UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

NATHÁLIA NÓBREGA COCENTINO

OS NOVOS PARADIGMAS DE ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E O CONTROLE SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Recife

2023

NATHÁLIA NÓBREGA COCENTINO

OS NOVOS PARADIGMAS DE ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E O CONTROLE SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de mestra em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Orientador: Edilson Pereira Nobre Júnior

Recife

2023

Catalogação na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

C659r Cocentino, Nathália Nóbrega.
Os novos paradigmas de atuação do Tribunal de Contas da União e o controle sobre as agências reguladoras / Nathália Nóbrega Cocentino. -- Recife, 2023.
122 f.

Orientador: Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2023.

Inclui referências.

1. Direito Administrativo - Brasil. 2. Tribunal de Contas da União (TCU). 3. Agências reguladoras. I. Nobre Júnior, Edilson Pereira (Orientador). II. Título.

342.8106 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2023-35)

NATHÁLIA NÓBREGA COCENTINO

OS NOVOS PARADIGMAS DE ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E O CONTROLE SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro Ciências Jurídicas, como requisito para a obtenção do título de mestra em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Público.

.

Aprovada em: 23/08/2023.

BANCA EXAMINADORA

_____
Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

_____
Profa. Dra. Luciana Grassano de Gouvêa Melo (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

_____
Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (Examinador Externo)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

_____
Prof. Dr. Pedro Dias de Oliveira Netto (Examinador Externo)

RESUMO

Compreender os paradigmas de atuação do Tribunal de Contas da União em face das agências reguladoras demanda estudo das balizas de controle em relação à atividade finalística regulatória. Nesse sentido, propõe-se perquirir as competências e limites atribuídos pelo ordenamento jurídico pátrio à Corte de Contas, de modo a verificar se o órgão de fiscalização vem adentrando no mérito administrativo e intervindo na regulação do país e, em caso positivo, se possuiria prerrogativa para tanto. Nessa perspectiva, insta examinar o modelo de regulação por agências independentes, as quais possuem autonomia política-administrativa, técnica, normativa, gerencial e orçamentária-financeira. Para tanto, são feitas reflexões acerca de um possível paradigma estrangeiro, passando-se ao estudo do modelo português. Adentra-se, então, na temática da Corte de Contas nacional, verificando a sua evolução histórica, posicionamento no arranjo do Estado brasileiro e as competências que lhe são, atualmente, atribuídas, com destaque para a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e as inovações oriundas da Constituição Federal de 1988. Para além da verificação legislativa, devem ser observados outros fatores conjuntamente responsáveis pelo crescente fortalecimento institucional do TCU. Outrossim, necessário tratar dos diversos posicionamentos doutrinários acerca do controle exercido pela Corte em face das agências reguladoras, bem como analisar a jurisprudência, doutrina interna e instruções normativas do Tribunal de Contas da União, almejando averiguar uma possível interpretação expansionista de suas competências. Por fim, cumpre realizar a investigação casuística, com destaque para as auditorias operacionais em face de agências reguladoras e a análise de editais e contratos de concessões, observando-se o controle exercido pela Corte de Contas. Nessa perspectiva, a presente monografia adota o método hipotético-dedutivo e, com relação à técnica de pesquisa, o estudo será desenvolvido mediante pesquisa de cunho bibliográfico-documental, a partir de material científico doutrinário e da análise de julgados do TCU, da doutrina interna do Tribunal e de instruções normativas por ele proferidos.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Tribunal de Contas da União; controle externo; agências reguladoras; competências e limites; atividade regulatória; mérito administrativo.

ABSTRACT

Understanding the paradigms of action of the Federal Court of Accounts over regulatory agencies demands a study of the control in relation to the final regulatory activity. In this regard, it is proposed to investigate the competences and limits attributed by the national legal system to the Court of Auditors, in order to verify if the supervisory body is entering improperly in the merit of administrative act and interfering in the country's regulation and, if so, whether it would have the prerogative to do it. In this perspective, urges to examine the model of regulation by independent agencies which have political-administrative, technical, normative, managerial and budgetary-financial autonomy. For this purpose, reflections are made on a possible foreign paradigm, being selected the study of the Portuguese model. After that, the national Court of Accounts' theme is approached, verifying its historical evolution, positioning in the arrangement of the Brazilian State and the competences that are currently assigned to it, highlighting the Organic Law of the Federal Court of Accounts and the innovations resulting from the Brazilian Federal Constitution of 1988. In addition to the legislative investigation other factors must also be considered responsible for the Federal Court of Accounts institutional strengthening. Furthermore, it is necessary to deal with the various doctrinal positions about the control exercised by the Court over regulatory agencies, as well as analyze the *case law,* internal doctrine and normative instructions of the Federal Court of Accounts in order to verify a possible expansionist interpretation of its competences. Therefore*,* a case-by-case investigation with emphasis on the operational audits on regulatory agencies and an analysis of tender notices and concession contracts*,* observing the control exercised by the Court of Accounts should be laid down. In this perspective, this final paper adopts the hypothetical-deductive method and regarding the research technique, the study will be developed through bibliographic-documentary research, based on doctrinal scientific material and the analysis of the Federal Court of Accounts case law, internal doctrine and normative instructions.

Keywords: Administrative law; Federal Court of Accounts; external control**;** regulatory agencies; competences and limits; regulatory activity; merit of administrative act.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....7

2 O MODELO DE REGULAÇÃO POR AGÊNCIAS INDEPENDENTES.....10
2.1 Do Estado liberal clássico ao Estado capitalista-regulador.....10
2.2 A ascensão do Estado Regulador no Brasil.....17
2.3 O modelo brasileiro de agências reguladoras independentes.....24
2.4 O necessário controle externo das agências reguladoras brasileiras.....29

3 O PARADIGMA PORTUGUÊS.....34
3.1 A busca por um paradigma adequado para fins comparativos.....34
3.2 O controle pela Corte de Contas portuguesa.....39
3.3 As autoridades reguladoras independentes portuguesas e o seu controle.....49

4 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.....56
4.1 Evolução histórica do Tribunal de Contas da União.....56
4.2 A Corte de Contas no ordenamento pátrio: posição e competências 60
4.3 A atuação da Corte de Contas brasileira nas questões regulatórias: uma análise teórica.....71

5 ANÁLISE EMPÍRICA DO CONTROLE EXERCIDO PELO TCU EM FACE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....82
5.1 Análise de editais e contratos de concessões.....82
5.2 Auditorias operacionais e equiparação de recomendações a determinações.....96
5.3 Outras percepções práticas.....103

6 CONCLUSÃO.....109

REFERÊNCIAS.....112

1 INTRODUÇÃO

Ao tratar do tema “Os novos paradigmas de atuação do Tribunal de Contas da União e o controle sobre as agências reguladoras”, o presente estudo propõe-se a compreender a fiscalização exercida, atualmente, pela Corte de Contas em face dos entes reguladores, sobretudo no que tange às balizas de controle que podem ou não incidir em relação à atividade finalística regulatória.

Assim, objetiva-se uma análise das competências e limites atribuídos pelo ordenamento jurídico pátrio, de modo a verificar se o órgão de controle vem adentrando na regulação do país e, em caso positivo, se possuiria prerrogativa para tanto.

Nessa perspectiva, a fim de alcançar a resposta aos questionamentos desta pesquisa, o presente trabalho adota o método[1] hipotético-dedutivo[2]. Destarte, através do supramencionado método, será realizada uma análise investigativa a fim de que sejam formuladas hipóteses de referência para as

observações a serem feitas sobre o tema, com a posterior valoração da aplicação das conclusões alcançadas nos casos concretos.

