixá-lo em até quarenta e cinco dias, haja vista que se trata apenas de ratificar ou não, no exame do segundo recurso, a deliberação já adotada pela Agência.

Acresço, ainda, a conveniência de determinar à Antaq que, com base no art. 3º, incisos XXXVII e XXXVIII, do seu Regulamento, caso confirme a reprovação da cobrança da THC-2 no contrato em comento, imponha o cumprimento de sua decisão, aplicando as sanções pertinentes diante de eventual descumprimento das ordens expedidas.¹⁸²

Não à toa que a partir de então, conforme pode ser visto no Acórdão 556/2005 – TCU – Plenário¹⁸³, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, passou-se a vislumbrar a adoção de medidas cogentes por parte do TCU quando verificada a omissão em dar fiel cumprimento da Lei.

Ao proceder à fiscalização das atividades fins das agências reguladoras, o Tribunal não pode substituir-se aos órgãos que controla. Não pode, portanto, estabelecer o conteúdo do ato regulatório que vai ser editado pelo órgão competente, nem impor a adoção de medidas que entender adequadas, salvo quando verificada considerações de legalidade ou da omissão da autarquia em dar fiel cumprimento à lei, conforme se verifica em diversos precedentes (Acórdãos 1703/2004, 1926/2004, 2022/2004 e 2.067/2004, todos do Plenário).

Em 2006, no Acórdão 1.369/2006 – TCU – Plenário¹⁸⁴, de relatoria do Ministro Valmir Campelo, que versou sobre pedido de reexame a respeito do Acórdão 1.926/2004 – TCU – Plenário, de relatoria do Ministro Adylson Motta, retromencionado, em linha com os julgados mais recentes à época também proferiu voto no sentido de que caberia determinações quando for detectada omissão da agência reguladora no cumprimento de disposições legais expressas.

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 556/2004 – TCU – Plenário**. Acompanhamento de Revisão Tarifária. Indefinições metodológicas e conseqüente provisoriedade dos índices de reposicionamento e do “Fator X”. Não-consideração do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio. Determinações à Aneel. Comunicações. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 12 de maio de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A556%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

¹⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.369/2006 – TCU – Plenário**. pedidos de reexame. conhecimento. provimento integral de dois dos recursos e parcial dos demais. supressão de alguns itens do acórdão recorrido e alteração da redação de outros. transformação de algumas determinações em recomendações. 1. Ao exercer o controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, a fiscalização do Tribunal dá-se em segundo plano. 2. Em se tratando de atos discricionários de agência reguladora, o TCU limita-se a recomendar a adoção de providências consideradas por ele mais adequadas. 3. Em se tratando de atos vinculados em que a agência tenha agido em violação à disposição legal ou tenha se omitido na prática de ato que lhe incumbe executar, o TCU exerce sua jurisdição plena, determinando as providências necessárias ao cumprimento da lei. Relator: Valmir Campelo, 9 de agosto de 2006. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1369%2520ANOACORDAO%253A2006/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

Mas o referido Voto foi além. Previu, ainda que não se tenha utilizado tal artifício interpretativo, a possibilidade de se utilizar critérios inferidos a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Assim a omissão pode resultar não só do que estivesse dentro da legalidade expressa, mas também do que pudesse ser angariado por meio da juridicidade.

60. E assim entendo por considerar que se trata de matérias às quais a agência reguladora está vinculada por disposições legais expressas ou inferidas a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, tal como no caso da utilização do critério da obrigatoriedade da prestação do serviço para fins de atualização dos procedimentos adotados para outorga do transporte de passageiros. Ressalto que a ilegalidade decorre não só da prática de atos em desconformidade com a lei, mas também quando ocorre omissão do gestor ao não executar as atribuições que a lei lhe incumbem.

61. Nesse sentido, julgo que em circunstâncias tais como as versadas neste processo, o Tribunal não pode furta-se de expedir as determinações necessárias ao ente regulador, não havendo, portanto, que se alterar os itens recorridos que se caracterizam como atividades que a ANTT tem obrigação de realizar por força de lei, conforme detectado pelo Tribunal na auditoria operacional que resultou no acórdão recorrido.¹⁸⁵

Já em 2007, por meio do Acórdão 2.138/2007 – TCU – Plenário¹⁸⁶, que versou as respeito de acompanhamento de primeiro estágio para apreciação dos estudos em prol do leilão para contratação de energia nova, UHE Santo Antônio (Complexo do Rio Madeira), o Ministro Benjamin Zymler, proferiu entendimento em linha com que vinha defendendo em outros julgados. No entanto, ao explicar os limites da atuação do TCU sobre os atos das agências reguladoras, ainda que outrora tivesse uma posição mais conservadora a respeito, acabou por ampliar as hipóteses de intervenção.

32. Contudo, se o ato discricionário sob enfoque contiver vício de ilegalidade ou se tiver sido praticado por autoridade incompetente, se não tiver sido observada a forma devida, se o motivo determinante e declarado de sua prática não existir ou, ainda, se estiver configurado desvio de finalidade, esta Corte de Contas será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão. Assim sendo, será sempre necessária uma análise caso a caso para determinar a existência de um desses vícios ensejadores da ação corretiva do TCU.

(...)

107. Esta circunstância, por si, não constitui empecilho a que o Tribunal venha a exercer seu papel controlador, ainda que no âmbito discricionário do Agente Regulador. Em tal caso, desde que configurada ilegalidade grave, ou até mesmo flagrante ofensa a princípios constitucionais, poderá o Tribunal formular determinação das medidas necessárias à correção do ato, e até mesmo sua anulação.¹⁸⁷

Assim, pode-se perceber que, em que pese relutante a admitir a possibilidade de sindicância plena da discricionariedade, no presente caso, passa a admitir ser possível adentrar ao mérito administrativo em casos de “flagrante ofensa” ou “grave ofensa” à princípios constitucionais.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.138/2007 – TCU – Plenário**. leilão para contratação de energia nova, UHE de Santo Antônio (complexo do rio madeira). acompanhamento do 1º estágio. apreciação dos estudos destinados ao estabelecimento do preço máximo do leilão. verificadas impropriedades metodológicas nos estudos, resultantes em aumento no preço máximo a ser definido. possibilidade de comprometimento da modicidade tarifária. limites da competência do TCU, na fiscalização das atividades regulatórias. determinações. comunicações. Relator: Benjamin Zymler, 10 de outubro de 2007. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2138%2520ANOACORDAO%253A2007/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

¹⁸⁷ Ibid.

Em 2013, por meio do Acórdão 402/2013 – TCU – Plenário¹⁸⁸, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, em que se apreciou representação da Federação Nacional dos Portuários acerca de irregularidades nas outorgas de autorizações de Terminal de Uso Privativo Misto concedidas pelo antigo Ministério dos Transportes, atual Ministério da Infraestrutura, e Antaq, sob a égide da antiga Lei dos Portos (Lei 8.630¹⁸⁹, de 1993), mencionou-se algo novo nos debates sobre a atuação da Corte no mérito administrativo. Especificamente, uma referência teórica para fins de justificação do controle do TCU, o qual baseado em artigo de Robert Alexy¹⁹⁰ em que se menciona as várias teorias a respeito dos vícios da discricionariedade administrativa.

Assim, o Voto Revisor, do Ministro Aroldo Cedraz, citando o referido artigo, mencionou doutrina da tripartição dos vícios em discricionariedade administrativa para defender que ao TCU competiria o controle do excesso (ou abuso), da deficiência e da ausência do poder discricionário, bem assim, uma vez regularmente utilizado o poder discricionário, cobrar-lhe a vinculação de seus atos.

8. Antes de ir ao mérito, reafirmo a competência deste Tribunal de Contas da União para analisar a matéria. O interesse público e os riscos envolvidos na regulação do setor portuário vão, ainda que indiretamente, das receitas públicas (decorrentes dos valores oferecidos por licitantes) a possíveis despesas com indenizações pagas pelo erário (gastos públicos) como decorrência de regulações deficientes. Nesse sentido, aplico a denominada doutrina da tripartição, no sentido de competir ao TCU o controle do excesso (ou abuso), da deficiência e da ausência do poder discricionário, bem assim, uma vez regularmente utilizado o poder discricionário, cobrar-lhe a vinculação de seus atos (Robert Alexy. Vícios no Exercício do Poder Discricionário. Revista dos Tribunais, ano 89, vol. 779, setembro 2000, p. 11-46). Nesse sentido é que este Tribunal pode analisar as assimetrias concorrenciais postas em prática pela agência reguladora no plano da legalidade e da legitimidade, com os cuidados de não substituir a agência em seu poder regulador.¹⁹¹

¹⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 402/2013 – TCU – Plenário**. representação. terminais portuários de uso privativo misto. alegação da autora da representação de irregularidades nas outorgas das autorizações emitidas pelo ministério dos transportes e, posteriormente, pela Antaq, e ainda de ofensa à legislação portuária e respectiva regulamentação. conhecimento. limites da competência do TCU para a matéria. questões controvertidas acerca da interpretação da legislação portuária. questionamentos acerca da sua constitucionalidade. matéria submetida ao supremo tribunal federal. situações constituídas à luz de interpretação razoável adotada à época dos fatos. alegada concorrência assimétrica que não ficou demonstrada nos autos. manifestações do Cade e do MPF na linha do voto do relator. superveniência da medida provisória nº 595, de 06/12/2012 que revogou a lei dos portos e fixou novo marco regulatório, extinguiu a distinção havida entre terminais de uso privativo exclusivo e terminais de uso privativo misto, passando a existir apenas os terminais de uso privado, autorizados a movimentar livremente tanto cargas próprias quanto de terceiros. norma superveniente que passou a regular, de modo mais claro, várias questões alegadas pela representante. improcedência da representação. ciência aos interessados. Relator: Raimundo Carreiro, 6 de março de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A402%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

¹⁸⁹ BRASIL. **Lei 8.630, de 25 de fevereiro de 1993**. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8630.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 89, v. 779, pp. 11-46, set. 2000.

¹⁹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 402/2013 – TCU – Plenário**. op. cit.

A partir de então a referida doutrina volta a ser utilizada como referencial teórico nos seguintes Acórdãos: 1.514/2013¹⁹², 2.535/2014¹⁹³, 3.490/2014¹⁹⁴ e 998/2020 – TCU – Plenário¹⁹⁵ para negar irregularidades apontadas nos referidos processos a que esses Acórdãos se referem.

A referida teoria dos vícios de discricionariedade será explicada na próxima seção. De toda a forma, adianta-se que o uso da referida teoria alemã serviu apenas ao propósito de justificar teoricamente a possibilidade de o TCU sindicat o mérito regulatório.

Nos autos do TC 005.865/2015-8, por meio do Acórdão 644/2016 – TCU – Plenário¹⁹⁶, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, a Corte julgou pedido de reexame interposto pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) a respeito do acompanhamento

¹⁹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.514/2013 – TCU – Plenário**. representação de unidade técnica. resolução Antaq versante sobre uso temporário de áreas em portos organizados. supostas inconstitucionalidade e ilegalidade por ausência de licitação. conhecimento. tema de direito administrativo constitucional econômico. lei nº 8.630/1993 anterior à criação de agência reguladora. diferença fundamental na administração de bens públicos para fins burocráticos e para fins de incentivo e planejamento de atividades econômicas. governança e administração infraestrutural no estado pós-social. licitação como instrumento de governança e não como fim em si. espaços de legítima discricionariedade das agências reguladoras. constitucionalidade quando acompanhados de programa de realização normativa fixado em lei. controle da atuação administrativa por princípios e pela teoria dos excessos e insuficiências do uso do poder discricionário. interesse público e princípios constitucionais econômicos plenamente atendidos pela resolução Antaq 2.240/2011. procedimentos suficientes para resguardo dos princípios da igualdade, imparcialidade e isonomia. comprovação prática nos fatos reais regulados. conhecimento da representação. improcedência. Relator: Aroldo Cedraz, 19 de junho de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1514%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

¹⁹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.535/2014 – TCU – Plenário**. representação. resolução da antaq. exploração de áreas portuárias ociosas. precedente do tribunal de contas da união reconhecendo a possibilidade constitucional e legal da prática. identidade de casos. representação improcedente. ARQUIVAMENTO. Relator: Aroldo Cedraz, 24 de setembro de 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2535%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

¹⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3.490/2014 – TCU – Plenário**. representação. licitação do terminal sts15, no porto de santos. possíveis inconsistências dos estudos técnicos preparatórios da licitação. revogação de medida cautelar anteriormente decretada. conhecimento da representação. procedência parcial. remessa de cópias. apensamento. Relator: Marcos Bemquerer, 3 de dezembro de 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3490%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

¹⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 998/2020 – TCU – Plenário**. Denúncia. possíveis irregularidades no rateio de recursos do fundo de manutenção e desenvolvimento da educação básica e de valorização dos profissionais da educação - Fundeb. ocorrências não confirmadas. descoberta de novas falhas. serendipidade. exame de compatibilidade entre lei e decreto municipal regulamentar. conhecimento e procedência parcial. ciência ao município. Relator: Marcos Bemquerer, 22 de abril de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A998%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

¹⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 644/2016 – TCU – Plenário**. pedido de reexame. desestatização. aprovação, com ressalvas, do primeiro estágio do leilão Aneel 7/2015. discricionariedade técnica da agência reguladora. uso do menor valor de cotação obtido para estimativa do montante de investimento necessário. conhecimento. não provimento. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 23 de março de 2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A644%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

de primeiro estágio (conforme regramentos da Instrução Normativa 27/1998¹⁹⁷) dos estudos para o Leilão Aneel 7/2015 para a concessão da prestação de serviços públicos de transmissão de energia elétrica, referente a construção, operação e manutenção da linha de transmissão, subestações e demais instalações associadas ao Bipolo-2 do Sistema de Transmissão da Usina Hidrelétrica (UHE) Belo Monte/PA.

Nestes, o relator volta a manifestar seu entendimento, outrora vencido nos autos a que se refere o Acórdão 1.756 e 1.757/2004 – TCU – Plenário, retomados, acerca do alcance dos atos de comando do TCU sobre atos praticados pela agência reguladora.

Concordo com a análise da unidade fiscalizadora de que a discricionariedade técnica conferida aos administradores das agências reguladoras e de qualquer outro ente público não é fator impeditivo para o exercício das competências do TCU.

O Tribunal pode sempre determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que esse ato viole o ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da economicidade da administração pública e da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos.¹⁹⁸

Assim, por meio do referido Acórdão, o Plenário acatou o Voto do relator para negar provimento ao Pedido de Reexame da Aneel sobre o subitem 9.2.1 do Acórdão 1.293/2015 – TCU – Plenário¹⁹⁹, o qual discordou da forma de cálculo, adotada pela Aneel, para estimativa de investimento nos módulos de equipamentos principais das estações conversoras e determinou à agência que utilizasse o menor valor de cotação, ou seja, o da empresa Alstom, ao invés da média de cotações como utilizado pela agência, considerando tolerância de 20% no valor orçado, conforme informado pela fabricante.

Em 2018, por meio do Acórdão 1.704/2018 – TCU – Plenário²⁰⁰, nos autos do TC 014.624/2014-1, em que se tratou de auditoria operacional sobre principais gargalos para liberação de carga containerizada, detectou-se problemas concorrenciais em vista do tratamento dado pela Antaq à possibilidade de cobrança da THC2 (*Terminal Handling Charge 2*).

Em poucas palavras, concluiu-se pela ineficácia da regulamentação feita pela agência (consubstanciada na não regulação da cobrança da devida tarifa) para diminuir as assimetrias concorrenciais no setor importador afetado pela referida tarifa.

Consoante a análise acima descrita, considero evidenciada a reprovabilidade da conduta dos dirigentes da Antaq ao aprovar solução absolutamente ineficaz e ao eximirem

¹⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa 27, de 2 de dezembro de 1998**. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B070CE144B9>. Acesso em: 3 mar. 2023.

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.293/2015 – TCU – Plenário. desestatização. acompanhamento do primeiro estágio do leilão aneel 7/2015. linhas de transmissão e subestações do 2º bipolo da usina de belo monte/pa. alteração, pela aneel, da metodologia de cálculo da taxa de remuneração do empreendimento. utilização de beta distinto na fase de construção. consideração de nível menos eficiente de alavancagem das empresas. inconsistências na estimativa do valor do equipamento. determinação para que se utilize o menor valor de cotação e se atualize o investimento pela variação cambial. determinação para que reavalie o modelo de precificação da rap quanto ao nível de alavancagem das empresas e ao beta. aprovação do primeiro estágio com as ressalvas mencionadas. Relator: José Múcio Monteiro, 27 de maio de 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1293%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

²⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.704/2018 – TCU – Plenário**. Auditoria operacional. principais gargalos para liberação de carga containerizada. portos da região sudeste. cobrança do terminal handling charge 2 (THC 2). ausência de regulação da Antaq para minimizar falhas de mercado decorrentes de concorrências imperfeitas. audiências de diretores da Antaq. REJEIÇÃO DE JUSTIFICATIVAS. MULTA. DETERMINAÇÃO. Relatora: Ana Arraes, 25 de julho de 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1704%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

a agência reguladora de cumprir sua obrigação de regular o setor e de dirimir os conflitos de interesse decorrentes de concorrência imperfeita.

(...)

Também com relação aos demais dispositivos legais e constitucionais mencionados pela unidade técnica, considero que não foi configurada infringência por parte do texto normativo produzido pela Antaq. A Resolução mostra-se ineficaz para ações de regulação, mas não está caracterizado que seus dispositivos afrontaram regras do ordenamento jurídico nacional.

(...)

Em seu voto (peça 170, p. 226-235), o ex-diretor omitiu-se novamente em relação ao entendimento dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Apesar dessa omissão, a Diretoria Colegiada, composta também por Fernando Antônio Brito Fialho e Pedro Brito do Nascimento, aprovou a Resolução nº 2.389/2012 (peça 170, p. 241), cujo conteúdo mostrou-se absolutamente ineficaz para dirimir o conflito acerca da THC2. Com a edição do ato normativo, ficou caracterizado que a Diretoria da Antaq optou por não regular o ponto conflituoso, eximindo-se, assim, de cumprir sua obrigação legal de minimizar as falhas de mercado decorrentes de concorrência imperfeita e de impedir a ocorrência de infrações da ordem econômica.²⁰¹

Em vista das conclusões a respeito da ineficácia da regulamentação, determinou-se que:

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq que:

9.1.1. elabore e publique as composições de custo dos serviços prestados pelos terminais portuários com o objetivo de balizar o exame de pertinência da THC 2 e de ocorrência de abuso em sua cobrança;

9.1.2. proceda à revisão da regulamentação concernente à cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE ou THC 2), de modo a adequá-la ao novo arcabouço jurídico-institucional estabelecido pela Lei 12.815/2013 e pela Lei 12.529/2011, com vistas a dar cumprimento à sua obrigação legal de harmonizar e arbitrar conflitos de interesse entre terminais portuários e recintos alfandegados independentes, em obediência ao art. 20, inciso II, art. 27, incisos II e IV, da Lei 10.233/2001 e ao art. 2º, inciso II, do Decreto 4.122/2002;²⁰²

A diferença deste caso para os demais no que tange a omissão no cumprimento de suas competências reside em que, no presente, a Antaq teve uma decisão consciente sobre não regular. Assim, a omissão foi consentida, ainda que a Lei o determine a regular mercados. O consentimento da diretoria colegiada em prol da decisão de não regular acabou por aflorar ideia de que a agência assumiu os riscos dessa omissão, o que engrossou a reprovabilidade da conduta.