Com relação à técnica de pesquisa[3], o estudo será desenvolvido mediante uma pesquisa de cunho bibliográfico-documental, elaborada a partir de material científico publicado e da análise de julgados do TCU, da doutrina interna do Tribunal e de instruções normativas por ele proferidos. Por conseguinte, do ponto de vista da técnica documental, pretende-se investigar os limites do controle do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras, a partir da jurisprudência, doutrina interna e instruções normativas do Tribunal.

---

[1] De acordo com Eva Maria Lakatos e Maria Marconi, o método consiste no conjunto de procedimentos sistemáticos e racionais que permitem alcançar os objetivos da pesquisa, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista. Destarte, através do método, traça-se o caminho a ser seguido pelo cientista, auxiliando-o nas decisões e na detecção de erros (LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Maria de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica.* 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003. p. 83-84). De modo análogo, Antônio Carlos Gil leciona que o método científico é um conjunto de procedimentos intelectuais e técnicos utilizados para atingir o conhecimento (GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 8-9).

[2] Acerca do método hipotético dedutivo, vide HENRIQUES, Antônio; MENEZES, João Bosco. *Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica*. GEN. Atlas, 2017.

[3] Segundo Lakatos e Marconi, as técnicas de coleta de dados consistem em um conjunto de regras ou processos utilizados por uma ciência, correspondendo à parte prática da coleta de dados (LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003. p. 222).

Ao mesmo tempo, a pesquisa bibliográfica representará parte considerável do trabalho, sendo apreciadas obras de maior referência na área em âmbito nacional e artigos publicados em periódicos ou sítios eletrônicos de profissionais especializados.

Quanto ao desenvolvimento da monografia, *ab initio*, é preciso compreender o modelo de regulação por agências independentes e tal estudo pressupõe uma análise, ainda que concisa, comparativa e evolutiva da posição do Estado no âmbito econômico, por meio das fases liberal, intervencionista e reguladora.

Necessário, portanto, tratar do Estado Regulador através de três conceitos primordiais: privatização, liberalização e desregulação, e a sua evolução em direção a um novo modelo regulatório, qual seja, a regulação independente.

Após a compreensão da relação entre Direito e Economia do Estado liberal clássico ao Estado Capitalista-Regulador, torna-se viável analisar a evolução da regulação no Brasil para, em seguida, adentrar-se no modelo nacional de agências reguladoras independentes.

Investigar-se-á, portanto, inovações legislativas, com enfoque na contemporânea autonomia das agências reguladoras brasileiras, a qual pode ser compreendida em diversas facetas, falando-se em autonomia política-administrativa, técnica, normativa e gerencial e orçamentário-financeira.

Após a ponderação sobre a autonomia das agências reguladoras brasileiras, passa-se à análise de aspectos controvertidos, de modo a compreender os mecanismos de controle externo, em especial com relação ao Tribunal de Contas.

Antes de adentrar no cerne da presente pesquisa, é preciso averiguar o modo pelo qual se manifesta o controle exercido pela Corte de Contas no direito estrangeiro, no particular da função regulatória, traçando-se um breve histórico do surgimento de tribunais de contas no mundo para, então, estudar o modelo português, corte de contas estrangeira selecionada, com ênfase no controle exercido sobre a Administração Pública, em especial as agências reguladoras independentes portuguesas. Referido paradigma foi escolhido, sobretudo, em virtude das afinidades entre nossos direitos, diante da base da família jurídica romano-germânica, e pela semelhante motivação que desencadeou o surgimento da regulação independente, isto é, as demandas de diminuição da atuação estatal.

Após tais inquirições, que configurarão o segundo capítulo, é possível adentrar na temática do Tribunal de Contas da União, terceira parte do desenvolvimento, e,

para melhor compreensão do tema, é importante traçar um breve histórico do ordenamento jurídico brasileiro acerca da Corte de Contas.

Verificada, ainda que em linhas gerais, a evolução histórica da Corte de Contas nacional, insta elucidar a discussão no que toca ao posicionamento do Tribunal no arranjo do Estado brasileiro e as competências que lhe são, atualmente, atribuídas, com destaque para a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e as inovações oriundas da Constituição Federal de 1988. Além de uma verificação legislativa propriamente dita, devem ser observados outros fatores conjuntamente responsáveis pelo fortalecimento institucional do TCU nos últimos anos.

Objetiva-se, portanto, no terceiro capítulo, compreender os diversos posicionamentos doutrinários acerca do controle exercido pela Corte em face das agências, almejando averiguar se há uma possível interpretação expansionista de suas competências.

Em seguida, indispensável tratar da autonomia do órgão controlador e da delimitação de sua competência, já expostas no plano legislativo, mas agora a partir da jurisprudência, doutrina interna e instruções normativas do Tribunal de Contas da União, bem como verificar, no plano teórico, possíveis disparidades entre tais fontes, visto que é possível que haja a invocação abstrata de uma autolimitação, porém, a prática demonstre certa ingerência nas agências reguladoras.

Por fim, no quarto capítulo, cumpre realizar a investigação casuística de situações em que o Tribunal de Contas da União analisou editais e contratos de concessões, realizou auditorias operacionais em face de agências reguladoras, equiparou recomendações a determinações e impôs a revisão de normas de regulação. Outrossim, indispensável sopesar o diálogo institucional, observando-se o controle exercido pelo TCU, a reação da agência reguladora e a posterior checagem pela Corte de Contas.

2 O MODELO DE REGULAÇÃO POR AGÊNCIAS INDEPENDENTES

2.1 Do Estado liberal clássico ao Estado capitalista-regulador

A compreensão do modelo de regulação por agências independentes pressupõe uma análise, ainda que concisa, comparativa e evolutiva da posição do Estado no âmbito econômico, a qual, a partir das lições de Vital Moreira[4], dá ensejo a três fases: liberal, intervencionista e reguladora.

A fase liberal, cuja origem remonta aos séculos XVII e XVIII, teve seu apogeu após a Revolução Industrial e o desenvolvimento do capitalismo industrial, sobretudo no início do século XIX, e foi marcada pela separação entre o Estado e a economia, de modo a predominar a liberdade de empresa e a liberdade econômica.

Considerando que o modelo liberal, de modo amplo, almejava superar a opressão do Antigo Regime, com destaque para as monarquias absolutistas europeias, foram consagrados direitos fundamentais conhecidos como de primeira dimensão[5]. como o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Logo, vedava-se a atuação autoritária e desarrazoada do Estado, de modo que o papel estatal dever-se-ia limitar às tarefas de polícia e de salvaguarda dos quadros institucionais econômicos, garantindo a livre iniciativa individual e a consolidação da classe burguesa.

Destaque-se que o modelo liberalista clássico pode ser ponderado sob uma perspectiva política e uma econômica. No tocante ao liberalismo político, deve ser

---

[4] O autor demarca a interação Estado-economia em três fases correspondentes aos modelos de Estado liberal, Estado intervencionista e Estado regulador, garante ou subsidiário (MOREIRA, Vital. Serviço público e concorrência. A regulação do setor elétrico. In COSTA, Almeira; SOARES, Ehrhardt; et al. *Os caminhos da privatização da Administração Pública*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 223-227).