Após explanação do arrazoado de julgados do TCU, pode-se afirmar ter havido alargamento do alcance da atuação do tribunal nas atividades finalísticas das agências reguladoras a despeito da tentativa, num primeiro momento, de autocontenção, consubstanciada pelo Ministro Benjamin Zymler, por meio do entendimento exarado no Acórdão 1.703/2004 – TCU – Plenário.

Entre 2000 e 2004, percebe-se uma atuação que inicialmente se apresentava mais tímida, mas que, mormente em vista do resultado da avaliação das primeiras revisões tarifárias do setor de energia elétrica, como os casos da Excelsa, Eletropaulo e Light, as equipes técnicas do TCU passaram a apresentar relatórios ao Plenário cada vez mais minuciosos sobre os detalhes das metodologias construídas pela Aneel.

Paralelamente, no setor rodoviário, a equipe técnica também vinha percebendo uma série de inconsistências que favoreciam o desequilíbrio do contrato a favor da concessionária da rodovia Rio-Teresópolis.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid.

Na análise do recurso, mediante o Acórdão 1.703/2004 – TCU – Plenário, e, a despeito da análise da equipe técnica que havia demonstrado que o mérito do processo não tratava de indiferentes jurídicos, porquanto a decisão da agência reguladora teria impactos diferenciados no valor tarifário cobrado dos usuários, o *parquet* de contas e o Relator entenderam que a definição da TIR fazia parte da seara discricionária da agência reguladora.

Com base no mérito desse recurso, por meio do Voto condutor desse Acórdão, o Relator almejou criar parâmetros de limitação e enquadramento da atuação do TCU sobre as atividades-fim das agências reguladoras, conforme foi visto nas seções anteriores.

Deve-se enfatizar que era a primeira vez que assuntos a respeito do controle de segunda ordem e da possibilidade de determinação em atividades fim das agências reguladoras se travavam no Plenário, pois até então todas as propostas efetuadas pela unidades técnicas especializadas do tribunal eram sopesadas apenas em vista de sua importância para tratar os problemas detectados, ou seja, eram avaliadas em vista do mérito das constatações, sem qualquer parâmetro preliminar de adequação da espécie de deliberação ao objeto avaliado.

Por meio dos Acórdãos 1.756 e 1.757/2004 – TCU – Plenário, houve tentativa do relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, de se alargar as hipóteses de determinação sobre as agências reguladoras de forma a se possibilitar considerações de modicidade tarifária em determinações da Corte. No entanto, vencido, o Pleno resolveu adotar o voto do Ministro Revisor, Benjamin Zymler, como condutor, no qual se mantinha as diretrizes de apreciação e julgamento traçadas anteriormente pelo Ministro no referido paradigma, Acórdão 1.703/2004 – TCU – Plenário.

Nada obstante, em que pese a formalização de contornos restritos às deliberações de cunho definitivo no referido Acórdão paradigma, já em 2005, por meio do Acórdão 556/2005 – TCU – Plenário, consolidou-se discreta ampliação no rol de possibilidade de atuação nas atividades-fim das agências reguladoras, especificamente na detecção pelo TCU de omissão da agência reguladora para dar fiel cumprimento às suas competências legais. Vale relembrar como foi mencionado na seção anterior que a hipótese foi sendo moldada nos Acórdãos 1.926 e 2.023/2004 – TCU – Plenário.

De toda a forma, deve-se ponderar que considerações a respeito de omissão do cumprimento de competências de órgãos reguladores não deixam de ser considerações de legalidade, porquanto é a Lei que delega competência para a execução de atividades regulatórias. Assim, omissão no exercício de competência não deixa de ser descumprimento da legalidade estrita.

A partir do Acórdão 1.369/2005 – TCU – Plenário, de relatoria do Ministro Valmir Campelo, a Corte passa a pender para um entendimento mais ampliado em que se pressupõe incluir considerações de juridicidade entre as hipóteses de atuação impositiva da Corte. Relaxa-se assim o engessamento provocado pela doutrina do controle de segunda ordem.

E, a partir de então, o referido entendimento passa a prevalecer nos julgados posteriores, sendo apenas repensado em 2018 quando, por meio do Acórdão 1.704/2018 – TCU – Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes, firma-se posicionamento no sentido de que a Corte possa determinar medidas quando os atos das agências reguladoras forem entendidos como ineficazes para o intuito pretendido, no caso concreto, impedir ocorrência de infrações à ordem econômica.

Entretanto, tal entendimento apenas em parte pode ser entendido como novo, pois a irregularidade no caso concreto, a tal “ineficácia” da atuação regulatória comentada no referido Acórdão, possibilita interpretação de que a agência reguladora, a Antaq no caso, teria se omitido na sua obrigação legal de minimizar falhas de mercado.

Deve-se mencionar que, a partir do Acórdão 402/2013 – TCU – Plenário, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, começa a aparecer em alguns julgados referências a teoria alemã da tripartição dos vícios em discricionariedade para justificar a competência do TCU em sindicat o mérito administrativo.

Com fins de se entender como tal tripartição teórica dos vícios da discricionariedade fundamentou o TCU para a sindicância da discricionariedade regulatória, deve-se apresentar que Hartmut Maurer explica que o poder discricionário não proporciona liberdade ou arbitrariedade da administração, pois não existe poder discricionário livre, mas tão somente um poder discricionário conforme seu dever, ou melhor, um poder discricionário juridicamente vinculado.²⁰³

(...) a autoridade tem de (=está obrigada) “exercer seu poder discricionário correspondente à finalidade da autorização e observar os limites legais do poder discricionário”. Se a autoridade não segue essa vinculação legal, ela atua :viciosamente no exercício do poder discricionário”, com isso, antijuridicamente. Os tribunais administrativos podem revisar a observância dessa vinculação (jurídica) ao poder discricionário.²⁰⁴

Neste sentido, Maurer explica que um vício no exercício do poder discricionário somente existe, se a autoridade não observar as vinculações jurídicas (juridicidade) ao poder discricionário.

Dessa forma, explana o jurista alemão que existem três tipos básicos de vícios no exercício do poder discricionário:

- a) excesso do poder discricionário, quando a autoridade escolhe uma consequência jurídica não mais situada no quadro da prescrição do poder discricionário;
- b) não-uso do poder discricionário (omissão): quando a autoridade não faz uso do poder discricionário que lhe compete, por negligência ou porque ela aceita, por equívoco, que ela está obrigada a não atuação em virtude de direito coercitivo;
- c) uso defeituoso do poder discricionário: quando a autoridade não se deixa dirigir exclusivamente pela finalidade da prescrição do poder discricionário.²⁰⁵

Nesse sentido, Maurer vislumbra a infração a direitos fundamentais e princípios administrativos gerais como uma categoria à parte reforçam os limites ao poder discricionário, porquanto princípios da necessidade e da proporcionalidade seriam exemplos de barreiras objetivas do poder discricionário, no quadro de excesso de poder discricionário, e de pontos de vista que devem ser observados, no quadro de uso defeituoso do poder discricionário.²⁰⁶

Ante o exposto, explica-se que o TCU ao se utilizar de tal instrumental teórico, de origem alemã, viabilizou fundamentação para investigar a presença de vícios não só de origem estritamente legal, mas também de ordem principiológica, pois tal instrumental enfatiza a possibilidade de uso defeituoso da discricionariedade que carrega a necessidade de identificação dos fins atingidos pelos atos praticados com as finalidades da lei e da Constituição Federal sob o mantra do compêndio axiológico subjacente a tais finalidades do ordenamento.

Assim, pode-se concluir que, a despeito da tentativa do Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 1.703/2004 – TCU – Plenário de criar limites à atuação do TCU no terreno discricionário das agências reguladoras e que tal posicionamento tenha sido majoritário para ser aprovado, sua prevalência não durou muito, sendo que, logo em 2005, passou-se a ampliar o alcance da atuação impositiva do TCU.

A propósito, pode-se perceber que, a despeito do que foi discutido no Acórdão 1.703/2004 – TCU – Plenário, passou-se a não se ponderar mais se o mérito tratado estaria inserido na discricionariedade da agência ou não, mas que o TCU seria competente a sindicá-lo o mérito regulatório.

De toda a forma, conforme alhures comentado, vislumbra-se, como raciocínio imediato, que a ampliação do entendimento talvez tivesse sido ocasionada em vista das dificuldades

²⁰³ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 1ª ed., 2006, p. 148.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Ibid., p. 148-150.

²⁰⁶ Cf. MAURER, Hartmut, op. cit., p. 151; ALEXY, Robert, op. cit., p. 15.

práticas criadas pela doutrina do “controle de segunda ordem” que não providenciava soluções para casos intermediários a solução era binária: ou vinculada ou discricionária, tudo ou nada.

Assim, a mudança de entendimento passa a prevalecer de modo que a doutrina do controle de segunda ordem continua sendo utilizada como balizadora da ação do TCU, mas vê-se que a discricionariedade não é identificada como sacrossanta, sendo plenamente viável a sua sindicância nas atividades de controle do TCU.

Logo, em face do que foi analisado em seção anterior, conclui-se que a doutrina do controle de segunda ordem passa a ser arregimentada sob a seguinte diretriz: a atuação do TCU não só pode verificar as formalidades dos atos tomados pelas agências reguladoras, no que tange à legalidade estrita, mas também pode adentrar ao mérito com fins de sindicá-lo à sua adesão aos princípios norteadores do ordenamento jurídico.

Entende-se haver razões teóricas e fundamentos históricos para se ter impulsionado no âmbito do Plenário da Corte, a transmutação gradual das diretrizes da referida doutrina. Tais razões serão vistas na seção posterior.

5. Razões históricas e teóricas para as atuais características da atuação do TCU

Assim, como foi explicado, o TCU, no início dos anos 2000, já apresentava sinais de que já havia modificado o tom do seu engajamento na atuação regulatória, principalmente em vista dos riscos percebidos ao longo dos processos, nas revisões tarifárias do setor rodoviário e de energia elétrica, alhures mencionados, e dos resultados advindos da atuação, ao final dos processos.

A despeito da tentativa de autocontenção por meio do Acórdão 1.703/2004 – TCU – Plenário, algumas das diretrizes formuladas, no âmbito do que veio a ser conhecido como “controle de segunda ordem” do TCU, vieram sendo abandonadas logo a partir de 2005.

O comportamento diferenciado a partir dos anos 2000 e o abandono das diretrizes de autocontenção a partir de 2005 decorrem de causas históricas da evolução do TCU como instituição de controle e de fundamentos teórico-constitucionais que afloraram após 1988. Este capítulo se propõe a explicá-los.

5.1. Neoconstitucionalismo: principalização do direito e normatividade da constituição

Após as duas grandes guerras do século XX, sagraram-se como vencedores, no lado ocidental, os EUA e seus aliados. Assim, após o período de guerras, os Estados Unidos emergiram como uma das principais potências democráticas.²⁰⁷ Não à toa que a Europa, em vista da hegemonia americana, passou a sofrer profundas transformações em suas bases jurídico-políticas.

²⁰⁷ LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. A judicialização da política e do direito: um fenômeno de diferentes causas, sob diferentes abordagens. XI Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. VII Mostra de trabalhos jurídicos científicos, 2014, p. 3. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/view/11728/1630>. Acesso em: 3 mar. 2023.

Após o final das guerras, mostrava-se insustentável a constatação de que Hitler havia chegado ao poder – e as atrocidades cometidas pela barbárie nazifascista tinham sido executadas – por meio de meios legitimamente democráticos.

Na eleição geral de julho de 1932, os nazistas e os comunistas conquistaram, juntos, mais de 50% das cadeiras do *Reichstag*. Tratava-se de uma maioria antidemocrática emanada de uma eleição democrática. Em janeiro de 1933, após uma nova eleição geral em novembro de 1932, formalmente e em boas condições constitucionais, o líder nazista foi nomeado Chanceler e formou um governo de coalizão. O *Reichstag* foi dissolvido e uma eleição geral deu maioria absoluta ao governo nazista. Após a eleição, usando dispositivo da Constituição, os comunistas foram eliminados do *Reichstag*, a partir do qual se fundou a ditadura alemã.²⁰⁸

Assim dentro daquele contexto, era natural que ocorressem indagações sobre as verdadeiras causas que possibilitaram o deslinde de atrocidades nazistas. Assim, o vislumbre de formas de proteger os direitos do cidadão no futuro se tornaria um dos objetivos dos atores políticos no pós-guerra.

Neste período, um novo paradigma para o direito passa a se gestar em momento de crise do Estado e se apresenta como o resultado da convergência de duas tradições que ao longo dos séculos evoluíram em separado: a estadunidense, que concebe a Constituição como regra de jogo de competência social e política, como pacto de mínimos que permite assegurar a **autonomia dos indivíduos** como sujeitos privados e como agentes políticos a fim de que sejam eles, em um marco democrático e relativamente igualitário, se desenvolvam livremente seu plano de vida pessoal e adotem as decisões coletivas pertinentes em cada momento histórico, com sua consequente garantia constitucional; e a que emerge da revolução francesa que concebe a Constituição como a **solidificação de um projeto político e social**. Nesta segunda tradição, a Constituição não se limita a fixar as regras do jogo, mas pretende participar das futuras decisões coletivas adotadas pelo representantes eleitos do povo no parlamento.²⁰⁹

Assim, antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, não só surgem novas constituições, mas também o modelo americano de supremacia da constituição é absorvido pelos sistemas políticos europeus.²¹⁰

Com esse intuito, o sistema jurídico-político europeu, que antes era fundamentado na soberania popular, passa a se alicerçar nas cartas constitucionais.

Restaurar o controle parlamentar do Executivo, contudo não basta para nosso propósito socialista de livrar a comunidade do abuso de poder arbitrário. O próximo passo será reformar o Judiciário, de modo que ele possa retornar sua função tradicional de defender os direitos individuais contra abuso. Essa função tem sido constantemente estreitada nos cem anos, assim como o capitalismo de pequena escala foi transformado em oligopólio e a estrutura frágil do Estado vitoriano se transformou no Leviatã que agora domina nossas vidas.²¹¹

Identifica-se o neoconstitucionalismo como um movimento europeu continental em que o marco inicial do processo de constitucionalização do direito foi estabelecido na Alemanha,

²⁰⁸ VALLINDER, Torbjörn, A judicialização da política: um fenômeno mundial. In: MOREIRA, Luiz (Org.) **A judicialização da política**, São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 20-21.

²⁰⁹ MARTÍNEZ, Augusto Durán, Em torno al Neoconstitucionalismo, **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, abr./jun. 2010, p. 37.

²¹⁰ BARROSO, Luís Roberto, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 6.

²¹¹ CROSSMAN, Richard Howard Stafford, Socialism and the new despotismo. Londres: Fabian Society, 1956. apud VALLINDER, Torbjörn, A judicialização da política: um fenômeno mundial. In: MOREIRA, Luiz (Org.) **A judicialização da política**, São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 22.

onde sob o regime da Lei Fundamental de Bonn de 1949²¹², foi assentado que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, também instituem uma ordem objetiva de valores no interesse geral da sociedade. Tal ordem de valores condicionariam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculariam os poderes estatais.²¹³

Atribui-se assim caráter fundamental às Constituições, calcado no ideal de fortalecimento dos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana, que a atribui caráter principiológico de textura aberta, permitindo ampla aferição dos conteúdos à realidade histórico-social em que se aplica.²¹⁴ A esse novo modelo de Estado passou a ser chamado de Estado Constitucional Democrático ou Estado Constitucional de Direito ou Estado Constitucional a secas.

Além da garantia dos direitos fundamentais e de uma ordem valorativa, foi introduzido nas referidas cartas constitucionais algum tipo de *judicial review*, a fim de que se pudesse aplicar as disposições constitucionais na sociedade.²¹⁵

Tal *judicial review* poderia ser concentrado em um Tribunal específico (tribunal constitucional) ou poderia ser praticado por todos os órgãos judiciais de forma difusa. Nesse sentido a experiência austríaca e americana foram essenciais.

No caso austríaco, a experiência de jurisdição constitucional no entre guerras, construído após ajudas teóricas de juristas como Hans Kelsen e Walter Jellinek, concebeu um Tribunal para três funções: *Spezialverwaltungsgerichtshof* (a proteção dos direitos políticos dos cidadãos); *Kausalgerichtshof* (resolução de potenciais conflitos entre os *Länder*) e, finalmente, *Kompetenzgerichtshof* (supervisionar os limites dos poderes das autoridades administrativas e judiciais, regionais e estaduais).²¹⁶

Segundo Barroso, o fenômeno neoconstitucionalista possui três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico.²¹⁷

No marco histórico, está a instituição das principais constituições europeias do pós-guerra, como a Lei Fundamental de Bonn de 1948 e a Constituição da Itália de 1947.²¹⁸

O marco filosófico consiste no pós-positivismo, pregando o retorno da ética e dos valores à discussão a validade do direito, que haviam sido retirados durante o predomínio juspositivista no Direito.²¹⁹

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto. Procura empreender leitura moral do direito sem recorrer a categorias metafísicas; busca a interpretação e aplicação do direito com inspiração em teorias de justiça. Além disso, (i) atribui normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; (ii) reabilita a razão prática e a argumentação jurídica; (iii) estabelece uma nova hermenêutica constitucional; (iv) estabelece nova teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.²²⁰

²¹² ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha**. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2023.

²¹³ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 15.

²¹⁴ LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª ed., 2007, p. 56.

²¹⁵ HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. In: MOREIRA, Luiz (org.). **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012, p. 27.

²¹⁶ LAGI, Sara. Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929). **Revista Co-herencia**, Medellín, v. 9, n. 16, jan./jun. 2012, p. 275.

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 2.

²¹⁸ Ibid., p. 3.

²¹⁹ Ibid., p. 4.

²²⁰ Ibid., p. 5.

No plano teórico, três grandes transformações que subverteram a lógica de aplicação do direito constitucional: (i) o reconhecimento à força normativa da Constituição; (ii) a expansão da jurisdição constitucional; e (iii) o desenvolvimento de uma nova teoria de direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.²²¹

Para Barroso, uma das grandes transformações do século XX foi a atribuição à norma constitucional de status de norma jurídica, em oposição ao modelo que vigorou na Europa, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Assim, as normas constitucionais seriam dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.²²²

Além disso, adotou-se a doutrina da supremacia da constituição e, aliado a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário, sua proteção passava a caber ao Judiciário, por meio remédios constitucionais.²²³

Alfim, passa a existir, no direito constitucional, elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. Como exemplos: o da supremacia da constituição; o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.²²⁴

As tensões, em razão do surgimento de um “direito principiológico”, responsável por tornar a ordem jurídica mais flexível, haveria a necessidade de adotar uma metodologia interpretativa não severamente dedutiva. As tensões entre princípios não poderiam mais ser solucionadas pelo simples recurso aos critérios tradicionais de resolução de antinomias (cronológico, hierárquico e o da especialidade). Elas demandariam um apelo a juízos práticos, fazendo da técnica da ponderação uma ferramenta de larga utilização.²²⁵

5.2. A constitucionalização do Direito e as transformações do direito administrativo brasileiro

Assim, tais condições históricas, filosóficas e teóricas são mencionadas por Barroso como as necessárias para que ocorra ignição de uma profunda mudança paradigmática em prol da constitucionalização do direito.²²⁶

No entanto, o fenômeno pós-positivista atinge o sistema político-jurídico brasileiro com retardo à Europa. De fato, a história constitucional brasileira tem apresentado, ao longo do século XX, momentos de graves instabilidades políticas, que resultaram em golpes de estado, regimes ditatoriais e na negação sistemática dos direitos fundamentais, os quais acabaram por

²²¹ Ibid.

²²² Ibid., p. 5-6.

²²³ Ibid. p. 7.

²²⁴ Ibid., p. 11.

²²⁵ LEITE, Glauco Salomão; TEIXEIRA, João Paulo Allain. O pensamento jurídico brasileiro e a reconstrução da dogmática constitucional pós-1988: o neoconstitucionalismo e a armadilha do protagonismo judicial. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Neoconstitucionalismo: Avanços e Retrocessos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, 1ª ed., p. 57.

²²⁶ Ibid., p. 12

impedir uma absorção mais rápida dessas tendências em pari passu com outros países mais avançados.

Nesse sentido, a sucessão de diversos textos constitucionais é reflexo desse quadro de turbulências internas. Consequentemente, algumas constituições brasileiras, como as de 1937 e as de 1967/1969, careceram de força normativa, aparecendo apenas para conferir roupagem formal de legitimidade ao poder político ilegitimamente estabelecido, nos moldes de uma constituição “folha de papel”. De fato, o histórico autoritário e conturbado do século XX no Brasil dificultou permanentemente o desenvolvimento de uma consciência constitucional em simultaneidade ao que acontecia com os demais países principalmente a partir do fim do período de guerras.²²⁷

Ademais, a história política e constitucional brasileira apresentou constantes alternância entre períodos democráticos e de ditadura. Essa oscilação acarretou uma experiência limitada de pleno exercício de direitos nas três vertentes: individuais, políticas e sociais, sem a continuidade vivida nos países europeus.²²⁸

Com situação prévia, no âmbito político, parecida ao enfrentado pelos países europeus no pós-guerra (um país que tem que ser reerguer juridicamente após período ditatorial), o Brasil passa a absorver diretrizes neoconstitucionalistas, apenas em 1988, com confecção da nova Constituição após mudança do país para o regime democrático.

Na Assembleia Constituinte da nossa presente Constituição, em similaridade ao ocorrido nos países europeus, era de suspeitar que indagações se faziam sobre como se poderia evitar que o país viesse a ser tomado por devaneios ditatoriais no futuro. Medidas eram necessárias para assegurar o regime democrático e ao mesmo tempo garantir os direitos do cidadão que outrora haviam sido retirados.

Assim, a Carta de 1988 simboliza a travessia democrática brasileira, após regime militar de 1964-1985, e contribuiu decisivamente para o mais longo período de estabilidade política da história do país.

A referida Carta incorporou em sua estrutura as diretrizes provindas da virada neoconstitucionalista.

Buscando fincar divisas nesse conturbado percurso repressor, a Constituição de 1988 trouxe um largo rol de direitos fundamentais e de instrumentos processuais para garantir a proteção desses direitos. Em seus contornos, verificou-se a positivação de direitos fundamentais de diversos matizes. Além dos tradicionais direitos individuais e das liberdades públicas, a Constituição também assegurou inúmeros direitos sociais, econômicos e culturais, bem como direitos difusos e coletivos. Ao incorporar vários direitos prestacionais e tantas metas e programas a serem implementados pelo Estado (assegurar o pleno emprego, a erradicação da pobreza e das desigualdades regionais e sociais, dentre outras), assumiu inegavelmente o modelo de constituição dirigente. Isso significa que a proteção dos direitos fundamentais e cumprimento dos programas nela determinados não se efetuam apenas mediante um não fazer estatal.²²⁹

Mais ainda, em conjunto com outros Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha, o fenômeno neoconstitucionalista foi mais intenso.

Uma das faces que distingue o fenômeno ibero-americano dos demais é a constitucionalização das fontes do direito, ou seja, a presença de normas costumeiramente de direito infraconstitucional sendo tratadas na Constituição, o que interfere nos limites de atuação e apreciação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.²³⁰

²²⁷ LEITE, Glauco Salomão; TEIXEIRA, João Paulo Allain., op. cit., p. 51.

²²⁸ XIMENES, Julia Maurmann. **Direito e Políticas Públicas**. Brasília: ENAP, 2021, p. 13.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 20.

Além disso, a doutrina expõe que a Constituição de 1988 possui caráter dirigente, haja vista ser dotada de conteúdo ideológico com ímpeto reformador da realidade político-social subjacente. Assim, além da obrigação de se abster para respeitar as liberdades clássicas e direitos individuais, o Poder público passou a ter deveres positivos necessários à efetividade de direitos prestacionais. Assim, a fixação prévia das diretrizes, no âmago constitucional, dos conteúdos e programas governamentais tidos como prioritários acabou por diminuir a chamada liberdade de conformação do legislador.²³¹

Neste cenário, a partir de 1988, e mais notadamente nos últimos quinze anos, a Constituição passou a impor não apenas sua supremacia formal, mas também supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios.²³²

A Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade de harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito, por meio de uma espécie de filtragem constitucional.²³³

Augusto Martínez entende por “constitucionalização do ordenamento jurídico” um processo de transformação jurídica ao término do qual o ordenamento se resulta permeado por normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma constituição capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais.²³⁴

Segundo Barroso, qualquer operação do aplicador do direito passa a se fundar em uma avaliação de compatibilidade direta e indireta com a Constituição. Direta, quando se tratar de aplicação de aplicação direta de norma constitucional e indireta, quando se tratar e norma infraconstitucional – em que será necessário verificar a compatibilidade da norma infraconstitucional com as normas constitucionais e determinar a orientação e alcance da referida norma para a realização dos fins constitucionais.²³⁵

Segundo Guastini, isso foi possível em vista de sete elementos, não todos de igual importância, segundo sua concepção: (i) uma constituição rígida; (ii) a garantia jurisdicional da constituição; (iii) a força vinculante da constituição; (iv) a “sobreinterpretação” da constituição; (v) a aplicação direta das normas constitucionais; (vi) a interpretação conforme das leis; e (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas.²³⁶

Assim, consequências foram sofridas em cada ramo do direito constitucionalizado. No Direito administrativo, Barroso comenta sobre três principais influências da Constituição: (i) existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; (ii) sequência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; e (iii) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo.

Dessas influências, Barroso destaca três consequências sobre os paradigmas do direito administrativo.

Primeiro, nem todo o interesse público será considerado em supremacia em face do interesse privado, mas somente o interesse público primário, ou seja, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social.²³⁷

Depois, houve por superada a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à Lei, ou seja, de que o administrador só pode fazer o que a Lei determinar ou autorizar. O

²³¹ LEITE, Glauco Salomão; TEIXEIRA, João Paulo Allain., op. cit., p. 52.

²³² BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 20.

²³³ Ibid., p. 22

²³⁴ GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamento jurídico. In: CARBONELL, Miguel (Org.), **Neconstitucionalismo(s)**. Cidade do México: Editorial Trotta, 4ª ed. 2009, p. 50.

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 22.

²³⁶ GUASTINI, Riccardo, op. cit., p. 50 et seq.

²³⁷ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 31-32.

administrador pode e deve atuar por fundamento direto da Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer intervenção do legislador ordinário. O princípio da legalidade transforma-se em princípio da constitucionalidade, da juridicidade, de subordinação à Constituição e à lei, nesta ordem.²³⁸

Por último, surge a possibilidade de controle do mérito administrativo. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem adentrar na discricionariedade administrativa.²³⁹

Dessa onipresença da constituição decorre que toda decisão legislativa já se encontra prerregulada, não exigindo lei que escape ao controle judicial. Assim, não há mais questão sobre legitimidade constitucional que se possa dizer que seja apenas uma questão política, a fim de excluí-la da fiscalização do controle.²⁴⁰

5.3. Contextos sociopolítico e constitucional de transformação do direito

Julia Ximenes fornece elementos do cenário filosófico-teórico da Constituição de 1988 e do ambiente sociopolítico dos últimos anos para se prover as razões das transformações no direito e no controle exercido pelo Poder Judiciário em prol da sindicância do mérito administrativo (judicialização da política).

Assim, expõe primeiro que é a partir da alocação do direito e de seus atores para a centralidade do sistema político-jurídico que proporciona *animus* para a adsorção de tais atividades pelo controle, não só judicial, mas também os demais órgãos de mesma estirpe.²⁴¹

No cenário sociopolítico, explica que o texto constitucional de 1988 passou a incluir direitos sociais, comprometendo o Estado na promoção desses direitos, transformando o Estado de Direito em Estado Social de Direito.²⁴² Nesse sentido, uma das escolhas constitucionais foi de um sistema mais amplo de proteção social, com o tripé da seguridade social: saúde, previdência e assistência, com a articulação entre as políticas, em uma espécie de proteção contra o risco de fragmentação de ruptura social.²⁴³

Nesta nova seara política, diferentes atores – sociais, políticos e jurídicos – passaram a demandar e a receber demandas de novos sujeitos: combater a exclusão com a redistribuição da riqueza e reconhecer os direitos sociais na condição de cidadania e a de reivindicar o exercício desses direitos. Desta toada, surge o que caracteriza a juridicização das relações sociais, no qual consiste na extensão da linguagem dos direitos nos domínios da sociedade que até então não necessitavam de regulação jurídica, como as relações familiares ou laborais.²⁴⁴

Assim, conclui que a discussão sobre direitos (lógica da juridicização) mobiliza o campo jurídico no compromisso com a efetivação dos direitos fundamentais. Segundo a doutrinadora, tal concepção que permitirá a construção de uma cultura favorável à centralidade do Direito e dos atores do campo jurídico na efetivação dos direitos fundamentais.²⁴⁵

Por outro lado, no cenário teórico-filosófico da Constituição de 1988, caracteriza-o por dois elementos: (i) o caráter dirigente da Constituição de 1988, que lastreia o debate sobre questões sociais no Brasil ao fornecer linhas de atuação para a política, ao mesmo tempo, dá

²³⁸ Ibid., p. 32.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ LEITE, Glauco Salomão; TEIXEIRA, João Paulo Allain., op. cit., p. 57.

²⁴¹ XIMENES, Julia Maurmann, op. cit., p. 12.

²⁴² Ibid, p. 14.

²⁴³ Ibid., p. 17.

²⁴⁴ Ibid., p. 19.

²⁴⁵ Ibid., p. 20-21.

amplo espaço ao direito e impõe maiores condicionamentos jurídicos aos poderes públicos; por outro lado, (ii) as características do paradigma filosófico-político adotado pelo texto constitucional, o movimento comunitarista brasileiro, construído com base em três premissas: (i) ênfase dada ao texto constitucional; (ii) ideia de comunidade de intérpretes; e (iii) o conceito de constituição dirigente.

Sobre o primeiro ponto, para os comunitaristas, explica a doutrinadora, era preciso proteger o texto constitucional por intermédio de uma jurisdição constitucional. Além disso, consumou-se a adoção de um conjunto de princípios político-constitucionais que explicitam valorações fundamentais do constituinte, esses em conexão de sentido com os valores compartilhados pela comunidade política.

Nesse ponto, mostra-se pertinente acentuar o caráter reflexivo, autoimposto dos valores fundamentais. Explica, citando MacIntyre, que os mandamentos não são impostos, externamente, como coerção, mas são autoimpostos, no exercício da diversidade mantida por ideais comuns motivadores, os quais redundam em participação, ou seja, são realizados na certeza de que os demais membros da comunidade ao compartilharem de tais ideais também irão cumpri-los com afinco em prol do bem comum. Não há caráter de medo ou receio no descumprimento, nas infrações, mas manutenção da reciprocidade das condutas entre todos os indivíduos do meio social.

O objetivo é realçar o equívoco da distinção entre “para mim” e “para você” de um lado, e “para nós”, do outro (Taylor, 2000). Assim, o que embasa a crítica comunitarista ao liberalismo é a noção de justiça distributiva, priorizando o bem, e não os direitos como fazem os liberais. E como para os comunitaristas o bem é determinado justamente a partir da especificidade histórica e cultural, surge o conceito de comunidade e a sua interface com a noção de participação política, categorias teóricas cruciais para esta análise (...) Trata-se de conectar a moralidade com a institucionalidade própria a cada sociedade, à existência de um entendimento comum, um consenso quanto ao bem, a ser buscado pela coletividade (MacIntyre, 1984)²⁴⁶

Segunda premissa do comunitarismo brasileiro²⁴⁷ consiste na aceitação do fenômeno de interpretação constitucional como fenômeno não só estatal, mas de todos aqueles afetados por ela, conforme estabelecido na teoria da sociedade aberta dos intérpretes da constituição de Peter Häberle²⁴⁸, até porque o senso de comunidade e de dar voz a todos no espaço político depende da aceitação aberta da interpretação constitucional. Como explicou, trata-se de integrar a forças da comunidade política no processo de interpretação constitucional.

(...) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição.²⁴⁹

O terceiro elemento é o caráter dirigente da Constituição, na qual se inclui valores e planos que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade.

Assim, os cenários descritos possibilitaram a mudança de postura dos atores do meio jurídico, em prol da estruturação de uma nova hermenêutica, um novo padrão de interpretação que ficou conhecido como neoconstitucionalismo, após um período de passividade judicial.²⁵⁰

²⁴⁶ XIMENES, Julia Maurmann, op. cit., p. 25 (nota de rodapé n. 19).

²⁴⁷ Ibid., p. 26.

²⁴⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição (Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1ª ed. trad., 2002.

²⁴⁹ Ibid., p. 13

²⁵⁰ XIMENES, Julia Maurmann, op. cit., p. 28

Em similaridade ao ocorrido com o ambiente jurídico, o TCU sofreu das mesmas influências dos cenários descritos por Julia Ximenes, os quais influenciaram-no a passar a executar controle de cunho axiológico sobre os atos praticados por variados atores que compõem a administração pública.

5.4. Comportamento do TCU nos primeiros anos da Constituição de 1988

Nada obstante, deve-se sopesar que tal mudança de atitude não foi instantânea. Da mesma forma que houve certa inércia do corpo judicial em assumir as novas funções; no início, o TCU, como instituição, não detinha ideia precisa de seus novos campos de atuação.

Neste contexto de judicialização da política pública legitimada pelo texto constitucional, o caráter programático acarretou uma inércia inicial no campo jurídico – as metas eram dirigidas ao Poder Executivo, primordialmente, não cabendo ao Poder Judiciário avançar em função típica desse poder, inclusive diante da ausência de legitimidade, já que as metas dependem de políticas públicas, ou seja, planos governamentais que são elaborados por atores representantes da soberania popular. O campo jurídico resistiu ao papel mais político atribuído pelo texto constitucional em um primeiro momento.²⁵¹

Ademais, deve-se lembrar que, como explicado por Barroso, o debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil de maneira consistente já nos meandros da década de 80 tendo enfrentado resistências.²⁵²

Assim, como explica Daniel Sarmiento corroborando o entendimento aqui esposado, logo após a promulgação da Constituição de 1988, havia um profundo hiato entre o que a doutrina pensava, a qual cobrava a efetivação da Constituição pela via judicial, e o que transparecia da jurisprudência corrente do STF, tímida e reticente diante dos valores e das inovações da nova Carta - v.g. orientação então adotada pela Corte em relação ao mandado de injunção e ao controle judicial das medidas provisórias.²⁵³

Assim, defende-se que, do mesmo modo que no STF, o TCU teria adotado uma postura conservadora no início a respeito de seu papel e do alcance das competências, antigas e novas, inseridas no texto constitucional.

Nos primeiros anos após a promulgação da Constituição, pairava no Brasil, entre todas as instituições públicas, uma aura de novidade, fruto de uma mescla de dúvidas sobre o porvir, de indagações sobre os limites e funcionamento da nova Constituição, de necessidade de adaptação a uma nova ordem jurídica e social e do otimismo quanto ao novo quadro democrático que se firmava e com o TCU não foi diferente.²⁵⁴

A propósito, deve-se ressaltar que, a partir da vigência da nova Constituição criaram-se muitas dúvidas a respeito da validade dos termos da antiga Lei Orgânica do TCU, Lei Complementar 199, de 1967, a qual estabelecida no período ditatorial. Em vista da grande abertura conceitual e de sentido concedida pela novel Constituição, não se sabia ao certo qual seria o entendimento a ser dado aos novos termos da Constituição.

Ademais, o TCU, como órgão de controle, provinha de um período relativamente longo de ditadura em que o exercício de suas atividades não era pleno, tendo em vista o receio daqueles que integravam a instituição de serem punidos, de alguma forma, ao tomar medidas contra a administração pública.

²⁵¹ Ibid., p. 28.

²⁵² BARROSO, Luis Roberto, op. cit., p. 8.

²⁵³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª ed., 2009, p. 124.

²⁵⁴ CABRAL, Flavio Garcia. Como o Tribunal de Contas da União tem se comportado ao longo da Constituição de 1988? **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 163.

Assim, esse primeiro período compreendido desde a promulgação da Constituição, em outubro de 1988, até 1995 foi caracterizado por uma atuação branda e bastante discreta do órgão de controle externo no exercício de suas competências constitucionais.

Desta feita, a tese a ser desenvolvida nesta seção consiste em apresentar fatos e documentos que comprovem que as condições colocadas na seção anterior, ainda que necessárias para o florescimento de uma atitude mais incisiva sobre o mérito regulatório, ainda não eram suficientes para alavancar o movimento do controle a respeito da discricionariedade. Era necessário algo a mais.

O Poder Judiciário, da mesma forma, precisou também de algum tipo de ignição para esse tipo de controle do mérito e esse elemento foi a pressão da sociedade civil, por meio de demandas individuais e coletivas, até porque o Poder Judiciário deve respeito ao Princípio da Inércia da Jurisdição, conforme foi explicado por Julia Ximenes no cenário sociopolítico.

Contudo, o TCU não funciona com base na mesma sistemática do processo judicial, porquanto não é órgão do Poder Judiciário. Em muitas das situações é o próprio TCU que precisa angariar provas porquanto o ônus probatório contra o gestor é do órgão de controle, como no caso de auditorias e inspeções. Assim, o Tribunal não age primariamente mediante provocação, mas por meio de ímpeto próprio, sendo proativo na procura de situações de risco para o interesse público.

De toda a forma, a provocação por meio de duas competências constitucionais do TCU o estimulou a mudar o direcionamento das atividades.

Primeiro, em vista do que dispõe no inciso IV do art. 71 da Constituição Federal, o TCU poderia ser provocado para desenvolver fiscalizações a pedido da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou de Comissão técnica ou de inquérito destas casas. Essa competência passou a ser mais comumente utilizada no início do período da novel Constituição.

Segundo, a partir da Constituição de 1988 as empresas públicas e sociedades de economia mista passaram a ser escopo frequente dos trabalhos do TCU, em vista do desenvolvimento do Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei 8.031, de 1990.

Assim, em vista do desenrolar do referido programa de privatizações e da necessidade de atender a demandas do Congresso Nacional, de suas casas e de suas comissões, sobre as referidas privatizações, entende-se, criou-se a fagulha necessária para o desenvolvimento do controle do mérito no âmbito do órgão, o que outrora não se fazia.

No que tange ao atendimento de solicitações do Congresso Nacional, o Tribunal passou, por meio desse dispositivo, a ser alimentado pelo Congresso Nacional de questões políticas relevantes para as quais a sociedade civil demandava soluções.

No tocante às empresas públicas, houve a necessidade de se avaliar aspectos técnicos, relacionados ao funcionamento empresarial, como, por exemplo, modelagem financeira, contabilidade empresarial, e de novas perspectivas, como, por exemplo, aspectos relacionados aos setores econômicos de atuação das empresas, aos requisitos para o exercício profissional do corpo técnico do TCU, o que exigiu aperfeiçoamento e capacitação dos seus servidores para o exercício das novas atividades.

Nesse sentido, o processo de construção e de exercício de competências relacionadas ao controle e avaliação dos estudos da privatização de empresas públicas a partir da promulgação da Lei 8.031, de 1990, mostra-se fulcral para o entendimento do desenvolvimento institucional a respeito da atuação do TCU sobre as agências regulatórias nos anos posteriores. Tal Lei estabeleceu as bases e regramentos do Programa Nacional de Desestatização (PND), conforme já alhures mencionado.