[5] Considerando o caráter complementar dos direitos fundamentais, opta-se pela utilização do termo "dimensões", em detrimento da expressão "gerações de direitos". Assim como leciona José Carlos Vieira de Andrade, com o advento da posterior geração de direitos, não há superação dos direitos então preponderantes, sobretudo em virtude da redefinição de sentido e de conteúdo dos direitos fixados na geração tida por anterior (ANDRADE, José Carlos Vieira de*. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2001). De modo análogo, defende Ingo Wolfgang Sarlet, apontando ser preferível a utilização do termo "dimensões", considerando que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais possui caráter cumulativo de complementaridade e não de alternância, ao tempo que o termo "gerações" pode transmitir erroneamente a ideia de substituição gradativa (SARLET, Ingo Wolfgang. Um dossiê sobre taxonomia das gerações de direitos. In Mark Tshnet e as assim chamadas dimensões ("gerações") dos direitos humanos e fundamentais: breves notas. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 2, 2, p. 498-516, 2016).

salientada a divisão dos poderes[6], a partir da suplantação do poder absoluto monarca diante da adoção do parlamentarismo ou do republicanismo. Por sua vez, com relação ao liberalismo econômico, imperioso salientar as diretrizes do, então, novo pensamento econômico, fixadas por Adam Smith. Afinal, o filósofo e economista britânico[7] foi responsável por defender a não intervenção estatal na economia, em virtude da salvaguarda da livre iniciativa, pois os cidadãos deveriam ser livres e responsáveis por si mesmos. Valorizava-se, portanto, o esforço individual e a meritocracia, já que o indivíduo seria o único responsável por seu (in)sucesso.

Em consonância, sustentou Smith, em *The Wealth of Nations*, a existência de uma "mão invisível" que faria com que a economia restasse autônoma ao poder da iniciativa privada, independentemente de intervenção do Estado, visto que eventual atuação estatal representaria óbice ao crescimento econômico.

Das lições de Vital Moreira[8], extrai-se que o cerne da ordem inaugurada pelo Estado Liberal consiste em um mercado natural com atuação sem amarras, em detrimento de um mercado artificial, marcado por restrições sobre a produção e pelo poder do soberano. Nas palavras do autor, a economia seria jogada para fora do direito, de modo que o mercado natural restaria caracterizado por uma abstenção do Direito em regular a economia.

Não obstante, a liberdade econômica liberal fomentou desigualdades sociais, ensejando forte reação por parte das doutrinas socialistas e comunistas. Ademais, em virtude da Primeira Guerra Mundial, grandes problemas políticos e sociais ensejaram o declínio do modelo liberal, o que contribuiu também para a disseminação de sistemas totalitários, como, por exemplo, o fascismo e o nacional-socialismo.

Destarte, a política econômica do liberalismo clássico revelou-se ineficaz, precipuamente com o advento de crises, como a Grande Depressão decorrente do *Crash* da Bolsa de Nova York em 1929.

---

[6] Sobre o tema, necessário destacar a contribuição do iluminista Montesquieu, em L'*Esprit Des Loix***,** responsável por desenvolver a consagrada teoria da tripartição de poderes, isto é, Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, tornando mais efetiva a funcionalidade entre população e governo, a partir da comparação entre diferentes tipos de governos (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005).

[7] Segundo o autor, a riqueza de uma nação seria medida pela riqueza do povo e não pela riqueza dos príncipes, de modo que o Estado deveria intervir o mínimo possível na economia. Assim, a economia livre se regularia de forma automática, através de uma "mão invisível", sendo os preços ditados pelo próprio mercado, a partir da oferta e demanda (SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações.* Nova York: Bantam Classics, 2003).

[8] MOREIRA,Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973, p. 74-75.

Em contrapartida, dentre outras teorias[9], surge o Keynesianismo, defendendo Keynes[10] que o mercado não é capaz de autorregulação, de per si, devendo o Estado participar na economia através de, por exemplo, empresas, investimentos e regulação do comércio. Desse modo, em oposição aos ideais liberais, a Teoria Keynesiana defendia, na busca do equilíbrio, a intervenção estatal na economia a partir do protecionismo de mercado. Ademais, buscou-se o investimento de capital por parte do governo, o equilíbrio entre a demanda e a produção e a garantia de benefícios sociais.

É possível afirmar, portanto, que a doutrina Keynesiana configurou revisão da Teoria Liberal, servindo de base para o chamado Estado de bem-estar social (Estado-providência ou *Welfare State*). Assim, o modelo intervencionista foi adotado por muitos países, pois a interferência estatal parecia essencial para a recuperação do pós-guerra.

Portanto, verificou-se uma economia com o lucro voltado para a iniciativa privada, mas marcada por uma regulação estatal visando assegurar condições de vida digna para a população, através de uma atuação ativa estatal na busca da justiça social. Por meio da criação de instituições típicas do setor privado por parte da Administração, centralizava-se a realização de serviços públicos, mas não apenas no fornecimento, até então, tradicional. Consoante leciona Luís Moncada[11], o *Welfare State* representou uma ampliação da esfera de atuação do Estado, o qual passou a abranger setores econômicos que não contavam com a participação pública, indo além do fornecimento de serviços públicos tradicionais, alcançando setores sociais, mas também aqueles cuja participação privada era isolada.

A fase do Estado Intervencionista perdurou, aproximadamente, do fim da Grande Guerra até o início da década de 1980, sendo marcada pela intervenção do Estado na vida econômica, seja diretamente, através, por exemplo, da criação de empresas públicas, seja mediante a orientação e o controle da economia privada, impondo um planejamento diretivo da economia e condicionando a liberdade de iniciativa.

---

[9] No tocante à transição entre o velho liberalismo e as novas ideias de um Estado social, vide BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2011.
[10] KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda. Clássicos da economia – eBook*. São Paulo: Saraiva, 2017.
[11] MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico.* 5. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 32.

Não obstante, merece destaque o final do período de reconstrução das economias nacionais após a Segunda Guerra Mundial, interregno no qual a redistribuição e a gestão macroeconômica discricionária emergiram como prioridades políticas de parcela majoritária dos governos da Europa Ocidental.

Nesse ponto, saliente-se, assim como expõe Giandomenico Majone[12], que as teorias político-econômicas modernas do Estado distinguem três tipos principais de intervenção pública na economia, quais sejam, a redistribuição de renda, a estabilização macroeconômica e a regulação do mercado. Contudo, em consonância com as lições do autor, a importância relativa dessas funções varia de acordo com o país e com o período histórico.

A redistribuição de renda, conforme leciona o autor, inclui todas as transferências de recursos de um grupo de indivíduos, regiões ou países para outro grupo, assim como o fornecimento dos denominados bens de mérito, aqueles bens que os governos obrigam os cidadãos a consumirem como educação primária, certas formas de saúde e seguro social.

Com relação à estabilização macroeconômica, tenta-se alcançar e sustentar níveis satisfatórios de crescimento econômico e emprego por meio de instrumentos como a política fiscal e monetária, o mercado de trabalho e a política industrial.

Por sua vez, as políticas regulatórias objetivam a correção de falhas de mercado[13] como o poder de monopólio, as externalidades negativas[14], as informações incompletas[15] e o fornecimento insuficiente de bens públicos.

Diante de tais características, como bem destaca Majone[16], a importância atribuída às políticas redistributivas e à gestão discricionária da demanda agregada é

---

[12] MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. *Revista do Serviço Público.* Ano 50, número 1, Jan-Mar 1999.