5.5. A influência do Programa Nacional de Desestatização no desenvolvimento técnico do TCU

O processo de privatização no Brasil possui três fases bem definidas: as “reprivatizações” dos anos 80; (ii) as privatizações ocorridas entre 1990 e 1995; e (iii) a fase a partir de 1995.²⁵⁵

No primeiro período, ainda que se tenha concentrado em privatização de empresas que outrora já foram privadas, mas apenas se tornaram públicas em vista de dívidas, foram dados os primeiros passos em direção ao movimento da privatização das empresas públicas. Tal período foi importante por ter contribuído com o ganho de experiência ao governo e com a difusão da ideia de privatização de empresas públicas junto à opinião pública, ainda que não tenha sido um objetivo velado.²⁵⁶

Assim, em 1981, por meio do Decreto 86.215²⁵⁷, de 1981, fixaram-se as primeiras diretrizes para a privatização das primeiras empresas privadas.

Eram enquadráveis para privatização ou desativação: (i) as empresas privadas que, tendo sido criadas pelo setor privado, passaram posteriormente para o controle direto ou indireto da União, em decorrência de inadimplência de obrigações, excussão de garantia ou situações jurídicas semelhantes; (ii) As empresas instituídas pelo Poder Público que não mais devam permanecer sob o controle e direção do Governo Federal, por já existir, sob controle nacional, setor privado suficientemente desenvolvido e em condições de exercer as atividades que lhes foram atribuídas; e (iii) As subsidiárias das empresas instituídas ou controladas direta ou indiretamente pela União, cuja existência não seja indispensável à execução dos objetivos essenciais da empresa controladora e importe em desnecessária ou injusta competição com as empresas privadas nacionais.

Em 1982, o TCU edita Súmula 179 em que se estabelece competência do TCU para averiguar a lisura dos processos de privatização de empresas controladas pelo Estado brasileiro.²⁵⁸ Foi o primeiro passo do Tribunal de forma iniciar os contornos do seu controle sobre as privatizações.

Em 1990, com a promulgação da Lei do PND, a privatização passou a ser uma prioridade política do Estado brasileiro. Em vista da Súmula 179, de 1982, a qual já havia pacificado o entendimento sobre as competências do TCU ante as privatizações, a Lei do PND estabeleceu que competiria ao Gestor do Fundo Nacional de Desestatização preparar a documentação de cada processo de alienação, para apreciação pelo Tribunal de Contas da União (art. 21, inciso XIII da referida Lei).

²⁵⁵ GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Claudia, op. cit., p. 385.

²⁵⁶ Ibid., p. 388.

²⁵⁷ BRASIL. **Decreto 86.215, de 15 de julho de 1981**. Fixa normas para a transferência, transformação e desativação de empresas sob o controle do Governo Federal, nos casos que especifica. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-86215-15-julho-1981-435410-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 3 mar. 2023.

²⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 179/1982**. SÚMULA Nº 179 - No exercício da auditoria financeira e orçamentária sobre as contas das entidades que lhe são jurisdicionadas, cumpre ao Tribunal de Contas da União acompanhar a transferência, transformação e desativação de empresa sob controle do Governo Federal, consoante o chamado "programa de privatização ou desestatização", com vistas à observância dos preceitos legais e regulamentares aplicáveis. Fundamento legal. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inLine=1>. Acesso em: 25 fev. 2023.

Por meio do Decreto 99.464²⁵⁹, de 16/8/1990, as primeiras empresas foram incluídas no Programa Nacional de Desestatização. Neste, as empresas dos setores de fertilizantes, siderurgia e mineração foram as primeiras no intuito privatizador.²⁶⁰

Ante a emergência do início dos processos de desestatização, em 28/5/1991, o Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, por meio de Decisão s/n, decidiu estabelecer critérios para o acompanhamento dos processos de privatização por parte desta Corte:

1º) às Inspetorias-Gerais e Regionais o acompanhamento dos processos de privatização das empresas que lhes são afetas, requisitando, ao seu tempo, os elementos necessários ao pleno conhecimento, por parte deste Tribunal, de cada fase da operação de privatização e, especificamente, os seguintes estágios:

- a) documentação referente à contratação dos serviços de consultoria e dos serviços de auditoria do processo, inclusive propostas das empresas vencedoras e respectivos contratos;
- b) Recibo de Depósito de Ações - RDA, edital de venda, relatórios preliminares e finais dos serviços de avaliação econômico-financeira, montagem e execução do processo de desestatização, proposta de preço e ato de fixação de preço mínimo;
- c) documentação referente à operação de venda, liquidação financeira, contratos decorrentes, relação dos compradores indicando nacionalidade, tipo de ação, preço e quantidade adquirida, relatório e parecer de auditoria independente e outros julgados indispensáveis ao caso, com vistas ao exame definitivo desta Corte;

2º) que os elementos inicialmente requisitados sejam autuados como feitos de acompanhamentos independentes, por empresa, aos quais serão acostados os demais elementos requeridos e, em cada um dos estágios, analisados e encaminhados para informação e apreciação do Plenário; e

c) que as medidas preconizadas sejam seguidas pelas demais Inspetorias do Tribunal, caso ocorra a inclusão de empresas integrantes de sua clientela no PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO.²⁶¹

Como se pode aferir, inicialmente se definiu três estágios de avaliação no âmbito do TCU sobre os processos de privatização. Acontece que tais regramentos definiam fiscalização *a posteriori* de controle de legalidade, o que diminuía sensivelmente qualquer possibilidade de evitar irregularidades ou impropriedades nos estudos. Em vista disso, a capacidade de o controle ser efetivo era bastante reduzida.

Ademais, percebe-se que, nesse primeiro momento, o TCU apresentava-se recluso, limitando-se a aprovar a regularidade dos processos de privatização.²⁶²

²⁵⁹ BRASIL. Decreto 99.464, de 16 de agosto de 1990. Dispõe sobre prioridades, inclusões no Programa Nacional de Desestatização e designação do Gestor do Fundo Nacional de Desestatização. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99464.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

²⁶⁰ BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. **Relatório de Atividades 1992**, p. 16. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/Relatorios-de-Atividades-PND>. Acesso em 25 fev. 2023.

²⁶¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 599/1992 – TCU – Plenário**. Auditoria. Aços Finos Piratini SA, AÇOMINAS e ACESITA. Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados. Privatização. Pedido de verificação de possíveis irregularidades. Conhecimento. Autorização para proceder às averiguações. Relator: Homero Santos, 9 de dezembro de 1992. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordacompleto/*/NUMACORDAO%253A599%2520ANOACORDAO%253A1992/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 25 fev. 2023.

²⁶² Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 36/1992 – TCU – Plenário**. Privatização. ENASA. Acompanhamento do primeiro estágio. Avaliação econômico-financeira. Contrato de prestação de serviço de Auditoria Externa. Regularidade. Restituição do processo à Inspetoria para acompanhamento do segundo estágio. Relator: Marcos Vinícios Vilaça, 12 de fevereiro de 1992. Decisão: **O Tribunal Pleno, em Sessão Ordinária, ao acolher as conclusões do Relator, decide pela regularidade do primeiro estágio de Privatização da Empresa de Navegação da Amazônia-ENASA e pela restituição dos autos à IRCE/PA para o acompanhamento do Segundo Estágio do processo de privatização**. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao->

A despeito disso, o ambiente político nos primeiros anos da década de 1990 foram conturbados, pois, em período inflacionário, foram debeladas denúncias de esquemas de corrupção que levaram ao *impeachment* do primeiro Presidente da República após a Constituição de 1988.

Além disso, após a assunção do Vice-Presidente Itamar Franco à Presidência, preocupações eram externadas a respeito do modo que as empresas estavam sendo avaliadas e vendidas. Tais preocupações foram materializadas na formação de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para averiguar as privatizações do PND, em 1993²⁶³.

Antes disso, parte dessas preocupações eram resvaladas ao TCU, por meio de solicitações do Congresso Nacional. A respeito, mostra-se relevante citar solicitação formulada pelo Deputado Pedro Simon para que o TCU apreciasse os processos de privatização de empresas estatais sob a ótica da eficiência e eficácia da aplicação do Programa Nacional de Desestatização.

2. Requer Sua Excelência, acerca do assunto, o pronunciamento deste Colegiado - no mínimo, a cada três meses - sobre os seguintes quesitos, entre outros que reputar convenientes:

"01 - o valor patrimonial real, o valor mínimo estabelecido para a privatização e o valor recebido e a forma de pagamento para cada empresa privatizada;

02 - as moedas utilizadas na privatização de cada uma;

03 - o fiel cumprimento dos termos do contrato de alienação;

04 - a situação de cada empresa privatizada perante o TCU antes e depois de sua venda;

05 - recomendações feitas pelo TCU às empresas, antes de sua privatização, que tenham sido atendidas e as providências adotadas, e as não adotadas, com a indicação dos motivos da não adoção;

06 - contratos irregulares feitos pelas empresas, antes da privatização, que tenham sido objeto de recomendação do TCU e as medidas adotadas para correção;

07 - valores de mercado das ações das empresas privatizadas, antes e depois da privatização;

08 - total das despesas administrativas e promocionais do Governo e entidades públicas em relação a cada uma das empresas privatizadas; e

09 - Relatórios das Inspetorias Gerais e Regionais referentes ao Plano de Fiscalização do Programa Nacional de Desestatização, de 18 de maio de 1991, do Tribunal de Contas da União."

Esses os quesitos apresentados pelo nobre Senador Pedro Simon.²⁶⁴

Por meio dessa solicitação da Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados, o referido Deputado provocou transformações irreversíveis no âmago das estruturas internas do Tribunal ao longo dos próximos anos.

Isto porque primeiro tal solicitação impôs que o TCU se estruturasse para respondê-la. Assim o Ministro Relator determinou que, no prazo de trinta dias, a Comissão de

completo/privatiza%25C3%25A7%25C3%25A3o/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 2 mar. 2023.

²⁶³ BRASIL. Congresso Nacional. **Relatório 3/1994-CN**. Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito criada através do Requerimento n. 002 de 1993-CN, destinada a investigar fatos decorrentes da execução do Programa Nacional de Desestatização. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/89567>. Acesso em: 2 mar. 2023.

²⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 364/1992 – TCU – Plenário**. Privatização. Pedido de Parlamentar. Solicitação para exame da eficácia e eficiência da aplicação do Programa Nacional de Desestatização. Determinação à CACE para proceder estudos e definir a forma operacional para atender o pedido. Relator: Luciano Brandão Alves de Souza, 8 de julho de 1992. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%25A364%2520ANOACORDAO%25A1992/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 25 fev. 2023.

Assessoramento de Controle Externo (CACE), órgão de cúpula formado pelos Secretários de Controle Externo do TCU, realizasse estudos e levantamentos com vistas a definir a melhor técnica ou forma operacional a ser adotada pelo TCU visando atender o requerimento.

As conclusões dos estudos do CACE foram apreciadas na Decisão 306/1993 – TCU – Plenário. Dele, percebe-se que a mera regularidade dos processos deixou de ser o único foco, porquanto a partir de então as Inspetorias de Controle Externo deveriam providenciar informações a respeito da eficiência e eficácia das privatizações.

4. determinar às Inspetorias de Controle Externo o envio à SEPLOM, nos prazos definidos na Portaria nº 037-GP/90 e mediante utilização dos modelos de formulários sugeridos pela CACE, das informações atinentes às empresas de sua clientela incluídas no PND disponíveis até o último dia de cada trimestre civil, a fim de que integrem o Relatório Trimestral de Atividades desta Corte e, posteriormente, subsidiem a elaboração de parecer sobre a eficiência e a eficácia do Programa, manifestação esta que deverá integrar o Relatório Anual das Contas do Governo;²⁶⁵

Ademais, a solicitação provocou o aumento do número de documentos e informações requeridas pelo TCU para a avaliação de cada uma das privatizações.

5. acrescentar à relação de elementos básicos definida na Decisão de 28.05.91, revista pela Decisão nº 351/92, a obrigatoriedade de pronunciamento do gestor do Fundo Nacional de Desestatização, acompanhado da respectiva documentação, acerca dos seguintes pontos:

5.1. total das despesas administrativas e promocionais efetuadas até o momento da remessa das informações ao Tribunal em cada um dos estágios definidos nas decisões acima mencionadas;

5.2. valor de mercado das ações, no primeiro e no segundo estágios, antes da alienação;

5.3. manifestação acerca do fiel cumprimento dos termos do contrato de alienação e do valor de mercado das ações, no terceiro estágio, após a privatização.²⁶⁶

Ainda sobre a referida solicitação do Congresso Nacional, em vista de os servidores do Tribunal até aquele momento não possuírem formação específica na área de atuação das empresas em alienação, passou-se, a partir de 20/4/1993, a se requisitar serviços técnicos especializados de outros setores da administração pública para auxiliarem no trabalho de avaliação dos parâmetros utilizados na fixação do preço mínimo.

Em 1994, por meio da Decisão 400/1994 – TCU – Plenário, em que se avaliou o conteúdo de relatório elaborado pelo CACE para o Congresso Nacional, o Ministro Relator, em tom de *mea culpa*, ponderou vários problemas que vinham sendo detectados como resultado das privatizações efetuadas, mas que o TCU não havia agido para mitigá-los: problemas de concentração de mercado – e até mesmo fechamento do mercado como estratégia empresarial -, reduzida participação acionária de pequenos investidores, ausência de normas regulamentadoras das transferências posteriores de controle das empresas privatizadas, venda das empresas pela sua capacidade de produzir faturamento desconsiderando particularidades a respeito do patrimônio das empresas (patrimônio operacional e não operacional), projeções extremamente conservadoras, taxa de retorno extremamente altas para todo o período da modelagem.

²⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 306/1993 – TCU – Plenário**. Requerimento formulado pelo Senado e Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Privatização. Solicitação de acompanhamento pelo TCU quanto à eficácia e eficiência dos processos de privatização das empresas estatais. Determinação para constituição de um grupo de Trabalho. Relator: Bento José Bugarin, 21 de julho de 1993. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/Comiss%25C3%25A3o%2520de%2520Assessoramento%2520de%2520Controle%2520Externo/NUMACORDAO%253A306%2520A%2520NOACORDAO%253A1993/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520>. Acesso em 25 fev. 2023.

²⁶⁶ Ibid.

Ademais, enfatizou que os procedimentos até então existentes para o controle do programa de privatização vinha se caracterizando por ser uma atuação *a posteriori* e não em concomitância aos processos de alienação. Mencionou que o TCU só avaliava uma etapa quando esta já estava concluída.

49. Isto tem criado problemas sérios para aferição da normalidade dos processos, ainda mais quando se considera que não estão perfeitamente definidos prazos para encaminhamento a esta Corte, pelo gestor do FND, das informações de envio obrigatório, o que tem forçado este Plenário, em diversas oportunidades, a se manifestar a respeito de eventos inseridos no âmbito do PND em prazos exíguos, que somente permitem o exame da legalidade dos procedimentos adotados em cada caso e inviabilizam a análise acurada dos aspectos econômicos de processos específicos.

50. Esta peculiaridade tem particular importância no que tange à documentação incluída no segundo estágio definido pelas Decisões acima mencionadas, onde é fixado o preço mínimo de venda, que, como já se viu, é o ponto crucial de todo o processo de alienação de uma empresa estatal. Em quase todos os casos examinados por este Tribunal, os elementos atinentes à definição do preço mínimo têm sido remetidos pelo gestor do FND, juntamente com diversos outros elementos concernentes a esta segunda etapa, poucos dias antes da ocorrência dos leilões de privatização, inviabilizando qualquer questionamento mais profundo a respeito dos parâmetros adotados na avaliação, bem como a adoção de medidas corretivas.²⁶⁷

Assim, concluiu fosse necessária a alteração da sistemática de fiscalização atualmente implantada de forma a promover uma fiscalização concomitante de tal modo que permitisse avaliação menos açodada e correções tempestivas.

51. Desta forma, seria conveniente a alteração da sistemática de fiscalização atualmente implantada, promovendo-se uma maior segmentação das etapas hoje existentes, o que, por si só, já implicaria maior proximidade entre o ato praticado e o controle, resultando no aprimoramento deste último. Além disso, poder-se-ia, eventualmente, analisar a possibilidade de serem feitas, regularmente, diligências "in loco" junto ao gestor do FND, com vistas a verificar, "pari passu", o andamento de cada um dos processos de privatização e, simultaneamente, recolher a documentação relativa a cada ato para imediato encaminhamento à Secretaria desta Corte em cuja clientela se incluía a empresa privatizanda. Com isto, o exame dos órgãos técnicos se faria de modo menos açodado, propiciando a realização de questionamentos mais elaborados acerca de cada processo, em particular no tocante à definição dos preços mínimos.²⁶⁸

Vale ressaltar que, anteriormente, por meio da Decisão 83/1994 – TCU – Plenário, o Ministro Relator Bento José Bugarin já havia determinado a elaboração de projeto de Instrução Normativa de forma a consolidar todas as orientações e regramentos a respeito do acompanhamento e fiscalização dos processos de privatização.

Em que pesem as preocupações externadas pelo Ministro, a Instrução Normativa 7²⁶⁹, de 1994, passou a vigor, prevendo prazos no documento que continuaram a ser motivo de críticas do corpo técnico do TCU.

A título de ilustração, a documentação do primeiro estágio só precisava ser enviada ao TCU em até trinta dias do término da confecção do último documento exigido.²⁷⁰

²⁶⁷ Ibid.

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa 7, de 29 de novembro de 1994**. Dispõe sobre a fiscalização dos processos de privatização de empresas incluídas no Programa Nacional de Desestatização criado pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/at-normativo/*NUMATO%25A7%2520NUMANOATO%25A1994/DTRELEVANCIA%2520asc%252CNUMATOINT%2520asc/1/%2520. Acesso em: 3 mar. 2023.

²⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa 7, de 29 de novembro de 1994**. Dispõe sobre a fiscalização dos processos de privatização de empresas incluídas no Programa Nacional de Desestatização criado pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/at-normativo/*NUMATO%25A7%2520NUMANOATO%25A1994/DTRELEVANCIA%2520asc%252CNUMATOINT%2520asc/1/%2520.

Tendo em vista que a referida regulamentação continuava a não possibilitar uma apreciação não açodada, por meio de representação, o corpo técnico encarregado das avaliações de privatizações (9ª Secretaria de Controle Externo – ou 9ª Secex – constante da estrutura interna da Secretaria Geral de Controle Externo do TCU) propôs a formação de um Grupo de Trabalho permanente com o objetivo de acompanhar os processos de alienação das empresas incluídas no PND.

7. A sistemática ínsita na IN 07/94 prescreve que tais laudos somente serão encaminhados a esta Corte após definitivamente concluídos e, no que concerne aos laudos de avaliação econômico-financeira, permite que o BNDES os encaminhe somente 60 dias antes da realização do leilão. Em consequência, ficam as Unidades Técnicas confrontadas com a tarefa impossível de examinarem tal cabedal de informações em um período de tempo exíguo para tanto. É temerária qualquer tentativa de se examinar em 60 dias o trabalho realizado por uma equipe numerosa de técnicos ao longo de mais de um ano.

(...)

Isso tem criado problemas sérios para a aferição da normalidade dos processos (...) ²⁷¹

Desta feita, propôs-se criar um grupo de trabalho permanente para:

- a) acompanhar os processos de privatização desde a inclusão da empresa no PND;
- b) monitorar a gestão das empresas integrantes do PND, com vistas a prevenir gestões danosas que possam desvalorizar a empresa no ato da venda;
- c) acompanhar a elaboração dos laudos de avaliação patrimonial e econômico-financeiro ao longo da confecção dos mesmos, com o auxílio do BNDES;
- d) propor ao Relator do processo quanto à realização de diligências, levantamentos, auditorias ou pedidos de esclarecimentos quanto a aspectos julgados controversos. ²⁷²

O que pode se perceber é que o objetivo do referido grupo de trabalho era de se antecipar aos processos de privatização que viriam para, em atuação proativa, procurar conhecer os elementos, cálculos e o meio econômico da empresa a ser privatizada, de tal forma que fosse necessário menos tempo de reação e de aprendizagem na entrega dos estudos ao TCU. A ideia era reservar – a especialização de – servidores do TCU para apenas apreciarem processos de privatização. A referida proposta foi aceita por meio da Decisão 260/1995 – TCU – Plenário.

Deve-se lembrar que a partir do ano de 1995 o ritmo das privatizações iria se intensificar por meio da inserção dos setores de serviços públicos no foco privatizante.

No ano de 1995, a partir da MP 841 (19/01/95), foram introduzidas algumas mudanças significativas na condução do PND. As decisões do programa, que anteriormente eram tomadas pela Comissão Diretora (CD), passaram a ficar sob a responsabilidade do Conselho Nacional de Desestatização (CND), composto por ministros de Estado relacionados com o PND, visando agilizar a implementação das decisões. Além disso, as aprovações da lei geral de concessões (Lei no 8.987/95) e da lei que definiu o novo regime de concessões de serviços públicos (Lei 9.074/95) possibilitaram a inclusão dos setores de infraestrutura e de serviços de utilidade pública no PND.

(...)

A partir de 1995, começou no Brasil a privatização dos serviços públicos, com destaque para os setores de telecomunicações e energia elétrica. Ao contrário das privatizações anteriores, no caso desses setores era necessário que a venda das empresas fosse

normativo*/NUMATO%253A7%2520NUMANOATO%253A1994/DTRELEVANCIA%2520asc%252CNUM
AT OINT%2520asc/1/%2520. Acesso em: 25 fev. 2023.

²⁷¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 260/1995 – TCU – Plenário**. Representação da 9ª SECEX contendo proposta de constituição de Grupo de Trabalho Permanente para acompanhar os processos de alienação das empresas incluídos no PND. Sugestão acolhida. Relator: Carlos Átila Alves da Silva, 14 de junho de 1995. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A260%2520ANOACORDAO%253A1995/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOI NT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 3 mar. 2023.

²⁷² Ibid.

acompanhada pelo desenho de um esquema adequado de regulação, sob pena de substituir uma situação de monopólio público por outra de monopólio privado. É fácil entender a diferença entre as novas privatizações e as realizadas até 1995. Se o consumidor não estivesse satisfeito com a qualidade e com o preço dos produtos de uma empresa siderúrgica, ele poderia adquirir os de uma concorrente ou, no limite, importar aço. Já um consumidor residencial que não estivesse satisfeito com o serviço do provedor de energia elétrica não teria outra alternativa de trocar de fornecedor nem de apelar para a aquisição de energia do exterior.²⁷³

Ademais, mas não menos importante, deve-se lembrar, outrora mencionado, que, em 1995, o Governo Federal estabeleceu as bases do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, no qual uma das principais bandeiras era a mudança da cultura administrativa brasileira – que, segundo o diagnóstico feito à época, era caracterizado por apego às formalidades – para uma cultura de obtenção de resultados.

O modelo burocrático tradicional, que a Constituição de 1988 e todo o sistema de Direito Administrativo brasileiro privilegiam, está baseado no formalismo, no excesso de normas e na rigidez dos procedimentos. A pretexto de garantir a impessoalidade, dificultou-se a transparência administrativa, inibindo-se deste modo o controle social. A excessiva regulamentação é expressão da ênfase nas normas e processos, e ocorre em detrimento dos resultados.

(...)

A transição para uma administração pública gerencial só será possível se, ao mesmo tempo, que se aprovam as mudanças legais, vá mudando a cultura administrativista do país.

(...)

O que se pretende é apenas dar um voto de confiança provisório aos administradores, e controlar a posteriori os resultados.

(...)

A administração pública gerencial enfatiza os resultados porque pressupõe que será capaz de punir os que falharem ou prevaricarem.²⁷⁴

Deve-se ainda lembrar que, mais à frente, em 1998, tendo em vista as iniciativas propostas pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, seria promulgada a Emenda Constitucional 19, de 4 de junho, que incluiria a “eficiência” como um dos princípios explícitos da administração pública.

Em face das mudanças de paradigma acima mencionados, no Relatório do TCU a respeito da prestação de contas do Presidente da República em 1995, passa-se a falar em exame de resultado e da gestão e em padrões de eficiência, economicidade e eficácia nos programas governamentais e nas políticas públicas. No relatório de 1996, menciona que foi destacada a substituição de controles formais pela avaliação permanente de resultados. Por último, em 1998, passa-se a defender que a responsabilidade do Presidente da República não é vinculada à execução orçamentária ou a questões de forma, mas aos resultados entregues para melhorar a vida da população.²⁷⁵

Assim, a partir da criação do referido grupo de trabalho, o TCU passou a contar com estrutura de servidores integralmente dedicada ao trato das privatizações.²⁷⁶ A partir desse marco, o TCU passou a agir mais rápido sobre as privatizações vindouras. O corpo técnico estava mais ávido, mais preparado e seria mais atuante.

²⁷³ GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia, op. cit., pp. 393-394.

²⁷⁴ BRASIL. Presidência da República, op. cit., p. 34 e 66-67.

²⁷⁵ COSTA, Patricia Vieira da. **Três ensaios sobre mudança institucional no tribunal de contas da união**. Tese (Doutorado em Ciência Política), Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2022, p. 160.

²⁷⁶ Tal grupo de Trabalho foi criado pela Portaria 277, de 14/6/1995.

Tendo em vista o novo destaque técnico do TCU, especializado em privatizações, na Decisão 538/1995 – TCU – Plenário²⁷⁷, o grupo técnico, em atuação de controle concomitante 1ª privatização, após análise preliminar dos Relatórios de Avaliação Econômico-Financeira e do Sumário Executivo dos Serviços “A” e “B” para a alienação da participação acionária da Petrobrás Química S.A. (Petroquisa), e outros estudos encaminhados, verificou a existência de divergências de preço significativas que poderiam indicar séria falha metodológica, em prejuízo do Grupo Petrobrás.

O relatório de inspeção e os estudos realizados pela referida Equipe demonstram claramente que o preço mínimo (R\$ 35,39 milhões) aprovado para a totalidade das ações representativas do capital social da EDN encontra-se subavaliado em cerca de R\$ 100 milhões. Dessa forma, se forem ofertadas em leilão as ações correspondentes à participação acionária da PETROQUISA (33,33% das ações ordinárias e 10,56% das ações preferenciais) pelo preço mínimo aprovado (R\$ 9,46 milhões), poderá ocorrer na venda um prejuízo de mais de R\$ 30 milhões.²⁷⁸

Ademais, na Decisão 487/1996 – TCU – Plenário²⁷⁹, em que se julgou representação do grupo de trabalho que, no curso de fiscalizações correntes, havia descoberto que processos de transferência de concessões do setor de energia elétrica vinham sendo conduzidos de forma autônoma pelas empresas públicas, em desrespeito à Lei do PND, determinou-se ao Ministro de Minas e Energia que adotasse providências necessárias para submeter à aprovação do Conselho Nacional de Desestatização a inclusão no PND a exploração de serviços públicos de energia elétrica de que são detentoras as subsidiárias da Eletrobrás.

Por meio da Decisão 80/1997, o grupo de trabalho apresentou relatório prévio à privatização da Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), após solicitação do Congresso Nacional, em que se objetivou o conhecimento do valor do patrimônio mineral, financeiro e imobiliário da Companhia. Por meio da Decisão 188/1997, o mesmo grupo apresentou relatório prévio com fins de subsidiar a avaliação da futura privatização do Sistema de Telecomunicações Brasileiro (STB). Por meio da Decisão 595/1997 – TCU – Plenário, o grupo apresentou relatório de acompanhamento do processo de privatização da empresa de energia elétrica FURNAS-Centrals Elétricas S.A.

Em paralelo, a partir da Decisão 394/1995 – TCU – Plenário²⁸⁰, diante da emergência de programa de concessões de rodovias federais promovido pelo extinto Departamento

²⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 538/1995 – TCU – Plenário**. Acompanhamento. Programa Nacional de Desestatização. Processo de alienação da participação acionária da PETROQUISA na empresa Estireno do Nordeste S.A. Índícios de subavaliação do Capital Social da entidade a ser privatizada. Determinada a reavaliação da participação acionária. Relator: Carlos Átila Álvares da Silva, 25 de outubro de 1995. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A538%2520ANOACORDAO%253A1995/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em 26 fev. 2023.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 487/1996 – TCU – Plenário**. Representação formulada por unidade técnica do TCU. Acompanhamento do processo de privatização de concessões de serviço público de geração de energia elétrica do grupo ELETROBRÁS. Inclusão no PND, das transferências à iniciativa privada das concessões de exploração de serviço público de geração de energia elétrica. Determinação. Diligência. Relator: Carlos Átila Álvares da Silva, 7 de agosto de 1996. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A487%2520ANOACORDAO%253A1996/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/1/%2520. Acesso em: 26 fev. 2023.

²⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 394/1995 – TCU – Plenário**. Acompanhamento dos procedimentos relativos aos processos de concessão para exploração das Rodovias Federais. Exame de Estágios da concessão. Irregularidades na fase de licitação. Determinação. Estabelecimento de procedimento a serem seguidos no acompanhamento. Relator: Fernando Gonçalves, 9 de agosto de 1995. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A394%2520ANOACORDAO%253A1995/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 2 mar. 2023.

Nacional de Estradas e Rodagem (DNER), em face da experiência adquirida com os processos de privatização, o Ministro Relator Fernando Gonçalves determinou que o acompanhamento dos processos de concessão pelo TCU fosse realizado em 5 estágios, nesse ponto em similaridade operacional aos processos de privatização.

Todavia, aparte da experiência em privatizações, as concessões deveriam ser entregues em prazos significativamente mais razoáveis que os previstos na Instrução Normativa 7, de 1994. Os documentos do primeiro estágio, referentes à modelagem financeira da concessão e sua respectiva viabilidade, deveriam ser entregues em até 30 dias antes da publicação do edital de licitação, enquanto, na Instrução Normativa 7, de 1994, era permitido a entrega dos documentos do primeiro estágio em até 30 dias APÓS a confecção do último item de documento necessário para entrega ao TCU.

Ao mesmo tempo, foi determinada a constituição de grupo de trabalho no âmbito do TCU com a finalidade de apresentar proposta de Instrução Normativa para a regulamentação da atuação do Tribunal nos processos de concessão de serviços públicos.

Assim, com a publicação da Instrução Normativa 10²⁸¹, de 1995, este documento passou a regulamentar a fiscalização, no âmbito da Administração Pública Federal, das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos.

E assim foi-se criando e consolidando não só uma cultura organizacional de atuação efetiva do Tribunal em face dos processos de privatizações e outorgas de serviços públicos, em geral, nas estruturas das atividades fiscalizatórias, como também foi-se fortalecendo o *ethos* organizacional do Tribunal.

Para Selznick, as organizações se transformam em instituições quando são infundidas de valor, ou seja, quando deixam de significar meros instrumentos e passam a ser identificadas como fontes de gratificação pessoal e integridade de um grupo. Esse processo de infusão produz uma identidade distinta para a organização: seu caráter, seu *ethos* organizacional.²⁸²

Por meio da Portaria da Presidência 241, de 1997²⁸³, foi instituído novo grupo de trabalho específico para realizar estudos e apresentar propostas visando dotar o Tribunal de mecanismos e estruturas uniformizadas para o eficaz acompanhamento e fiscalização de todos os processos de desestatização – privatizações, concessões, permissões etc.

A proposta de regulamentação foi avaliada pelo Plenário por meio da Decisão 854/1998 – TCU – Plenário. Nesta, ainda houve proposta do grupo de trabalho para que a 9ª Secex, secretaria vinculada às privatizações, por já dispor de experiência, quedasse com a fiscalização das Agências reguladoras recém criadas, uma vez que tal medida resultaria em várias vantagens, como:

- a) permitiria a análise integrada de todos os aspectos da administração do órgão regulador, obtendo-se a especialização quanto às suas atividades;
- b) evitaria a superposição de ações das Unidades Técnicas, inclusive com a eliminação de posicionamentos divergentes sobre a atuação desses órgãos; e
- c) estabeleceria um canal específico entre os agentes responsáveis pelo desenvolvimento das atividades e o corpo técnico do Tribunal.²⁸⁴

²⁸¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa 10, de 22 de novembro de 1995**. Dispõe sobre a fiscalização, no âmbito da Administração Pública Federal, das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/NUMATO%253a10%2520NUMANOATO%253A1995/DTRELEVANCIA%2520asc%252CNUMATOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 3 mar. 2023.

²⁸² SELZNICK, Philippe. A liderança na administração: uma interpretação sociológica. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972. apud TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; ALVES, Mario Aquino, **Ethos organizacional e controle da corrupção**: o TCU sob uma ótica organizacional. Cadernos Adenauer XII, Rio de Janeiro, n. 3, 2011, p. 77.

²⁸³ Mencionado na Decisão 854/1998 – TCU – Plenário.

²⁸⁴ Ibid.

A referida proposta foi aceita pelo Plenário o que consubstanciou na promoção das primeiras auditorias e levantamentos realizados no âmbito das novéis agências reguladoras. Assim, foram sendo realizadas as auditorias na Anatel²⁸⁵ e no setor de energia elétrica²⁸⁶, entre outras, nos anos seguintes, como já foi esposado em seção anterior.

Ademais, deu-se vigência à Instrução Normativa 27, de 2/12/1998, que passou a regulamentar todos os processos de desestatização no âmbito do Tribunal a partir de então.

Ante o exposto, pôde-se perceber que, a partir de uma postura passiva e leniente com relação às privatizações promovidas pelo BNDES, desde a instituição do Programa Nacional de Desestatização em 1990, e após provocado por solicitações do Congresso Nacional a partir de 1992, o TCU passou tomar medidas, a partir de 1994, para se estruturar efetivamente para o controle da discricionariedade dos agentes responsáveis pela instrução, primeiro, dos processos de privatizações e, depois, no âmbito das outorgas de serviços públicos.

Ademais, passou a adequar seus procedimentos fiscalizatórios, por meio da regulamentação dos processos de apreciação dos estudos de desestatização.

Em resultado, com o fortalecimento da estrutura fiscalizatória, o corpo técnico passou a deter meios de avaliação minuciosa das decisões e das metodologias adotadas nos processos de privatização, tendo encontrado em alguns processos, divergências significativas de preços em relação ao uso das melhores práticas do mercado, em vista de falhas relacionadas à escolha das premissas, como foi no caso da Petroquisa, no âmbito da Decisão 538/1995 – TCU – Plenário. Tais achados apenas reforçavam a necessidade de novas incursões na discricionariedade administrativa, ao passo que também reforçavam a identidade do Tribunal no controle.

A partir daí, em vista da magnitude das falhas encontradas, criou-se uma cultura permanente de se perquirir detalhes das metodologias e de seus cálculos, de forma a se angariar atributos conclusivos sobre a robustez de cada resultado. E caso se encontrassem problemas metodológicos e premissas desconstruídas com a boa técnica ou melhor com as práticas consagradas em cada setor econômico, o TCU passou a determinar, de forma contundente, a adoção de medidas para elidir as falhas encontradas.

Deve-se registrar que, como foi mencionado na Decisão 260/1995 – TCU – Plenário, a fiscalização do TCU a respeito das privatizações se bifurca em duas óticas principais: primeiro, o exame das metodologias e premissas de cálculo das privatizações se inserem no âmbito das avaliações de economicidade, enquanto a avaliação dos processos abarca a legalidade das medidas adotadas. Tais assuntos serão melhor tratados na próxima seção.

5.6. Do alcance da atuação do TCU sobre a discricionariedade regulatória

Nesta seção, pretende-se desenvolver arrazoado de conclusões a respeito dos limites do alcance do controle do TCU, consubstanciados na interpretação da Constituição de 1988 e das leis que normatizam a atuação do TCU, albergados pela interpretação encontrada nos julgados da Corte de Contas.

Conforme foi visto em seção anterior, em vista do que estabelece o inciso IX do art. 71 da Constituição, o TCU executa fiscalizações de ordem contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, as quais podem ser desenvolvidas para que objetos de controle sejam avaliados de acordo com critérios da legalidade, legitimidade e economicidade.

As fiscalizações retromencionadas poderão ser executadas tendo por critério, segundo a Constituição, a legalidade, legitimidade e a economicidade, conforme pode se extrair do art. 70.

²⁸⁵ Julgado por meio da Decisão 402/2000 – TCU – Plenário, de relatoria do Ministro Valmir Campelo.

²⁸⁶ Julgado por meio da Decisão 833/2000 – TCU – Plenário, de relatoria do ministro Adhemar Paladini Ghisi, alhures mencionado.

Por critério de legalidade, entende-se a conformidade com as disposições legais.

A legalidade é um dos princípios constitucionais regentes de toda a atividade da administração pública no Brasil. A verificação de conformidade das obras públicas com os dispositivos legais é atividade cotidiana nas ações de fiscalização do controle externo, especialmente no que respeita a legislação de licitação e contratos e as normas de licenciamento ambiental.²⁸⁷

Para Ricardo Lobo Torres, o controle de validade formal não se esgota na legalidade escrita, na mera adequação do ato à lei formal, senão que tem por finalidade preservar a própria segurança jurídica, que um dos valores fundamentais do direito, ao lado da justiça, com a qual deve estar em permanente harmonia. Conseqüentemente, o controle se estende aos demais princípios derivados da ideia de segurança dos direitos fundamentais, como sejam a tipicidade, a transparência tributária e orçamentária, proibição de vinculação de receita, a irretroatividade, a anualidade, a anterioridade etc.²⁸⁸

Assim, uma primeira ótica de exame consiste no prisma da legalidade estrita dos atos e procedimentos administrativos tomados.

Desta feita, entende-se possível não só a verificação do atendimento dos atos vinculados aos preceitos legais quanto aos seus elementos vinculados, mas também, sob a ótica da legalidade estrita, a verificação se os atos discricionários foram praticados dentro dos limites da discricionariedade conferida pela lei ao administrador.

No que tange à legitimidade, José Nagel explica que significa não apenas a conformidade do ato às prescrições legais, mas também o atendimento aos princípios e fins da norma jurídica e, em tese, da moralidade e da finalidade pública, ou seja, a despesa pública para ser legítima precisa estar direcionada para concretizar o bem comum.²⁸⁹

Luiz Henrique Lima explica que o constituinte, ao distinguir os princípios da legitimidade e da legalidade, assinalou o entendimento que o exame daquela ultrapassa a simples verificação das formalidades legais e dos requisitos materiais dos atos de gestão.²⁹⁰

Citando Hélio Mileski o entendimento é complementado:

Legitimidade seria então estar conforme à lei e ao Direito. Contudo, deixa de encerrar apenas uma conformação de natureza legislativa, indo mais além, na medida em que se estrutura em fundamentos de moralidade, identificando-se com os valores, princípios e fins que regem a ação administrativa, na consecução dos objetivos estatais – o interesse público.²⁹¹

Dessa forma, entende-se que o parâmetro “legitimidade” do controle permite ao Tribunal investigar não só a mera validade formal do ato administrativo, mas também perquirir os pressupostos da formação das decisões de caráter discricionário de tal modo a se avaliar sua conformação aos princípios do Direito.