[13] No tocante ao tema, valiosas as lições de Marcos Antônio Rios da Nóbrega (NÓBREGA, Marcos Antônio Rios. *Direito da Infraestrutura*. 1ª Ed. São Paulo: Editora *Quartier Latin*, 2011).

[14] As externalidades são definidas como efeitos gerados em terceiros, podendo ser qualificadas como positivas ou negativas. Assim, os excedentes econômicos dos contratos precisam refletir o bem-estar social causado, incluindo também a variação na situação de terceiros (TIMM, Luciano Benetti. GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 166).

[15] Como lecionam Luciano Timm e João Francisco Guarisse, a assimetria de informações ocorre quando uma das partes de uma transação possui mais informações do que a outra, causando dois problemas específicos: a seleção adversa e o risco moral (TIMM, Luciano Benetti. GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 166-167.

[16] MAJONE, Giandomenico. From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. Jornal of Public Plicy. Vol. 17, Maio-Agost. 1997, p.141.

revelada pelos rótulos de Estado do Bem-Estar Keynesiano, Estado do Bem-Estar e Estado Keynesiano.

Não obstante, por volta da década de 1970, fatores como a globalização, as crescentes taxas de desemprego e de inflação, a insustentabilidade dos elevados gastos públicos, o fraco desempenho econômico, a corrupção e a burocracia excessiva culminaram no desgaste do até então consenso social-democrata sobre o papel benéfico do Estado positivo e ativista, bem como a sua aptidão para minimizar as falhas de mercado.

Caracterizam-se, portanto, as falhas do setor público[17], de Estado ou de não-mercado, diante do não alcance dos objetivos sociais e econômicos, surgindo respostas políticas, embora variadas de acordo com o país e o momento, com a mudança do modelo de governança.

Dessa maneira, no final da década de 1970, observa-se o surgimento de um novo modelo marcado pela privatização[18], liberalização, reforma da previdência e desregulamentação nos moldes tradicionais, mas também o crescimento da formulação de políticas regulatórias em novos moldes. Denota-se, como expõe Giandomenico Majone[19],” não um desmantelamento de toda a regulação pública — um retorno a uma situação de laissez-faire que, de fato, nunca existiu na Europa — mas sim uma combinação de desregulamentação e re-regulação, possivelmente em um nível diferente de governança”.

Em consonância, como bem destaca Edilson Nobre Júnior[20], o Estado Regulador, Garante ou Subsidiário representa um retorno ao mercado, abdicando o Poder Público da condição de empresário através de três conceitos primordiais:

---

[17] O termo foi utilizado por Roland McKean, em 1965, para tratar de limitações em uma noção de mão invisível do comportamento estatal (MCKEAN, Roland N. The Unseen Hand in Government*. American Economic Review*, 1965, p. 496-506).

[18] Sobre a privatização, elucida Juan Carlos Cassagne que, ao abarcar a transferência ao setor privado da gestão dos serviços públicos que antes prestavam empresas estatais, cria-se a necessidade de regular essas atividades para proteger adequadamente os interesses da sociedade (CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervencion administrativa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, p. 151).)

[19] Segundo Giandomenico Majone, observa-se um *“dismantling of all public regulation — a return to a situation of laissez-faire which in fact never existed in Europe — but rather a combination of deregulation and re-regulation, possibly at a different level of governance”* (MAJONE, Giandomenico. From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. *Jornal of Public Policy*. Vol. 17, Maio-Agosto. 1997, p.143).

[20] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras. Ebook*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 936.

privatização[21], liberalização e desregulação. Presencia-se, então, a alienação das empresas e do controle acionário por parte do Estado (privatização), a abertura da concorrência em setores que estavam sob o regime de exclusividade (liberalização) e a eliminação ou redução das restrições ao ingresso no mercado e às atividades, ampliando a concorrência (desregulação).

Tais paradigmas, segundo os entendimentos de Gaspar Ortiz[22], fazem com que se reclame um novo modelo de regulação que se pretende mais eficaz que o modelo tradicional. No mesmo sentido do acima exposto, elucida Vital Moreira[23] que a superação do Estado-interventor não implica regresso, puro e simples, ao *laissez-faire*, mas antes, reclama um reforço na atividade regulatória estatal.

Afinal, a regulação prevalecente durante o Estado intervencionista era desenvolvida sob a dependência do Governo e vai sendo superada por uma regulação dita independente, ou seja, exercida objetivando o distanciamento entre o regulador e o Poder público e se pauta, ao menos no plano teórico, na razão-técnica, na imparcialidade e na previsibilidade, buscando a desgovernamentalização, a despolitização e a despartidarização da função reguladora.

De igual modo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto[24] evidencia que, no processo de expansão do Estado regulador, resta nítida uma evolução em direção a um novo modelo regulatório, politicamente neutro, de solução de conflitos setoriais interprivados, valendo-se de uma característica híbrida de imperatividade e de consensualidade ao absorver técnicas e métodos próprios dos ramos público e

---

[21] No tocante à privatização, importante observação traz Majone ao afirmar que, para compreender a relação entre privatização e regulação — mais precisamente: regulação estatutária administrada por agências ou comissões independentes — deve-se ter em mente que a propriedade pública tem sido, historicamente, o principal modo de regulação econômica na Europa. Como expõe o autor, o fracasso da regulamentação pela propriedade pública explica a mudança para um modo alternativo de controle pelo qual os serviços públicos e outras indústrias consideradas como afetando o interesse público são deixadas em mãos privadas, mas estão sujeitas a regras desenvolvidas e aplicadas por agências especializadas. Referidos órgãos, em geral, consistem em autoridades administrativas independentes — independentes no sentido de que podem operar fora da linha de controle hierárquico dos departamentos do governo central. Logo, o nexo causal entre a privatização e a regulação estatutária forneceria uma explicação importante, embora parcial, do crescimento do estado regulatório (MAJONE, Giandomenico. From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. *Jornal of Public Policy*. Vol. 17, Maio-Agosto. 1997, p. 144.

[22]ORTIZ, Gaspar Ariño. *Princípios de derecho público económico (Modelo de Estado, gestión pública e regulación económica).* Granada: Editorial Comares, 2001, p. 602-603.

[23] MOREIRA, Vital. Serviço público e concorrência. A regulação do setor elétrico. In COSTA, Almeira. SOARES, Ehrhardt. et al. *Os caminhos da privatização da Administração Pública*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.223-227.

[24] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159-166.

privado do Direito. Logo, segundo o autor, impõe-se uma solução *in fieri* na busca pela superação das amargas experiências estatizantes e centralizadoras de um passado ainda recente.

Assim também discorre María Salvador Martínez[25], em uma análise comparativa sobre a nova geração de agências e comissões especializadas que operam a distância do governo central nos Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha, França e Espanha. Sobre o estudo, aponta Mónica Arenas Ramiro[26] que as denominadas autoridades independentes são uma manifestação das transformações estatais[27] em virtude da globalização do mercado e do fortalecimento dos poderes econômicos.

Importante salientar, como o faz Ramiro[28], que a compreensão das ditas autoridades independentes e, por conseguinte, da regulação, envolve o contexto constitucional[29], a forma de governo e a forma de organização do Poder Executivo e da Administração, diferentes em cada um dos países. Não obstante as particularidades do contexto jurídico-político de cada país, seria possível traçar características comuns para a regulação dita independente.