Por último, por economicidade, pressupõe-se uma avaliação qualitativa, que será feita sopesando os custos e os resultados, para o conjunto da sociedade, tendo em vista as alternativas disponíveis no momento da decisão quanto à alocação dos recursos.²⁹²

²⁸⁷ LIMA, Luiz Henrique. Acessibilidade para pessoas portadoras de deficiências: requisito da legalidade, legitimidade e economicidade das edificações públicas. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 116, set./dez. 2009, p. 75.

²⁸⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. **Revista do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 194, out. / dez. 1993, p. 35.

²⁸⁹ NAGEL, José. Normas gerais sobre fiscalização e julgamento a cargo do TCU. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 28, n. 74, 1997, p. 32.

²⁹⁰ LIMA, Luiz Henrique, *op. cit.*, p. 75.

²⁹¹ MILESKI, Hélio Saul. O controle da gestão pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. apud LIMA, Luiz Henrique. **Acessibilidade para pessoas portadoras de deficiências: requisito da legalidade, legitimidade e economicidade das edificações públicas**, Revista do Tribunal de Contas da União, n. 116, set./dez. 2009, Brasília, p. 75

²⁹² LIMA, Luiz Henrique, *op. cit.*, p. 75.

Sobre o assunto, mostra-se relevante a contribuição de Bugarin para a compreensão do que engloba economicidade. Para o jurista, tal princípio constitui parâmetro de natureza essencialmente gerencial, intrínseco a noção de eficiência, eficácia e efetividade²⁹³.

No que tange às suas dimensões significativas, o vocábulo economicidade se vincula, finalisticamente, no plano da ciência econômica e da teoria geral da administração, à ideia fundamental de desempenho qualitativo. Qualifica-se nesse plano, como a obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico.²⁹⁴

Deve-se ressaltar que há autores que entendem que a economicidade não seria um princípio em si, pois não possui conteúdo informativo, apenas uma diretriz.

O jurista Hans Herbert von Arnim entende que a economicidade não seria princípio do direito, mas sim um “preceito de otimização” (*Optimierungsgeböt*), tendo em vista não dizer o que deve ser otimizado, mas apenas que deve ser otimizado.²⁹⁵

De todo o modo, sendo princípio ou mero preceito otimizador, deve ser exigido e pode ser adotado como critério nas fiscalizações.

A propósito, no que tange aos parâmetros principiológicos do controle (legitimidade e economicidade), mostra-se pertinente assimilar na pesquisa o referencial teórico desenvolvido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o qual afirma a partir do retorno irreversível do humanismo ao centro da pauta jurídico-política, tendo a pessoa como necessário protagonista, transforma dois paradigmas gerais como os mais influentes mega princípios juspolíticos da pós-modernidade e fundamentos essenciais do Estado Democrático de Direito: os direitos do homem e a democracia substantiva.²⁹⁶

Assim, em 1948, toma-se uma guinada significativa no modo de pensar a partir da edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem como preâmbulo da Carta aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, o qual acabou por introduzir no ameadado de pensamentos daquela época a noção de juridicização da dignidade do homem, não apenas como um mero valor a ser perseguido, um mero manifesto político, mas como um direito fundamental de orientação vinculante para todos os sistemas jurídicos do mundo.²⁹⁷

A legalidade não mais era suficiente para fundar um Estado, pois a crença cega na possibilidade da mera positivação de direitos, e na sua aplicação por métodos dedutivos-lógicos, como na subsunção, para o fim último de alcance da vida harmoniosa e do bem comum de todos, havia sido apagada no pensamento de todos aqueles que testemunharam os horrores da guerra.

O direito precisava de algo a mais; de se revigorar com novos atributos, pois precisava vir a dar um novo sentido no imaginar das pessoas. Se assim continuasse, o direito, aí sim, seria um mero pedaço de papel, em similaridade ao afirmado por Ferdinand Lassale sobre as constituições.

Assim, os atos públicos precisavam convencer ao público de sua importância para o bem comum. Nessa lógica, a legitimidade se traslada da crença na mera positivação como atributo superior para novos direcionamentos jurídicos que viessem em seu âmago trazer algo a mais que outrora oferecido em busca do bem comum.

²⁹³ BUGARIN, Paulo Soares. Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCU. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 29, n. 78, out./dez. 1998, p. 41.

²⁹⁴ BUGARIN, Paulo Soares. O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, Belo Horizonte: Fórum, 1ª ed., 2004, p. 210.

²⁹⁵ ARNIM, Herbert Hans von. **Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip**. Berlin: Duncker & Humblot, 1988, p. 37. apud TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 194, out./dez. 1993, p. 37-38.

²⁹⁶ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 1ª ed., 2008, p. 20-21.

²⁹⁷ Ibid., p. 13.

Assim, como já foi falado anteriormente a Lei Fundamental de Bonn de 1949 foi pioneira por ter sido permeável aos clamores que demandavam mudanças do status quo jurídico. As tendências principiológicas foram abarcadas no Direito alemão, vestindo-o de uma roupagem axiológica que deveria representar o cerne da opinião pública alemã.

Impregnado de valores expressos como princípios constitucionais declarando fundamentos e as finalidades das Sociedades e balizando a novas ações do Estado, demarcando o seu legítimo campo de atuação, ou seja, o campo entendido pela sociedade como aquele que continua próprio do Estado.²⁹⁸

Nesta toada, os tradicionais vínculos de legalidade – que caracterizavam suficientemente o Estado de Direito – cederam espaço para a inclusão de novos vínculos de legitimidade – sem os quais não se viabilizaria a sua caracterização como Estado Democrático de Direito.²⁹⁹

Assim, o referencial de legitimidade, para cuja satisfação o modernismo democrático se havia limitado apenas a exigir eleições legítimas dos representantes do povo, ganhou um novo conteúdo no pós-modernismo democrático, para compreender três vertentes no pós-modernismo democrático: (i) a investidura legítima no poder (legitimidade pelo título); (ii) o exercício legítimo do poder (legitimidade pelo exercício); (iii) os resultados legítimos do emprego de poder (legitimidade pelo resultado).³⁰⁰

Paralelamente, a própria acepção da palavra democracia angariaria novos contornos para, além dos aspectos formais, de como funciona a democracia, passa sustentar em seu âmago uma vertente material com a introdução de três princípios: o da participação, o da eficiência e o do controle.³⁰¹

Nessa perspectiva, a legitimidade carrega sentido de busca incessante para se alcançar o bem comum da sociedade. Isso significa que a legitimidade das ações precisa ser posta à prova continuamente de modo a se tanto manter a rota da verdade, o consenso da sociedade em cada momento do tempo, quanto a corrigir padrões desviantes em tempo hábil.

A busca da legitimidade é, ao mesmo tempo, a perquisição da adequação dos atos tomados (legitimidade pelo exercício, alhures mencionado) e resultados atingidos (legitimidade pelos resultados) com os anseios da sociedade, os quais se estampam no Direito.

Nessa direção, a Constituição Federal estabeleceu que o controle externo exercido pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas da União deve perquirir por pressuposto, entre outros, a legitimidade dos atos e resultados alcançados pela administração pública.

O controle exercido mediante tais óticas assim precisa avaliar a adequação dos elementos que compõe cada ato tomado e os resultados alcançados aos princípios reinantes na Carta Maior.

Dessa forma, entende-se que, a partir de interpretações concebidas pela leitura dos julgados, tem-se que o Tribunal de Contas da União parece ter despertado de uma certa paralisia formalista em que se encontrava – em vista, é claro, do contexto antidemocrático (antes de 1988), do qual provinha – para, a partir de 1988, passar a exercer controle minucioso sobre diversas atividades outrora insindicalizáveis.

Surge nesse sentido a doutrina do “controle de segunda ordem” que, inicialmente pressupunha anteparas significativamente rígidas à contenção do controle, mas que em algum momento, logo após sua publicização, diga-se de passagem, adquiriu vida própria no âmago palaciano de contas, sendo retroalimentado a cada julgado pelos seus membros, em vista de necessidades surgentes, sempre em vista do que outrora havia sido mencionado na busca

²⁹⁸ Ibid. p. 23-24.

²⁹⁹ Ibid., p. 20-21.

³⁰⁰ Ibid.

³⁰¹ Ibid.

incessante da legitimidade dos atos e resultados da administração pública em prol do vislumbre de um fim alicerçado no bem comum.

Nesse sentido, compactua-se com sentido apresentado por José dos Santos Carvalho Filho de que a prerrogativa discricionária da Administração deve ser entendida como mitigada, isto é, aquela que não permite uma decisão ampla e livre da parte do Poder Público e exige a verificação dos suportes fáticos lógico-sistemáticos que envolve a atividade pretendida pelo administrado.³⁰²

Entende-se que a sindicância pelo TCU da discricionariiedade regulatória continuamente praticada não só é entendida pelo próprio Tribunal como de integral competência do órgão como assim deve o ser no atual regime constitucional-democrático.

O Tribunal é instrumento para devassar e dar transparência à sociedade civil da atuação das agências reguladoras, desde às vísceras até a superfície, as quais, mesmo sendo autônomas, jamais podem sequer vislumbrar a possibilidade de se intitularem da qualidade de incontroláveis perante a sociedade. Assim o TCU é instrumento contemporâneo da *accountability*, ao funcionar na horizontalidade do conceito, dá chances à transparência vertical.

O mérito regulatório é objeto inerente às fiscalizações de controle externo, sob o estandarte da fiscalização operacional, de modo a se verificar alcance de objetivos, tudo em consonância ao atendimento dos valores que permeiam o Direito, em específico a Constituição.

Nessa perspectiva, mesmo que seja redundante, registra-se que o mérito regulatório deve obedecer e ser controlado sob a ótica dos princípios da Ordem Constitucional Econômica e da Administração Pública Federal, tanto os explícitos quanto os reconhecidamente implícitos à tessitura jurídica, para exemplificar com alguns.

Ademais, ao controle externo não basta o controle principiológico de altura constitucional. O controle do atendimento dos princípios infraconstitucionais deve ser apurado incessantemente.

Em adição, os sentidos dados pelas agências reguladoras a respeito dos conceitos abertos (conceitos jurídicos indeterminados) existentes na Constituição e nas Leis precisam ser constantemente avaliados de modo a não permitir interpretações deficitárias ou discrepantes da potência axiológica do Direito formador.

Nesse sentido, deve-se trazer à baila que, conforme já havia sido mencionado, as agências reguladoras devem desempenhar sua função normativa de acordo com os preceitos que estejam inscritos nas respectivas leis criadoras. Muitos desses preceitos consistem em *standards* que definem parâmetros básicos de conduta das agências no desempenho de suas competências. Tais *standards* costumam vir inscritos na lei criadora de cada agência.

Assim, não só o controle da interpretação desses *standards* (discricionariiedade intelectual), mas também o controle da execução de atividades com base em cada *standard* (discricionariiedade decisória) se mostra essencial para a eficácia do controle externo das agências reguladoras.

Ainda, deve-se ressaltar que a tal “discricionariiedade técnica”, outrora bastante mencionada para a irrupção de barreiras intransponíveis ao controle da regulação, também não pode estar imune à fiscalização. Como já foi mencionado, a presença da técnica, da complexidade, não permite que a agência reguladora disponha de uma discricionariiedade absoluta, totalmente insindicável, pois, como Justen Filho, afirmou mesmo que haja complexidade técnica na decisão a ser tomada, sempre haverá algum nível de decisão político-valorativa na composição do agir.³⁰³

³⁰² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Regularização fundiária: direito fundamental na política urbana. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, ano 3, n. 247, p. 151, jan./ abr. 2008. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/193/2381>. Acesso em: 27 fev. 2023.

³⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 254.

A propósito, mostra-se relevante expor análise de Cesar Pereira³⁰⁴ sobre o assunto, pois o autor delimitou 5 espécies de situações que doutrinariamente seriam costumeiramente mencionados como casos de “discricionariedade técnica”.

Primeiro, quando há liberdade da Administração para realizar exames e apurações técnicas e formular juízos especializados, de modo a preencher um conceito técnico referido na lei, com no caso de aposentadoria por invalidez, conceito que depende de uma restrição terminológica, sob os auspícios da técnica médica e psicológica.

Segundo caso se refere ao se denotar escolhas administrativas relacionadas com casos especializados de conhecimento.

Em terceira hipótese, menciona escolhas administrativas realizadas com base em apreciações técnicas. Neste caso, há um momento de cognição técnica e outro de decisão administrativa.

Quarto sentido seria quando a administração formula escolhas com base em hipóteses científicas que não tenham podido ser objeto de corroboração. São os casos em que a atividade administrativa é de prognóstico, apenas aferíveis segundo métodos de estatística – ou nos quais o conhecimento científico é insuficiente.

Por último, corresponderia às situações em que a administração na atividade instrutória do processo administrativo, nos casos em que a instrução fosse complexa. Haveria discricionariedade técnica na seleção dos fatos relevantes e na sua valoração, ou seja, na fixação dos padrões de instrução.

Quanto ao primeiro caso, o autor conclui não haver discricionariedade, pois, citando Eros Grau, se a decisão é técnica, evidentemente há *standards*, e muito precisos, a serem estrita e rigorosamente atendidos por quem toma a decisão.³⁰⁵

Ou seja: o conceito técnico, empregado pela lei, é definido mediante uma apreciação técnica da administração, de acordo com critérios e procedimentos adequados ao campo da técnica de que se trate. Nesse caso, não há que se falar em discricionariedade. O conflito de interesses sobre o bem da vida já vem resolvido no plano da lei; a apreciação técnica da Administração interfere tão-só no preenchimento do conceito legal.³⁰⁶

Dessa forma, o autor conclui não haver discricionariedade, mas sim uma definição indireta do conceito, que é referido a um juízo extrajurídico, mas pautado por critérios técnicos próprios.

Nessa situação, pode-se encaixar as situações em que a administração, ao desenvolver metodologias de modelagem financeira ou de cálculo de custo de capital de projetos, utiliza premissas e fórmulas discrepantes das melhores práticas do mercado ou da boa técnica utilizada em outras administrações públicas.

Sobre esse tipo de “discricionariedade técnica”, vale ressaltar que Tercio Sampaio Ferraz Junior ensina que, quando a lei usa conceitos que dependem da manifestação de órgãos técnicos e após ter havido a referida manifestação técnica a respeito, a decisão da administração se torna vinculada aos preceitos decididos, ou seja, o fato do tipo da norma não dá discricionariedade, mas apenas uma solução.³⁰⁷

Assim, advoga-se que, quando houver uma clara identificação de melhor prática ou de boa técnica consagrada no setor ou no mercado, não há possibilidade ao administrador – ou regulador – em utilizar algo diferente, pois sua decisão é vinculada.

Como exemplo, pode-se mencionar o mérito da Decisão 230/2001 – TCU – Plenário, de relatoria do Ministro Valmir Campelo, sobre licitação para outorga de direito de concessão

³⁰⁴ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar.2003, pp. 217-267.

³⁰⁵ Ibid., p. 256.

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. **Revista do IBRAC**, v. 4, n. 6, 1997, p. 88.

para exploração de serviços de TV a cabo, em que o TCU determinou à Anatel, entre outros pontos, que esta passasse a adotar metodologia compatível com as melhores práticas do mercado, promovendo estudos fundamentados de viabilidade econômica do empreendimento, considerando inclusive a projeção de lucros e as taxas de risco, de atratividade e de retorno do negócio, a fim de estabelecer o preço mínimo de venda.

Em relação ao segundo e terceiro casos de discricionariedade técnica mencionados pelo autor, entende-se se referirem a uma mesma situação no cerne, que seria a existência de uma margem de apreciação técnica antes de uma decisão administrativa.

A discricionariedade, nestes casos, está na formulação de uma decisão a partir dos dados técnicos colhidos no primeiro momento. Assim, em bora haja discricionariedade, tal característica não decorre da técnica, mas por simples necessidade de apreciação de alternativas após considerações técnicas e tal apreciação de alternativas não difere da discricionariedade administrativa ordinária.

Aqui, há um momento discricionário, em que o juízo técnico é mero dado para a construção de uma solução. Não é possível que o juízo discricionário maquie, negue ou deforme o juízo técnico. Este deve ser tomado tal como resulta da técnica. O que se passa é que a opção administrativa, baseada no prévio juízo técnico, se faz mediante critérios de discricionariedade (no plano normativo).³⁰⁸

Na quarta espécie de discricionariedade técnica, estariam aqueles casos em que a administração age, em certas matérias técnicas, mesmo sem poder contar com um juízo técnico conclusivo e seguro.³⁰⁹

Nessa, seriam incluídos os casos que dependam de avaliações prospectivas e de risco, sem conhecimento científico suficiente, muitos comuns no direito ambiental e econômico³¹⁰. Nestes, independente da precariedade da técnica, o prognóstico deve ser realizado com robustez adequada à complexidade do caso. Não é cabível que a suposta insuficiência de informações dispense a administração de apuração integral dos fatos técnicos que lhe for possível verificar. Assim, ainda que não haja definição técnica suficiente sobre a melhor solução ao caso, a agência reguladora teria a obrigação de utilizar o conhecimento científico da melhor forma a se chegar o mais próximo possível de uma solução adequada.

Por último, a quinta espécie de “discricionariedade técnica” seria aquele derivado de juízos supostamente discricionários que a administração formularia por ocasião da instrução do processo administrativo. Tais juízos seriam referentes à liberdade de valoração das provas no processo.³¹¹

O autor acaba por concluir que nos casos descritos na literatura como sendo de discricionariedade técnica ou se conclui não haver, na verdade, qualquer juízo de discricionariedade neles ou se entende haver discricionariedade, mas sem qualquer diferença neste daquele tipo ordinário que se descreve na doutrina.³¹²

Assim entende que o emprego da expressão “discricionariedade técnica” é apenas fonte de equívocos, pois faz supor que os juízos técnicos da administração são insidicáveis pelo Poder Judiciário – e por todos os tipos de controle, a exemplo do TCU – por serem discricionários, porque haveria uma espécie de discricionariedade que não se submeteria ao mesmo regime ordinário de discricionariedade ou porquanto todas as atividades administrativas relacionadas com questões técnicas são vinculadas e excluíam discricção.³¹³

³⁰⁸ Ibid., p. 259.

³⁰⁹ Ibid.

³¹⁰ MAURER, Hartmut, op. cit., p. 160.

³¹¹ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães, op. cit., p. 260

³¹² Ibid.

³¹³ Ibid.

Desta feita, entende-se que a tal discricionariedade técnica, também pode ser integralmente apreciada pelo controle externo, porquanto não se diferencia da ordinária discricionariedade.³¹⁴

6. Conclusões Finais

A regulação emerge da necessidade de se equilibrar interesses públicos e interesses privados. Os interesses públicos advêm da necessidade de se proteger a economia e a concorrência e os interesses privados, de se albergar condições normais para o auferimento de lucros.

Assim, em vista da necessidade de novos processos de criação de normas para dar conta ao ambiente econômico instável, dinâmico e ativo da concorrência em setores da economia, solidificou-se uma crise na legalidade estrita, porquanto o Poder Legislativo não conseguia estudar, discutir e prover o mercado de soluções tempestivas aos problemas surgentes.

Assim certo poder normativo foi transferido às agências reguladoras para que fosse possível o estabelecimento de normas para os entes privados de certos setores da economia em prol da proteção de interesses da coletividade.

Paralelamente, nos últimos dois séculos, o Direito tem evoluído para consolidar limites ao poder do Estado que atuem como garantias aos cidadãos ao mesmo tempo em que tenta manter certa deferência a um grau de discricionariedade à atuação estatal em vista das finalidades públicas a serem perseguidoras pelos administradores.