Dentre os traços comuns, expõe Ricardo Rivero Ortega[30], em *Derecho administrativo económico*, que a regulação independente, diante da necessidade de imposição de limites por parte da Administração, busca oferecer respostas efetivas às falhas de mercado, à concorrência insuficiente, às externalidades negativas e às carências de informação.

---

[25] MARTÍNEZ, Maria Salvador. *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España.* Ed. Ariel: Barcelona, 2002.

[26] RAMIRO, Mónica Arenas. Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España - Reseña Bibliográfica. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 24. Núm. 70. Enero-Abril 2004, p. 381.

[27] De igual modo, Fabio Merusi aponta que a redescoberta do mercado e da concorrência foram responsáveis pelas *administraciones independientes*, reguladoras de mercado e de concorrência (MERUSI, Fabio. Las administraciones independientes. In El Derecho Administrativo em Itália: tendências actuales (II). *Documentación Administrativa*. Instituto Nacional de Administración Pública, 1998, p. 23-24).

[28] *Ibidem* p. 386.

[29] Destaque também feito por Edilson Nobre Júnior, segundo o qual o termo regulação não é estático, sofrendo injunções da passagem do tempo e do contexto histórico em que está inserido (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras*. *Ebook*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 868).

[30] ORTEGA, Ricardo Rivero. *Derecho administrativo económico.* 5ª Ed. Madri: Marcial Pons, 2009, p. 24.

Entretanto, merece menção a crítica feita por Paulo Otero[31], segundo o qual, paradoxalmente, durante o século XX, vislumbra-se, por um lado, um renovado esforço para vincular a atuação administrativa aos interesses legítimos dos particulares e, por outro, um curioso fenômeno de atrelar a Administração Pública ao Direito Privado. Dessa maneira, para o mencionado jurista, aumentam as garantias dos particulares, impedindo que o Direito Administrativo seja visto como um simples repositório de prerrogativas de autoridade, contudo, a Administração passa a pautar a sua atuação em amplos setores por regras e princípios alheios ao Direito Administrativo, o que, ainda segundo o autor, representaria uma redução do campo regulador da atividade administrativa.

Por outro lado, como discorrem Karlos Navarro e Miguel García[32] — de modo congruente com os entendimentos até então aqui expostos — o novo modelo regulatório possui duas finalidades precípuas: a manutenção da concorrência para que não haja a substituição do monopolista público pelo monopolista privado e a salvaguarda dos interesses públicos.

Compreendida a relação entre Direito e Economia do Estado liberal clássico ao Estado Capitalista-Regulador, torna-se viável analisar a ascensão do Estado Regulador no Brasil para, em seguida, adentrar-se no modelo brasileiro de agências reguladoras independentes.

2.2 A ascensão do Estado Regulador no Brasil

Diante do aporte teórico supramencionado, torna-se viável compreender, de modo breve, as três fases pelas quais se manifesta o Estado de Direito brasileiro diante da Economia.

---

[31] OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 282-283.

[32] NAVARRO, Karlos; GARCÍA, Miguel Sendín. Los mercados regulados de servicios públicos. In RUIZ, Jorge Fernandéz (Coord.). *Derecho administrativo global*. México – D.F.: Editorial Porrúa, 2013, p. 577-578.

Com relação ao Império[33] e à Primeira República brasileira[34], denota-se a prevalência do perfil de Estado liberal[35], de modo que a intervenção estatal na economia teve como expoente, com o advento da Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, a competência conferida ao Congresso Nacional para legislar acerca de comércio exterior e interior, podendo autorizar a emissão e a disciplina da moeda e limitações necessárias ao se tratar de bens públicos.

[33] A Constituição Brasileira do Império de 1824 tratou dos direitos fundamentais, então nomeados de direitos civis e políticos, nos artigos 173 a 179. Mais precisamente no artigo 179, XXII, houve previsão de garantia da propriedade em sua plenitude, com a redação seguinte: "XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indemnisado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização" (BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil. 25 de março de 1824.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm . Acesso em: 13 de junho de 2022). Do diploma constitucional, denota-se a existência de garantias de liberdade e do direito de propriedade, com destaque para a autonomia contratual, contudo, não se vislumbra dispositivo disciplinando a intervenção estatal na economia.

[34] A primeira Constituição da República Federativa do Brasil de 1891, com a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, trouxe a seguinte previsão: "Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 5º legislar sobre o comercio exterior e interior, podendo autorizar as limitações exigidas pelo bem publico, e sobre o alfandegamento de portos e a creação ou suppressão de entrepostos; [...] 8º crear bancos de emissão, legislar sobre ela, e tributá-la;" (BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 24 de fevereiro de 1891.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm . Acesso em: 15 de junho de 2022).

[35] Sobre o caráter liberal da Constituição do Império de 1824, vide *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* de José Antônio Pimenta Bueno (BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600 . Acesso em: 15 de junho de 2022.

Mais adiante, sobretudo no tocante às Constituições de 1934[36], 1937[37], 1946[38] e 1967[39] e a Emenda Constitucional de 1969[40], observa-se a presença estatal na economia e sobre a economia, no intento de, paralelamente, regular a economia e se inserir na atividade empresarial. Destaque-se, como expõe Caio Tácito[41], a criação de várias empresas públicas[42] e, segundo o autor, a criação do Instituto de Resseguros

[36] A Constituição de 1934 representou uma mudança de paradigma ao disciplinar, do artigo 115 ao 143, *A Ordem Econômica e Social*, impondo limites à ordem econômica na busca por uma existência digna a todos, bem como prevendo, dentre outros, a possibilidade de monopólio de atividades econômicas e industriais, o fomento da economia popular e a nacionalização (BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 16 de julho de 1934.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm . Acesso em: 15 de junho de 2022).

[37] Por sua vez, a Constituição de 1937 tratou *Da Ordem Econômica* nos artigos 135 a 155, sendo marcada pela intervenção estatal na liberdade de iniciativa econômica, conforme se observa no seguinte dispositivo: "Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta" (BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 10 de novembro de 1937.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm . Acesso em: 15 de junho de 2022).

[38] Nos artigos 145 a 162, tratou a Constituição de 1946 *Da Ordem Econômica e Social*, devendo-se destacar a incidência dos princípios da justiça social sobre a ordem econômica e a autorização de competência regulatória, de modo genérico, consoante artigo 146, segundo o qual: "Art 146. A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição" (BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 18 de setembro de 1946.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.html. Acesso em: 15 de junho de 2022).

[39] Com relação à Constituição de 1967, a qual tratou, no intervalo entre os artigos 157 e 166, *Da Ordem Econômica e Social*, importante mencionar a enumeração de princípios da ordem econômica, na busca pela realização da justiça social: "Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros" (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. 24 de janeiro de 1967.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm . Acesso em: 15 de junho de 2022).

[40] Com a Emenda Constitucional de 1969, houve alteração no rol de princípios retores da ordem econômica, passando a Constituição a prever: "Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e VI - expansão das oportunidades de emprêgo produtivo" (BRASIL. *Emenda Constitucional nº 1. 17 de outubro de 1969*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm . Acesso em: 15 de junho de 2022).

[41] TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 202, otubro/dezembro, p.2-3, 1995.

[42] Conforme defende Ricardo Martins, o texto constitucional e a interpretação racional do sistema vigente levam a considerar que toda empresa estatal constituída para prestar serviços públicos, realizar obras públicas e exercer função pública é uma contrafação de autarquia (MARTINS, Ricardo

do Brasil, em 1939, da Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, e da Companhia do vale do Rio Doce, em 1942, representou o ingresso da empresa pública, com seus contornos particulares, na vida econômica nacional. Mencione-se, ainda, a criação da Petróleo Brasileiro S.A (Petrobras), em 1953, e, em 1962, a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobrás). Mais além, tais orientações prosseguiram ao longo do governo militar no Brasil.

Não obstante, entre as décadas de 1970 e 1980, constata-se o embrião do que, sobretudo na década de 1990[43], iria culminar na fuga do Estado empresário. Nesse sentido, por meio do Decreto nº 83.740/1979 foi instituído o Programa Nacional de Desburocratização e, posteriormente, houve a criação do Programa Nacional de Desestatização com projetos de privatização e de desregulamentação, bem como a criação do Conselho Nacional de Desestatização.

Associadamente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribuiu ao Estado brasileiro três formas de intervenção na ordem econômica, quais sejam, a de agente da atividade econômica, a competência da regulação[44] e as atividades indutoras, valendo-se aqui da política fiscal. É o que leciona Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti[45], explanando a existência de três formas básicas de intervenção estatal na ordem econômica, de modo que, na primeira, o Estado desenvolve a atividade econômica, competência direta do setor privado, quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo; na segunda, o Estado possui relevante papel na proteção dos princípios que pautam a ordem econômica, agindo como ente regulador, na missão de fiscalizar as atividades econômicas exercidas pelo setor privado; e, na terceira, o Estado se vale da política

---

Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 277). Ainda sobre o tema, vide MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3. nº 11. Belo Horizonte, Janeiro-Março de 2013, p.115-148.

[43] Como expõe Rafael Carvalho Rezende Oliveira, a década de 90 no Brasil, período em que as agências foram criadas sob a inspiração norte-americana, apresentava as condições sociais, jurídicas e políticas adequadas para o começo de uma nova era na regulação estatal (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua recepção pelo Direito Brasileiro. Revista da EMERJ*, v. 12, nº 47, 2009, p. 161-162).

[44] Com relação ao conceito constitucional de regulação administrativa, vide Ricardo Martins, o qual, partindo do pressuposto de que, no constitucionalismo, todo conceito técnico-jurídico deve ser compatível com o texto constitucional vigente, que apresenta os subsídios para a interpretação do instituto da regulação (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal.* São Paulo: Malheiros, 2011).

[45] CAVALCANTI, Francisco Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o papel do estado frente à atividade econômica. *Revista Trimestral do Direito Público*. nº 20. p. 70-74, 1997.

fiscal e creditícia, podendo utilizar a carga tributária como motivador de atividades consideradas relevantes para o desenvolvimento econômico e social.

Ainda que de modo conciso, necessário trazer as lições do autor[46] sobre o papel do Estado brasileiro, com a Constituição de 1988, frente às três formas básicas de intervenção na ordem econômica. Quanto ao Estado como agente da atividade econômica, aponta que o artigo 173 da CF/88 traz como princípio basilar da ordem econômica a competência da iniciativa privada para a exploração direta de atividades econômicas, salvo situações excepcionais aptas a ensejar a exploração por parte do Estado. Não obstante, modificações como a nova redação dada ao artigo 21, inciso XI, e ao § 2º do artigo 25, ambos da CF/88, tendem a reduzir o papel estatal como agente da atividade econômica.

Com relação ao papel de ente regulador das atividades, aponta o autor que a nova postura do Estado não tende a reduzi-lo, pois, por um lado, há diminuições das áreas objeto de disciplina estatal, mas, por outro, há o aprimoramento das áreas sob regulamentação, sobretudo para a proteção dos princípios básicos que pautam a ordem econômica, expressos no artigo 170 da CF/88. Afinal, a redução do papel do Estado como agente da atividade econômica torna mais relevante o papel regulador para assegurar tais princípios. Por fim, no tocante à terceira forma de intervenção, aponta o autor que a política fiscal, através de incentivos setoriais ou regionais, e a política monetária configuram forte instrumento de interferência do Estado na ordem econômica.

Referidos escopos foram visados ao longo da década de 1990 através, por exemplo, do Novo Programa Nacional de Desestatização e da substituição do Conselho Nacional de Desestatização pela Comissão Diretora do Programa de Desestatização. Dessa maneira, também foram observadas medidas redutoras da presença estatal na economia durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, como, em 1995, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado, que contou com Bresser Pereira como Ministro da Administração Federal e reforma do Estado.

Para Bresser Pereira[47], o processo de transferência de determinadas atividades do âmbito público para o privado ocasionou uma mudança na relação

---

[46] CAVALCANTI, Francisco Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o papel do estado frente à atividade econômica. *Revista Trimestral do Direito Público*. nº 20. p. 67-75, 1997.

[47] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do estado dos anos 90:* lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Cadernos MARE da Reforma do Estado, v.1. 1997, p. 255.

Estado e Mercado, não mais podendo ser vistos como polos opostos, mas atores complementares em um processo de coordenação econômica. Afinal, tentava-se superar uma Administração Pública patrimonialista e burocrática, sobretudo diante dos novos desafios da globalização, almejando a eficiência e um modelo gerencial.

Das lições de Gustavo Binenbojm[48] — e em conformidade com o histórico acima traçado — extrai-se que o modelo regulatório brasileiro foi adotado no bojo de um processo de amplas privatizações e desestatizações, durante a década de noventa. Desse modo, a denominada reforma do Estado se constituía necessária, pois o investimento do setor privado nas atividades econômicas de serviços públicos e interesse coletivo objeto das privatizações e desestatizações encontrava-se condicionado a um compromisso regulatório, de modo que referido compromisso configuraria garantia de estabilidade e previsibilidade para os investidores e para o Poder Público.

Implementou-se, portanto, uma *tour de force* da reforma do Estado brasileiro, que culminou na criação das agências reguladoras dotadas de acentuada independência[49], no intuito de desvencilhar-se dos anéis burocráticos[50], mas também buscando garantir o direito de propriedade dos investidores e o cumprimento dos contratos oriundos das privatizações e desestatizações.

Sobre o tema, do artigo *Governança e new public management: convergências e contradições no contexto brasileiro*[51] extrai-se que os processos de desestatização e de democratização consolidaram uma rede de governança baseada nas relações do setor público com o setor privado e o terceiro setor. Assim, as concessões, a regulação e as parcerias público-privadas concretizam um novo modelo de Estado,

---

[48] BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Número 3. Agosto-Setembro de 2005. Salvador, p.1.

[49] Pontua Edilson Pereira Nobre Júnior que a complexidade das relações sociais, atual e fortemente acelerada pelo desenvolvimento tecnológico, tem acarretado uma inclinação dos sistemas jurídicos pela regulação independente, fenômeno que veio a se manifestar no direito pátrio com a Reforma do Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *A função normativa das agências reguladoras no Direito brasileiro e seus limites.* Belo Horizonte: Interesse Público, v. 109, 2018, p. 253).

[50] O conceito de anéis burocráticos descreve uma interação política-burocracia que era deletéria, pois privilegiava grupos e interesses particularistas, inserindo-os no Estado, que passa a servi-los. Assim, os interesses econômicos específicos estavam à mercê do Estado (CAVALCANTE, Pedro; LOTTA, Gabriela S; DE OLIVEIRA, Vanessa Elias. Do insulamento burocrático à governança democrática: as transformações institucionais e a burocracia no Brasil. *Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas*. Brasília: IPEA: ENAP, 2018, p. 62-63).