Na pós-modernidade, em vista da crises da legalidade e da soberania popular que se instalaram, as quais concentram um sentimento de decepção com os institutos jurídicos que não conseguiram fornecer soluções aos problemas da sociedade do século XX, mormente em face dos resultados dos horrores das guerras mundiais, surge uma nova concepção jurídica, baseada na centralidade e na normatividade da Constituição que deixa de ser mero manifesto político, rasa carta de intenções, para se tornar documento exigível, como se contrato social fosse em prol de uma esperança na concretude de direitos e situações desejáveis no âmago daqueles que compõem a sociedade.

Nessa perspectiva, a Constituição de 1988 inaugurou no Brasil, tardiamente, diga-se de passagem, marco teórico construído em prol da observância obrigatória da ordem axiológico-principiológica, o que acabou por conferir o Princípio da Legalidade papel de coprotagonista junto ao da juridicidade.

Nesse contexto, a atuação dos agentes administrativos passou a ser limitado não só pelo que estabelece na literalidade das leis e regras constitucionais, mas também como direciona à conformação da atuação administrativa aos princípios, implícitos e explícitos, do ordenamento.

Nesse sentido, a atuação das agências reguladoras deve obedecer ao ordenamento jurídico, não só às suas regras positivadas, mas também à ordem principiológica plenamente identificada.

³¹⁴ Nesse ponto, mostra-se necessário apontar que alguns doutrinadores têm tecido críticas à atuação do TCU no âmbito das agências reguladoras, acusando o Tribunal de se tornar uma espécie de revisor geral dos atos administrativos e que tal competência não teria sido dada ao Tribunal pela Constituição. “Todavia, o poder de intervenção do Tribunal de Contas nas atividades da Administração Pública encontra limites. Ele não é instância revisora integral da atividade administrativa, que seja competente para corrigir ilegalidades em toda e qualquer decisão tomada no exercício da função administrativa por entes estatais. Corte de Contas não é Conselho de Estado.” Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. São Paulo: Almedina, 1ª ed., 2020. e CARVALHO, Luciana Luso de. **As agências reguladoras federais de serviços públicos e o controle do tribunal de contas da união**. Belo Horizonte: Fórum, 1ª ed., 2022.

A partir da inauguração constitucional de 1988, reafirma-se com rol de competências ampliado ante de controle externo que, apesar de secular, não vinha anteriormente tendo meios efetivos de provocar mudanças na administração pública. A Constituição passa a lhe conceder posição de destaque na ordem republicana brasileira.

Assim, o Tribunal de Contas da União passou a deter competências bem amplas em seus sentidos, mas não plenamente definidas em seus contornos, o que acabou por possibilitar tendência de crescimento interpretativo do rol de competências e de jurisdicionados.

Neste sentido, o objetivo deste trabalho foi verificar empiricamente, por meio de pesquisa de julgados, o alcance do controle exercido pelo Tribunal de Contas da União no que tange à discricionariedade das agências reguladoras no exercício de suas atividades-fim nos últimos anos e identificar as razões teóricas e históricas para a amplitude do controle exercido

Nesse contexto, pôde-se perceber que o TCU, ao longo das primeiros duas décadas de vigência constitucional, ampliou sua atuação na discricionariedade das agências reguladoras.

Em que pese ter havido momento de discussão sobre as possibilidades de autocontenção, viu-se que, na verdade, não foram frutíferas.

A doutrina do “controle de segunda ordem”, criada pelo Ministro Benjamin Zymler, mencionada pela primeira vez no Acórdão 1.703/2004 – TCU – Plenário, tentou estabelecer amarras à atuação do TCU sobre a discricionariedade administrativa, não só a regulatória, mas, apesar de ter sido aceita pelo Plenário por meio do Voto condutor do Ministro no referido processo, tal entendimento, passou com extrema brevidade, a ser modificado ao longo dos anos.

De uma tentativa de cercear as possibilidades de determinação para apenas casos de ilegalidades estritas, o conceito foi sendo ampliado e culminou com um posicionamento pela possibilidade de se averiguar os meandros da discricionariedade administrativa, inclusive a regulatória, sob os auspícios da juridicidade.

Em vista de tal descoberta, passou-se a apresentar os motivos teóricos e históricos em vista dos quais tal ampliação de atuação teria ocorrido. No âmbito teórico, a recepção do neoconstitucionalismo pela ordem constitucional brasileira e, no âmbito histórico, as novas dinâmicas que surgiram para o TCU, acabaram por demandar mudança de postura ao que vinha se sucedendo no órgão desde a ditadura.

Por último, em considerações finais, apresentou-se arrazoado conclusivo sobre o alcance da atuação do TCU, levando em consideração não somente a evolução dos julgados do TCU, mas também o entendimento doutrinário a respeito do assunto. Finalizou-se apresentando justificativas para a existência de um controle, não só de legalidade, mas também principiológico da atuação administrativa e regulatória.

Em face de todo o exposto no presente trabalho, conclui-se ser de inigualável importância a presença do controle externo atuante sobre a discricionariedade das agências reguladoras, porquanto, por um lado, a função normativa exercida pelas agências costuma ser exercida com ampla liberdade de atuação em vista de serem normatizadas apenas por standards (padrões técnicos), por outro, se reconhece a existência de déficit democrático nas agências reguladoras, decorrente da possibilidade de criação normativa por órgãos não democraticamente eleitos.

7. Referências

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha**. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2023.

ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 89, v. 779, set. 2000.

ALVES, Alaor Caffé. **Lógica: pensamento formal e argumentação**: elementos para o discurso jurídico. Bauru: Edipro, 2000.

ANDRADE, Leticia Queiroz de. Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle). **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, ano 4, n. 15, pp. 209-225, out./ dez. 2006. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/129/372/3851>. Acesso em: 9 fev. 2023.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2009.

ARAÚJO, Ricardo Henrique Miranda. Critérios de seletividade: uma abordagem estratégica para maximização de possibilidades do resultado desejável de auditoria governamental. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, pp. 72-83, set./dez. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, pp. 1-42, abr./jun. 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto 966-A, de 7 de novembro de 1890**. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despeza da Republica. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-a-7-novembro-1890-553450-publicacaooriginal-71409-pe.html>. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto 86.215, de 15 de julho de 1981**. Fixa normas para a transferência, transformação e desativação de empresas sob o controle do Governo Federal, nos casos que especifica. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-86215-15-julho-1981-435410-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto 99.464, de 16 de agosto de 1990**. Dispõe sobre prioridades, inclusões no Programa Nacional de Desestatização e designação do Gestor do Fundo Nacional de Desestatização. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99464.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e contrôle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 8.031, de 12 de abril de 1990**. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 8.630, de 25 de fevereiro de 1993.** Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18630.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 8.443, de 16 de julho de 1992.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm#:~:text=Lei%20N%C2%BA%208.443%2C%20DE%2016%20DE%20JULHO%20DE%201992.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20Lei%20Org%C3%A2nica,Uni%C3%A3o%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 9.074, de 7 de julho de 1995.** Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996.** Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.427%2C%20DE%2026%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201996.&text=Institui%20a%20Ag%C3%A2ncia%20Nacional%20de,el%C3%A9trica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 9.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as Sanções Aplicáveis aos Agentes Públicos nos Casos de Enriquecimento Ilícito no Exercício de Mandato, Cargo, Emprego ou Função na Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 9.984, de 17 de julho de 2000.** Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços

públicos de saneamento básico. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 9.986, de 18 de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 10.233, de 5 de junho de 2023**. 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. Disponível em: 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. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. **Lei 14.026, de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. **Relatório de Atividades 1992**. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/Relatorios-de-Atividades-PND>. Acesso em 25 fev. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Relatório 3/1994-CN**. Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito criada através do Requerimento n. 002 de 1993-CN, destinada a investigar

fatos decorrentes da execução do Programa Nacional de Desestatização. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/89567>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995, p. 3. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Recurso Especial 8.970 SP**. Ação Popular – Litisconsortes Passivos Necessários – Donatários. Integrantes de Tribunal de Contas. Ato aprovado pelo Tribunal de contas. Possibilidade de desconstituição. Desvio de Finalidade. Restrição contida em norma posterior ao ato impugnado. Indenização feita sem o devido procedimento. Nulidade Processual. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, 18 de dezembro de 1991. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100043605&dt_publicacao=09-03-1992&codtipo_documento=1&formato=PDF. Acesso em: 23 jan.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.031/DF**. Constitucional. Administrativo. Lei 9.478/1997. Ausência de impugnação específica. Não conhecimento. Resolução 790/2019 da ANP. Programa de monitoramento da qualidade dos combustíveis (PMQC). Implementação da política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis. Normas técnicas que se inserem no espaço de conformação atribuído à ANP. Proteção dos interesses dos consumidores quanto à qualidade dos produtos. Conhecimento parcial. Improcedência. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 8 de agosto de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352696563&ext=.pdf>, Acesso em: 5/2/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 849-8/MT**. Relator: Sepúlveda Pertence, 23 de abril de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266565>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 168/2004 – TCU – Plenário**. Monitoramento do cumprimento à Decisão Plenária 567/2002. ISSQN. Revisão dos contratos de concessão rodoviária. Medidas adotadas pela ANTT atendem, no geral, ao determinado pelo Tribunal. Necessidade de ajustes nos fluxos de caixa. Determinações à ANTT. Ciência à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados e aos demais interessados. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 3 de março de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A168%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 555/2004 – TCU – Plenário**. Acompanhamento de Revisão Tarifária. Indefinições metodológicas e conseqüente provisoriedade dos índices de reposicionamento e do “Fator X”. Não-consideração do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio. Determinações à Aneel. Comunicações. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 12 de maio de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A555%2520ANO

ACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 556/2004 – TCU – Plenário.** Acompanhamento de Revisão Tarifária. Indefinições metodológicas e conseqüente provisoriedade dos índices de reposicionamento e do “Fator X”. Não-consideração do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio. Determinações à Aneel. Comunicações. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 12 de maio de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A556%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 825/2004 – TCU – Plenário.** Acompanhamento de procedimentos adotados para concessão do Pólo Rodoviário de Pelotas/RS. Rodovia delegada que retorna ao controle da União. Determinação à ANTT. Relator: Adylson Motta, 30 de junho de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A825%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 988/2004 – TCU – Plenário.** Auditoria com o objetivo de verificar a adequação dos valores de tarifas de pedágio na rodovia Rio-Teresópolis, bem como acompanhar a execução do contrato de concessão e avaliar seu equilíbrio econômico-financeiro. Improriedades nas revisões, alterações e adequações tarifárias. Remessa de cópia do relatório à ANTT e CRT, para manifestação. Audiência de um responsável. Determinação para reversão ao fluxo de caixa da CRT, para fins de redução da tarifa de pedágio, da receita de pedágio recebida indevidamente, calculada com base no tráfego real. Outras determinações. Multa. Ciência ao Ministério dos Transportes, à ANTT e à CRT. Relator: Marcos Vinícios Vilaça, 21 de julho de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A988%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.703/2004 – TCU – Plenário.** Auditoria com o objetivo de verificar a adequação dos valores das tarifas do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis, bem como acompanhar a execução do contrato de concessão e avaliar a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro. Falhas verificadas nas revisões, alterações e adequações tarifárias já ocorridas. Remessa de cópia do relatório à ANTT e à CRT, para manifestação prévia ao julgamento dessa auditoria. Audiência de um responsável. Determinação para reversão ao fluxo de caixa da CRT, para fins de redução da tarifa de pedágio, da receita recebida indevidamente, a qual deverá ser calculada com base no tráfego real. Outras determinações. Multa. Ciência ao Ministério dos Transportes, à ANTT e à CRT. Pedido de Reexame. Conhecimento. Provimento Parcial. Considerações sobre a competência do TCU para fiscalizar a atuação finalística das agências reguladoras. Substituição de algumas das

determinações exaradas no Acórdão ora recorrido por recomendações de igual teor. Comunicação aos interessados. Arquivamento dos presentes autos. Relator: Min. Benjamin Zymler, 3 de novembro de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1703%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.756/2004 – TCU – Plenário**. Acompanhamento. Aneel. Processo de Revisão Tarifária da Eletropaulo - Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. Exercício de 2003. Inconsistências metodológicas relativas ao fator X. Desconsideração do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio. Fixação de reposicionamento tarifário acima do devido. Determinação. Remessa de cópia ao Congresso Nacional e interessados. Embargos de Declaração. Conhecimento. Esclarecimentos. Regime tarifário de serviço pelo custo. Regime de serviço pelo preço. Regulação por taxa de retorno. Regulação por preços máximos. Regulação por competição. Taxa de retorno. Conseqüências jurídicas do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio. Impacto no custo de capital da empresa. Impacto nas tarifas. Considerações. Provimento. Comunicação. Relator: Walton Alencar Rodrigues, Revisor: Benjamin Zymler, 10 de novembro de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1756%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 Out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.757/2004 – TCU – Plenário**. Acompanhamento. Aneel. Processo de Revisão Tarifária da Light Serviços de Eletricidade S.A. Exercício de 2003. Inconsistências metodológicas relativas ao fator X. Desconsideração do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio. Fixação de reposicionamento tarifário acima do devido. Determinação. Remessa de cópia ao Congresso Nacional e interessados. Embargos de Declaração. Conhecimento. Esclarecimentos. Regime tarifário de serviço pelo custo. Regime de serviço pelo preço. Regulação por taxa de retorno. Regulação por preços máximos. Regulação por competição. Taxa de retorno. Conseqüências jurídicas do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio. Impacto no custo de capital da empresa. Impacto nas tarifas. Considerações. Provimento. Comunicação. Relator: Walton Alencar Rodrigues, Revisor: Benjamin Zymler, 10 de novembro de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1757%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.926/2004 – TCU – Plenário**. Auditoria Operacional. Considerações a respeito do perfil do usuário de serviços públicos de transporte interestadual e internacional de passageiros. Análise do marco regulatório, da política tarifária e do mercado setorial. Condições da infra-estrutura de terminais rodoviários. Características do transporte rodoviário interestadual semi-urbano no Distrito Federal e Entorno. Recomendações. Determinações. Encaminhamento de cópias. Arquivamento. Relator Adylson Motta, 1º de dezembro de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1926%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.023/2004 – TCU – Plenário.** Representação formulada pelo Exmo Sr. Procurador-Geral junto ao TCU noticiando cobrança irregular de taxa adicional de movimentação de contêineres no Porto de Salvador, pela arrendatária - Tecon Salvados S/A -, administrado pela Codeba. Audiência dos responsáveis. Agravo contra despacho que indeferiu pedido de alteração de carga do processo para a Secex no Estado do Paraná, às vésperas da apreciação de mérito, para fins de vista dos autos. Conhecimento. Improvimento. Manifestação de órgãos especializados sobre a questão (CAP, Antaq e SDE/MJ). Indícios de ilegalidade da cobrança da taxa. Competência da Antaq para manifestação conclusiva sobre a matéria. Fixação de prazo à Agência para pronunciamento definitivo sobre a questão. Conhecimento. Determinações à Antaq e à Codeba. Ciência aos interessados. Sobrestamento dos autos até manifestação definitiva da Antaq sobre a matéria, para que o Tribunal se pronuncie sobre as razões de justificativa do responsável. Relator: Adylson Motta, 8 de dezembro de 2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2023%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.369/2006 – TCU – Plenário.** pedidos de reexame. conhecimento. provimento integral de dois dos recursos e parcial dos demais. supressão de alguns itens do acórdão recorrido e alteração da redação de outros. transformação de algumas determinações em recomendações. 1. Ao exercer o controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, a fiscalização do Tribunal dá-se em segundo plano. 2. Em se tratando de atos discricionários de agência reguladora, o TCU limita-se a recomendar a adoção de providências consideradas por ele mais adequadas. 3. Em se tratando de atos vinculados em que a agência tenha agido em violação à disposição legal ou tenha se omitido na prática de ato que lhe incumbe executar, o TCU exerce sua jurisdição plena, determinando as providências necessárias ao cumprimento da lei. Relator: Valmir Campelo, 9 de agosto de 2006. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1369%2520ANOACORDAO%253A2006/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.138/2007 – TCU – Plenário.** leilão para contratação de energia nova, uhe de santo antônio (complexo do rio madeira). acompanhamento do 1º estágio. apreciação dos estudos destinados ao estabelecimento do preço máximo do leilão. verificadas impropriedades metodológicas nos estudos, resultantes em aumento no preço máximo a ser definido. possibilidade de comprometimento da modicidade tarifária. limites da competência do tcu, na fiscalização das atividades regulatórias. determinações. comunicações. Relator: Benjamin Zymler, 10 de outubro de 2007. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2138%2520ANOACORDAO%253A2007/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 402/2013 – TCU – Plenário**. representação. terminais portuários de uso privativo misto. alegação da autora da representação de irregularidades nas outorgas das autorizações emitidas pelo ministério dos transportes e, posteriormente, pela Antaq, e ainda de ofensa à legislação portuária e respectiva regulamentação. conhecimento. limites da competência do TCU para a matéria. questões controvertidas acerca da interpretação da legislação portuária. questionamentos acerca da sua constitucionalidade. matéria submetida ao supremo tribunal federal. situações constituídas à luz de interpretação razoável adotada à época dos fatos. alegada concorrência assimétrica que não ficou demonstrada nos autos. manifestações do Cade e do MPF na linha do voto do relator. superveniência da medida provisória nº 595, de 06/12/2012 que revogou a lei dos portos e fixou novo marco regulatório, extinguiu a distinção havida entre terminais de uso privativo exclusivo e terminais de uso privativo misto, passando a existir apenas os terminais de uso privado, autorizados a movimentar livremente tanto cargas próprias quanto de terceiros. norma superveniente que passou a regular, de modo mais claro, várias questões alegadas pela representante. improcedência da representação. ciência aos interessados. Relator: Raimundo Carreiro, 6 de março de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A402%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.514/2013 – TCU – Plenário**. Representação de unidade técnica. Resolução Antaq versante sobre uso temporário de áreas em portos organizados. supostas inconstitucionalidade e ilegalidade por ausência de licitação. conhecimento. tema de direito administrativo constitucional econômico. lei nº 8.630/1993 anterior à criação de agência reguladora. diferença fundamental na administração de bens públicos para fins burocráticos e para fins de incentivo e planejamento de atividades econômicas. governança e administração infraestrutural no estado pós-social. licitação como instrumento de governança e não como fim em si. espaços de legítima discricionariedade das agências reguladoras. constitucionalidade quando acompanhados de programa de realização normativa fixado em lei. controle da atuação administrativa por princípios e pela teoria dos excessos e insuficiências do uso do poder discricionário. interesse público e princípios constitucionais econômicos plenamente atendidos pela resolução antaq 2.240/2011. procedimentos suficientes para resguardo dos princípios da igualdade, imparcialidade e isonomia. comprovação prática nos fatos reais regulados. conhecimento da representação. improcedência. Relator: Aroldo Cedraz, 19 de junho de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1514%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.535/2014 – TCU – Plenário**. representação. resolução da Antaq. exploração de áreas portuárias ociosas. precedente do tribunal de contas da união reconhecendo a possibilidade constitucional e legal da prática. identidade de casos. representação improcedente. ARQUIVAMENTO. Relator: Aroldo Cedraz, 24 de setembro de 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2535%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3.490/2014 – TCU – Plenário**. representação. licitação do terminal sts15, no porto de santos. possíveis inconsistências dos estudos técnicos