[51] PECI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. Governança e new public management: convergências e contradições no contexto brasileiro. *Organizações & Sociedade.* Salvador, v. 15, n. 46, Set. de 2008, p. 39-55.

baseado em definir objetivos de políticas públicas a serem implementadas com a parceria do setor privado.

Como elucida Abranches[52], em *Privatização, mudança estrutural e regulação*, a desestatização foi responsável por modificar substancialmente a economia brasileira, assim como o papel desempenhado pelo Estado, o qual deixou de privilegiar uma economia mista, "tornando-se uma economia privada de mercado, cujo eixo dinâmico do padrão de produção e acumulação foi definitivamente transferido para o setor privado".

Destarte, no interregno que Gustavo Binenbojm[53] denomina de primeira onda de criação das agências reguladoras, ganhou destaque assegurar a independência, ou autonomia reforçada, das agências em relação aos agentes políticos e Poderes do Estado, através de mecanismos institucionais e jurídicos.

Consequentemente, as agências foram criadas como autarquias de regime especial, sendo dotadas teoricamente de independência política de seus dirigentes, independência técnica decisional através da impossibilidade de sujeição a recurso hierárquico impróprio, certa independência normativa para a disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle, além de independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada por meio de rubricas orçamentárias próprias.

Vislumbra-se, pois, nesse contexto de transformação do Estado brasileiro, conforme Edilson Nobre Júnior, uma profusão legislativa e o redirecionamento da produção de bens e serviços para a iniciativa privada buscando assegurar uma maior governança, o que acarretou a transmudação de autarquias em agências autônomas[54].

Assim, surge a Lei de Concessão de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/1995) e diversas leis específicas são promulgadas para a instituição de agências reguladoras independentes, tais como a Lei nº 9.427/1996, responsável pela criação da ANEEL, totalizando, atualmente, onze agências reguladoras no país.

---

[52] ABRANCHES, S. Privatização, mudança estrutural e regulação. *In FÓRUM NACIONAL. O DAY AFTER DA PRIVATIZAÇÃO DA INFRA-ESTRUTURA*, 1999, p. 11.
[53] BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Número 3. Agosto-Setembro de 2005. Salvador, p. 7.
[54] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras. Ebook*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 1077.

Contudo, como criticam Peci, Pieranti e Rodrigues[55], os primeiros anos de funcionamento das agências demonstraram a dificuldade de estabelecer a desejável autonomia dos entes implementadores de políticas públicas.

A seguir, na chamada segunda onda regulatória[56], após o processo de privatizações e desestatizações, substituindo-se a preocupação quase que exclusiva com a independência das agências por questões como o controle político, a responsividade social e a legitimidade democrática, na busca pela moderação entre autonomia técnica e mecanismos de controle político-jurídicos.

Busca-se, pois, o equacionamento das tensões entre o princípio da legalidade e a tese da deslegalização, o sistema de separação de poderes e *checks and balances* e o regime democrático no que concerne aos administradores.

Acerca da matéria, ainda em *Governança e new public management: convergências e contradições no contexto brasileiro*, denota-se que a configuração dessa rede de governança se manifesta nos conceitos utilizados para se referir ao novo papel do Estado como catalisador, articulador e facilitador do mercado e da sociedade civil, de modo que os termos "'concertação' (a exemplo do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social) e 'relação' (a exemplo da proliferação de agências reguladoras) têm sido tão usualmente incorporados e utilizados pela agenda política nos últimos anos" [57].

Contemporaneamente, com a Lei nº 13.848/2019, observa-se uma tentativa de reformulação das agências reguladoras, dispondo sobre a sua gestão, organização, processo decisório e controle social, alterando leis instituidoras de agências e modificando a Lei nº 9.986/2000, que trata das regras gerais sobre os dirigentes e o pessoal dos entes reguladores. Passa-se, portanto, a analisar algumas inovações, com enfoque na atual autonomia das agências reguladoras brasileiras.

2.3 O modelo brasileiro de agências reguladoras independentes

---

[55] PECI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. Governança e *new public management*: convergências e contradições no contexto brasileiro. *Organizações & Sociedade.* Salvador, v. 15, n. 46, PP. 39-55, Setembro de 2008, p. 39-55.

[56] BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Número 3. Agosto-Setembro de 2005. Salvador, p.7.

[57] PECI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. Governança e *new public management*: convergências e contradições no contexto brasileiro. *Organizações & Sociedade.* Salvador, v. 15, n. 46, Setembro de 2008, p. 39-55.

Considerando que as agências reguladoras brasileiras possuem natureza jurídica de autarquias em regime especial, caracterizam-se como pessoas jurídicas de Direito Público integrantes da Administração Indireta e, por conseguinte, são independentes perante a Administração Direta, sendo a autonomia conferida pela pessoa política que patrocinou a sua criação, através do Poder legislativo. São, portanto, reconhecidas autonomias às agências reguladoras, assim como uma vastidão de competências.

A autonomia se impõe em maior escala que nas autarquias tradicionais, afinal, como aponta Diogo de Figueiredo Moreira Neto[58], além das características das autarquias tradicionais, há aspectos que pretendem traçar um perfil de reguladores desvinculados dos interesses governamentais com autonomia política-administrativa, técnica, normativa e gerencial e orçamentário-financeira. Nas palavras de Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti[59], em *A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes*, a necessidade de regulações específicas e relativamente independentes é algo infestável e já percebido.

Denota-se que a autonomia administrativa é marcada pela persecução da independência política dos gestores, da organização colegiada dos dirigentes e da sua impossibilidade de exoneração *ad nutum*. Nesse sentido, o *caput* do art. 3º da Lei nº 13.848/2019 explicita a ausência de subordinação hierárquica e a autonomia funcional, decisória e administrativa, consagrando a estabilidade forçada por meio da investidura a termo e da estabilidade durante os mandatos de seus dirigentes.

Ademais, o art. 5º da Lei nº 9.986/2000, dentre outras inovações, passou a exigir determinados lapsos temporais de experiência profissional no campo de atividade da agência reguladora ou em área a ela conexa, o que deve ser cumulado com a formação acadêmica compatível com o cargo indicado, de modo a fortalecer a autonomia administrativa, mas também a técnica. Em consonância, o art. 6º do referido diploma legal passou a prever o mandato a prazo certo de cinco anos para os membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada das agências em questão, limitando a destituição de dirigentes pelo Chefe do Executivo e uniformizando o prazo de investidura. Nessa perspectiva, o art. 8º-B instituiu vedações que possibilitam a

---

[58] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovas, 2001, p. 147-148.

[59] CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 219, jan./mar. 2000, p. 255.

destituição antecipada, também de modo a combater que a destituição seja confiada à discricionariedade do Poder Executivo.

Inegável, portanto, a relação entre a independência administrativa e as independências técnica e normativa, pois a ausência de expertise dos agentes políticos evidencia a necessidade de não influência do norte político-partidário. Afinal, manifesto que as questões técnicas devem ser tratadas através dos conhecimentos específicos e não por meio de um viés político, o que inclui não apenas a tomada de decisões, mas também a impossibilidade de revisão das decisões proferidas pelas agências reguladoras.

Acerca da independência técnica ou de decisão, explica Nobre Júnior[60] que decorre da circunstância de as respectivas leis estatuírem diversas competências às agências, como a de fixação de diretrizes e metas para os regulados, a de fiscalização e a de aplicação de sanções.

Quanto à independência normativa, como constata Alexandre Santos de Aragão[61], a essência política do Poder Legislativo e a lentidão dos processos legislativos, é incompatível com a complexidade, pluralidade e tecnicismo das matérias regulatórias, de maneira que se tornou imperiosa a especialização das matérias a serem reguladas e os órgãos incumbidos da expedição das respectivas normas, os quais devem respeitar os cânones do Estado de Direito e se desvencilhar, na medida do possível, das injunções políticas parciais. Justificada, pois, a criação das agências independentes, encarregadas da regulação de atividades específicas e dotadas de grande conteúdo técnico.

Sem embargo, opina o autor que “as leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de propiciar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente”[62]. Mais além, ainda segundo o autor, devem propiciar à Administração, dentro do possível, a possibilidade de atuar com certa margem de negociação junto aos agentes econômicos e sociais implicados.

---

[60] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Direito Administrativo Contemporâneo – Temas Fundamentais*. São Paulo: Jus podivm, 2016, p. 91.
[61] ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, p. 283-284.
[62] *Ibidem*, p. 286-287.

Nessa perspectiva, leciona Edilson Nobre Júnior[63] que a realidade social e política, assim como as características do ordenamento pátrio, demanda limitações, consistentes em uma densidade mínima da lei autorizadora para que a normatividade das agências não reste exposta ao abuso de poder na interdição da disciplina de matérias que se insiram na reserva do legislador.

Acerca da densidade normativa dos atos regulatórios, deve-se mencionar, mesmo que com brevidade, as notáveis lições de Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti[64], segundo o qual a baixa densidade normativa também pode ser compreendida sob a perspectiva substancial, diante da conduta do legislador em não especificar, com a devida precisão, os limites do campo de atuação do ente regulador.

A respeito da reserva da densificação normativa da lei, precisamente aduziu o autor que:

> ávidos têm sido os reguladores no sentido amplo de expedir normas, criar direitos, obrigações e deveres sem que tenham legitimação direta para tal e, muitas vezes, nem mesmo, a legitimação indireta, técnica, pois objeto de captura política ou econômica, sem que haja mecanismos de controle social e jurídico de utilização tão simples como o controle das leis face à Constituição. Não se olvide quantas vezes os vícios da normatização regulatória se camuflam por trás de argumentos técnicos, por vezes meros tecnicismos falaciosos. Mister, pois, inclusive por razões garantísticas, em sociedade democrática, que os textos legais tenham conteúdo mínimo efetivo, evitando normatizações primárias inconstitucionais.

Ainda sobre a autonomia normativa, importante mencionar a bipartição das competências das agências reguladoras em *rule making* (cunho normativo) e *adjudication* (efeito imediato sobre os regulados e demais cidadãos)[65], visto que a

---

[63] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *A função normativa das agências reguladoras no Direito brasileiro e seus limites*. Belo Horizonte: Interesse Público, v. 109, 2018, p. 254.

[64] CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva da densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da legalidade: da dogmática à teoria do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 234.

[65] Tal distinção remete ao *Administrative Procedure Act* – APA americano, responsável, como expõe Rafael Carvalho Rezende Oliveira, pela uniformidade do procedimento decisório ao estabelecer dois tipos de procedimentos: *rulemaking* (normas gerais baixadas pelas agências) e *adjudication* (atos individuais), o que conferiu maior garantia aos cidadãos, já que os atos das agências poderiam ser considerados ilegais pelos Tribunais em caso de violação à referida Lei de Procedimento (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua recepção pelo Direito Brasileiro*. *Revista da EMERJ*, v. 12, nº 47, 2009, p. 161-162). É o que se verifica no § 553, que trata do *rulemaking*, e no § 554, que trata da *adjudication*, ambos do APA (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Administrative Procedure Act.* Disponível em: https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure . Acesso em: 10 de outubro de 2022).

elaboração de normas que disciplinam o setor regulado envolve agentes regulados, mas também os administrados vinculados às atividades. Então, no exercício da função regulatória, compete às agências a edição de atos normativos dotados de conteúdo técnico.

Por fim, com relação à independência gerencial e orçamentário-financeira, o art. 3º da Lei nº 13.848/2019 é claro ao estabelecer que corresponderá às agências reguladoras um órgão setorial dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal e de Administração Financeira Federal, competindo às agências celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio. Por outro lado, deverá solicitar, diretamente ao Ministério da Economia, alterações no respectivo quadro de pessoal e alterações nos planos de carreira de seus servidores.

Entretanto, da Lei nº 13.848/2019 também se extraem mecanismos de controle preventivo para legitimar a autonomia das agências reguladoras em relação à Administração Direta, sobretudo diante das críticas que pairam sobre as referidas agências — o que será abordado a seguir. Dentre eles, destaca-se a previsão, no art. 9º da supramencionada legislação, de consulta pública prévia, a necessidade de motivação de decisões, inclusive no tocante à edição ou não de atos normativos, pois estabelece o art. 5º que a agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos, e a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR)[66] em caso de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados (art. 6º).

Abordada a autonomia das agências reguladoras brasileiras, passa-se à análise de aspectos controvertidos, de modo a compreender os decorrentes mecanismos de controle externo. Afinal, tipicamente, as agências reguladoras, estruturadas e em funcionamento no Brasil há mais de 20 anos, posicionam-se como instâncias controladoras, cuja atribuição normativa encontra limites no Direito

[66] A relação entre a Análise de Impacto Regulatório e o Estado regulador já era tratada por Patrícia Pessôa Valente, a qual propôs o conceito de AIR como ferramenta de controle em que estariam englobados tanto mecanismos de legitimação democrática quanto de responsabilização do Estado regulador, de modo que a AIR contribuiria com o princípio democrático e, consequentemente, com o princípio da eficiência (VALENTE, Patrícia Pessôa. *Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 121-122). Por sua vez, Eric A. Posner já apontava que a maior importância de uma análise de custo-benefício não seria a eficiência, mas o controle crescente sobre as agências (POSNER, Eric. A. Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: a positive political theory perspective. *University of Chicago Law Reviem*, p. 1137).

brasileiro[67]. Cresce, assim, o interesse pelas compreensões dinâmica e contextual dos mecanismos de controle sobre essas entidades, em especial com relação ao Tribunal de Contas, na busca pela cognição dos reais e concretos delineamentos da autonomia da regulação no país.

2.4 O necessário controle externo das agências reguladoras brasileiras

Diante do exposto, denota-se que a difusão das agências reguladoras é congruente à nova roupagem da legalidade administrativa[68], a qual consiste em uma exigência de conformidade da atuação da Administracao Pública não somente com a lei, mas com o Direito em sua acepção ampla. Desta feita, fica evidente a busca por uma concepção ressignificada de segurança jurídica[69].

Não obstante, a crença na independência e na autonomia dos órgãos reguladores como meio concretizador dos princípios da Administração Pública foi abalada[70]. Destaque-se, como o faz, por exemplo, Vitor Rhein Schirato[71], a politização das nomeações dos dirigentes das agências[72] e a precária processualização da regulação como responsáveis por questionamentos acerca da neutralidade dos reguladores, culminando na denominada teoria da captura. Já que, no tocante à competência normativa das agências, surgem questionamentos acerca da sua conformidade com os postulados pré-traçados pelo ordenamento jurídico nacional, com destaque para a divisão de poderes.

Ao analisar o tema, das lições de Edilson Nobre Júnior, extrai-se que a competência normativa das agências reguladoras se justifica mediante o instituto