preparatórios da licitação. revogação de medida cautelar anteriormente decretada. conhecimento da representação. procedência parcial. remessa de cópias. apensamento. Relator: Marcos Bemquerer, 3 de dezembro de 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3490%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.293/2015 – TCU – Plenário.** desestatização. acompanhamento do primeiro estágio do leilão aneel 7/2015. linhas de transmissão e subestações do 2º bipolo da usina de belo monte/pa. alteração, pela aneel, da metodologia de cálculo da taxa de remuneração do empreendimento. utilização de beta distinto na fase de construção. consideração de nível menos eficiente de alavancagem das empresas. inconsistências na estimativa do valor do equipamento. determinação para que se utilize o menor valor de cotação e se atualize o investimento pela variação cambial. determinação para que reavalie o modelo de precificação da rap quanto ao nível de alavancagem das empresas e ao beta. aprovação do primeiro estágio com as ressalvas mencionadas. Relator: José Múcio Monteiro, 27 de maio de 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1293%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 644/2016 – TCU – Plenário.** pedido de reexame. desestatização. aprovação, com ressalvas, do primeiro estágio do leilão aneel 7/2015. discricionariedade técnica da agência reguladora. uso do menor valor de cotação obtido para estimativa do montante de investimento necessário. conhecimento. não provimento. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 23 de março de 2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A644%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.704/2018 – TCU – Plenário.** Auditoria operacional. principais gargalos para liberação de carga containerizada. portos da região sudeste. cobrança do terminal handling charge 2 (thc 2). ausência de regulação da antaq para minimizar falhas de mercado decorrentes de concorrências imperfeitas. audiências de diretores da antaq. REJEIÇÃO DE JUSTIFICATIVAS. MULTA. DETERMINAÇÃO. Relatora: Ana Arraes, 25 de julho de 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1704%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 998/2020 – TCU – Plenário.** Denúncia. possíveis irregularidades no rateio de recursos do fundo de manutenção e desenvolvimento da educação básica e de valorização dos profissionais da educação - fundeb. ocorrências não confirmadas. descoberta de novas falhas. serendipidade. exame de compatibilidade entre lei e decreto municipal regulamentar. conhecimento e procedência parcial. ciência ao município. Relator: Marcos Bemquerer, 22 de abril de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A998%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520

completo/*/NUMACORDAO%253A998%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 36/1992 – TCU – Plenário.** Privatização. ENASA. Acompanhamento do primeiro estágio. Avaliação econômico-financeira. Contrato de prestação de serviço de Auditoria Externa. Regularidade. Restituição do processo à Inspeção para acompanhamento do segundo estágio. Relator: Marcos Vinícios Vilaça, 12 de fevereiro de 1992. Decisão: O Tribunal Pleno, em Sessão Ordinária, ao acolher as conclusões do Relator, decide pela regularidade do primeiro estágio de Privatização da Empresa de Navegação da Amazônia-ENASA e pela restituição dos autos à IRCE/PA para o acompanhamento do Segundo Estágio do processo de privatização. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/privatiza%25C3%25A7%25C3%25A3o/%2520/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 364/1992 – TCU – Plenário.** Privatização. Pedido de Parlamentar. Solicitação para exame da eficácia e eficiência da aplicação do Programa Nacional de Desestatização. Determinação à CACE para proceder estudos e definir a forma operacional para atender o pedido. Relator: Luciano Brandão Alves de Souza, 8 de julho de 1992. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A364%2520ANOACORDAO%253A1992/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 599/1992 – TCU – Plenário.** Auditoria. Açores Finos Piratini SA, AÇOMINAS e ACESITA. Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados. Privatização. Pedido de verificação de possíveis irregularidades. Conhecimento. Autorização para proceder às averiguações. Relator: Homero Santos, 9 de dezembro de 1992. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A599%2520ANOACORDAO%253A1992/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 306/1993 – TCU – Plenário.** Requerimento formulado pelo Senado e Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Privatização. Solicitação de acompanhamento pelo TCU quanto à eficácia e eficiência dos processos de privatização das empresas estatais. Determinação para constituição de um grupo de Trabalho. Relator: Bento José Bugarin, 21 de julho de 1993. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/Comiss%25C3%25A3o%2520de%2520Assessoramento%2520de%2520Controle%2520Externo/NUMACORDAO%253A306%2520ANOACORDAO%253A1993/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520>. Acesso em 25 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 260/1995 – TCU – Plenário.** Representação da 9ª SECEX contendo proposta de constituição de Grupo de Trabalho Permanente para acompanhar os processos de alienação das empresas incluídos no PND. Sugestão acolhida. Relator: Carlos Átila Alves da Silva, 14 de junho de 1995. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO

%253A260%2520ANOACORDAO%253A1995/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 394/1995 – TCU – Plenário.** Acompanhamento dos procedimentos relativos aos processos de concessão para exploração das Rodovias Federais. Exame de Estágios da concessão. Irregularidades na fase de licitação. Determinação. Estabelecimento de procedimento a serem seguidos no acompanhamento. Relator: Fernando Gonçalves, 9 de agosto de 1995. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A394%2520ANOACORDAO%253A1995/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 538/1995 – TCU – Plenário.** Acompanhamento. Programa Nacional de Desestatização. Processo de alienação da participação acionária da PETROQUISA na empresa Estireno do Nordeste S.A.. Índícios de subavaliação do Capital Social da entidade a ser privatizada. Determinada a reavaliação da participação acionária. Relator: Carlos Átila Álvares da Silva, 25 de outubro de 1995. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A538%2520ANOACORDAO%253A1995/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em 26 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 487/1996 – TCU – Plenário.** Representação formulada por unidade técnica do TCU. Acompanhamento do processo de privatização de concessões de serviço público de geração de energia elétrica do grupo ELETROBRÁS. Inclusão no PND, das transferências à iniciativa privada das concessões de exploração de serviço público de geração de energia elétrica. Determinação. Diligência. Relator: Carlos Átila Álvares da Silva, 7 de agosto de 1996. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A487%2520ANOACORDAO%253A1996/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/1/%2520. Acesso em: 26 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 319/2000 – TCU – Plenário.** Processo de acompanhamento da concessão do direito de exploração de Satélite Brasileiro para transporte de sinais de telecomunicações, em regime de competição, utilizando satélites geoestacionários, pelo prazo de 15 (quinze) anos, renovável uma única vez, utilizando posições orbitais notificadas pelo Brasil, ou resultantes de processos de notificação em andamento ou a serem iniciados junto à União Internacional de Telecomunicações ; UIT, bem como radiofrequências associadas. Aprovação dos quatro estágios de que tratam as Instruções Normativas n°s 10/95 e 27/98 do TCU, sendo o primeiro estágio com ressalva. Determinações à ANATEL. Arquivamento dos autos. Relator: Bento José Bugarin, 19 de abril de 2000. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A319%2520ANOACORDAO%253A2000/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 402/2000 – TCU – Plenário.** Auditoria realizada na Agência Nacional de Telecomunicações, visando conhecer a organização, os sistemas, as operações, as atividades e as peculiaridades daquela entidade a fim de subsidiar a

elaboração e implementação de novas técnicas, procedimentos e papéis de trabalho para realização de atividades de fiscalização das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos referentes ao setor de telecomunicações, abrangendo a outorga e a execução contratual, nos termos da Portaria-TCU n.º 510, de 12/11/98; e avaliar os contratos de Consultoria mais vultosos celebrados pela Agência, conforme determinação da Presidência deste Tribunal. Determinações à ANATEL. Autorizada a SEGECEX a adotar providências com vistas à implementação do manual, e respectivos papéis de trabalho, cujo texto foi sugerido pela Equipe de Auditoria para serem observados nos casos de Instrução de processo de licitação para outorga de serviços de telecomunicações e de direito de exploração de satélite brasileiro. Arquivamento dos autos do processo. Publicação na revista Auditorias do TCU. Relator: Valmir Campelo, 17 de maio de 2000. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A402%2520ANOACORDAO%253A2000/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520

Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 833/2000 – TCU – Plenário.** Auditoria Operacional realizada em agência reguladora. Levantamento da organização; dos sistemas; das operações; das atividades e das peculiaridades da agência para subsidiar a elaboração e implementação de novas técnicas, procedimentos e papéis de trabalho para a atividade de fiscalização deste Tribunal. Determinações. Encaminhamento dos manuais de instrução de processos de outorga de concessões de aproveitamento hidrelétrico e de linhas de transmissão propostos pela equipe, com os respectivos formulários, à subcomissão instituída pela Portaria/TCU n.º 510/98. Arquivamento do processo. Relator: Adhemar Paladini Ghisi, 4 de outubro de 2000. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A833%2520ANOACORDAO%253A2000/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 7 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 230/2001 – TCU – Plenário.** Acompanhamento da Licitação n.º 002/99-TVC-SCM/ANATEL, que objetiva a outorga de direito de concessão para a exploração do serviço de TV a Cabo e TVC. Aprovação do Primeiro e Segundo Estágios, com ressalvas. Aprovação do Terceiro Estágio. Determinações à ANATEL. Ciência da Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, à ANATEL e ao Ministro das Comunicações. Relator: Valmir Campelo, 25 de abril de 2001. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A230%2520ANOACORDAO%253A2001/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/1/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 1.066/2001 – TCU – Plenário.** Representação da Secretaria de Fiscalização de Desestatização acerca da segunda revisão tarifária da Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. - ESCELSA. Conhecimento. Audiência e determinações. Relator: Ubiratan Aguiar, 11 de dezembro de 2001. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1066%2520ANOACORDAO%253A2001/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 215/2002 – TCU – Plenário.** Auditoria operacional realizada na Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, visando avaliar a sua atuação na fiscalização das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos

no setor de telecomunicações. Determinações e recomendações. Ciência à Anatel, ao Ministério das Comunicações, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, e às Comissões de Fiscalização e Controle do Senado Federal, de Fiscalização Financeira e Controle e de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados. Arquivamento. Relator: Iram Saraiva, 20 de março de 2002. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A215%2520ANOACORDAO%253A2002/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 456/2002 – TCU – Plenário**. Auditoria Operacional realizada com o objetivo de identificar as causas da crise de abastecimento no setor elétrico. Remessa de cópias. Relator: Ubiratan Aguiar, 8 de maio de 2002. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A456%2520ANOACORDAO%253A2002/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 567/2002 – TCU – Plenário**. Relatório de Inspeção. Análise de audiência. Acolhimento das justificativas apresentadas pelo responsável. Acompanhamento do cumprimento das providências determinadas por meio da Decisão Plenária 281/2000. Medidas adotadas pelo DNER não atendem ao determinado pelo Tribunal. Determinação à ANTT para promover revisão nos contratos de concessão rodoviária. Inclusão no fluxo de caixa das concessionárias da receita financeira proporcionada pela manutenção dos valores indevidamente arrecadados de ISSQN no caixa das empresas. Reversão dos valores indevidamente arrecadados de ISSQN, não utilizados em obras admitidas pelo TCU, na forma de desconto sobre a tarifa de pedágio, pelo período de um ano. Ciência à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados e aos interessados. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 29 de maio de 2002. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A567%2520ANOACORDAO%253A2002/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 1.757/2003 – TCU – Plenário**. Acompanhamento de Revisão Tarifária. Impropriedades metodológicas. Modelo inconsistente de definição do “Fator X”. Modelo inconsistente de definição do risco regulatório. Outras impropriedades. Determinações à Aneel. Comunicações. Arquivamento. Relator: Walton Alencar Rodrigues, 19 de novembro de 2003. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1757%2520ANOACORDAO%253A2003/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2/%2520. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa 7, de 29 de novembro de 1994**. Dispõe sobre a fiscalização dos processos de privatização de empresas incluídas no Programa Nacional de Desestatização criado pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/NUMATO%253A7%2520NUMANOATO%253A1994/DTRELEVANCIA%2520asc%252CNUMATOINT%2520asc/1/%2520. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa 10, de 22 de novembro de 1995**. Dispõe sobre a fiscalização, no âmbito da Administração Pública Federal, das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos. Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/NUMATO%253a10%2520NUMANOATO%253A1995/DTRELEVANCIA%2520asc%252CNUMATOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa 27, de 2 de dezembro de 1998**. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B070CE144B9>. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **O controle externo da regulação de serviço públicos**. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 65 p., 2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União**. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 179/1982**. SÚMULA Nº 179 - No exercício da auditoria financeira e orçamentária sobre as contas das entidades que lhe são jurisdicionadas, cumpre ao Tribunal de Contas da União acompanhar a transferência, transformação e desativação de empresa sob controle do Governo Federal, consoante o chamado "programa de privatização ou desestatização", com vistas à observância dos preceitos legais e regulamentares aplicáveis. Fundamento legal. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A administração pública gerencial: estratégia e estrutura para um novo Estado**. Escola Nacional de Administração Pública, Texto para discussão, n. 9, Brasília. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/817/1/9texto.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Lua Nova**, São Paulo, n. 45, 1998.

BUGARIN, Paulo Soares. **O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União**, Belo Horizonte: Fórum, 1ª ed., 2004.

BUGARIN, Paulo Soares. Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCU. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 29, n. 78, out./dez. 1998, p. 41.

CABRAL, Flavio Garcia. Como o Tribunal de Contas da União tem se comportado ao longo da Constituição de 1988? **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, pp. 161-183, jul./set. 2021.

CANOTILHO, José Jorge Gomes, **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**, Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2001.

CARBONELL, Miguel (Org.), **Neoconstitucionalismo(s)**. Cidade do México: Editorial Trotta, 4ª ed., 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 34ª ed., 2020, *E-Book*.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Regularização fundiária: direito fundamental na política urbana. **Revista de Direito Administrativo**, ano 3, n. 247, p. 151, jan./ abr. 2008. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/193/2381>. Acesso em: 27 fev. 2023.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 16. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARVALHO, Luciana Luso de. **As agências reguladoras federais de serviços públicos e o controle do tribunal de contas da união**. Belo Horizonte: Fórum, 1ª ed., 2022.

CAVALLI, C. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, p. 61–76, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7528>. Acesso em: 15 fev. 2023.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 1ª ed., 2006.

COSTA, Patricia Vieira da. **Três ensaios sobre mudança institucional no tribunal de contas da união**. Tese (Doutorado em Ciência Política), Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2022, p. 160.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 17ª ed., 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 33ª ed., 2020, *E-Book*.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 3ª ed., pp. 114-115.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras**. Palestra proferida no seminário “O controle externo da regulação de serviços públicos”, realizado em Brasília, out. 2001, Brasília: Instituto Serzedelo Corrêa, 2002.

DIDIER JR., Fredie et alli. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Bahia: Juspodivm, 2013.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo (Vol. 1)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed. trad., 2014.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. **Os princípios gerais do direito e os standards jurídicos no código civil**. 2007. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

FARIA, Edimur Ferreira de (Coord.). **Controle da administração pública direta e indireta e das concessões**: autocontrole, controle parlamentar, com o auxílio do tribunal de contas, controle pelo judiciário e controle social. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 1ª ed., 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. **Revista do IBRAC**, v. 4, n. 6, 1997.

FERREIRA, Débora Costa; XIMENES, Julia Maurmann. Diálogos institucionais e impacto orçamentário da judicialização das políticas públicas. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 5, n. 3, pp. 808-831, set. / dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9918/4611>. Acesso em: 4 mar. 2023.

FONSECA, Reynaldo Soares da, COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.) **Direito Regulatório: desafios e perspectivas para a administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FRANÇA. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**. Paris, 1789, Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 6 fev. 2023

FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). **Regulação e Novas Tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 1ª ed., 2017.

GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Claudia. **Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 4ª ed., 2011.

GRAU, Eros. **Direito posto e pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 2008.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 19ª Ed., 1988.

GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª ed., 2005.

GUERRA, Sergio (Org.), **Teoria do Estado Regulador**, vol. 3, Curitiba: Juruá, 1ª ed., 2022.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da constituição** (Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1ª ed. trad., 2002.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed., 1994.

INTOSAI. **International Standards of Supreme Audit Institutions 3000. Performance Audit Standards.** Disponível em: <https://www.issai.org/wp-content/uploads/2019/08/ISSAI-3000-Performance-Audit-Standard.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

INTOSAI. **International Standards of Supreme Audit Institutions 400. Compliance Audit Principles.** Disponível em: <https://www.issai.org/wp-content/uploads/2019/08/ISSAI-400.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa.** São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

LAGI, Sara. Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929). **Revista Coherencia**, Medellín, v. 9, n. 16, pp. 273-295, jan./jun. 2012, Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/774/77424078010.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2023.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª ed., 2007.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. A judicialização da política e do direito: um fenômeno de diferentes causas, sob diferentes abordagens. **XI Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea.** VII Mostra de trabalhos jurídicos científicos, 2014. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11728/1630>. Acesso em: 3 mar. 2023.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Neoconstitucionalismo: Avanços e Retrocessos.** Belo Horizonte: Fórum, 1ª ed., 2017.

LIMA, Luiz Henrique. Acessibilidade para pessoas portadoras de deficiências: requisito da legalidade, legitimidade e economicidade das edificações públicas. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 116, pp. 72-78, set./dez. 2009.

MARTÍNEZ, Augusto Durán, Em torno al Neoconstitucionalismo, **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, pp. 33-72, abr./jun. 2010.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral.** Barueri: Manole, 1ª ed. trad., 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional.** São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 21ª ed., 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 31ª ed., 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. A administração Pública e seus controles. Rio de Janeiro, **Revista de Direito Administrativo**, v. 114, pp. 23-33, out. / dez. 1973.

MORAES, Alexandre de (Org.), **Agências Reguladoras**, São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 55/56, jan./dez. 2001, pp. 51-64.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a "Elaboração Processual de Normas". **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003, p. 6. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12726>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

MOREIRA, Luiz (Org.) **A judicialização da política**, São Paulo: 22 Editorial, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 1ª ed., 2008.

NAGEL, José. Normas gerais sobre fiscalização e julgamento a cargo do TCU. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 28, n. 74, pp. 31-51, 1997.

NEVES, Rodrigo Santos. **Função Normativa e agências reguladoras**, Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, pp. 217-226, jan./mar. 2003.

PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 1ª ed., 2017.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 7, p. 52-80, 1947, pp. 60-61. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9686>. Acesso em: 4 fev. 2023.

ROMAN, Flávio José. Discricionariedade técnica. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner e FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/148/edicao-1/discricionariedade-tecnica>. Acesso em: 5 fev. 2023.

ROSE-ACKERMAN, Susan, LINDSETH, Peter L. **Comparative Administrative Law**. Northampton: Edward Elgar, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2008.

SANTOS, Aline Sueli de Salles; COUTINHO, Doris de Miranda. O papel do Tribunal de Contas frente à accountability. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C**, ano 22, n. 72, p. página inicial-página final, abr. / jun. 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/21662/68023>. Acesso em: 20 fev. 2023.

SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª ed., 2009.

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

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. São Paulo: Almedina, 1ª ed., 2020.

TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; ALVES, Mario Aquino, **Ethos organizacional e controle da corrupção: o TCU sob uma ótica organizacional**. Cadernos Adenauer XII, Rio de Janeiro, n. 3, pp. 75-97, 2011. Disponível em: https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/teixeira_-_ethos_organizacional_e_controle_da_corrupcao_otcu_sob_umaotica_organizacional.pdf. Acesso em: 4 mar. 2023.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. **Revista do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 194, pp. 31-45, out. / dez. 1993.

VIDIGAL, Geraldo. **A constituição federal – 1988 – Interpretações**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada e Instituições superiores de controle no Brasil. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, ano 8, n. 263, p. 224-225, maio/ ago. 2013. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/325/2983>. Acesso em: 20 fev. 2023.

XIMENES, Julia Maurmann. A tensão entre juridicização e judicialização do direito à Educação Superior. **Prisma Jur**, São Paulo, v. 15, n. 1, pp. 125-152, jan. / jun. 2016. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/6999/3333>. Acesso em: 4 mar. 2023.

XIMENES, Julia Maurmann. **Direito e Políticas Públicas**. Brasília: ENAP, 2021.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Missão

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

Visão

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável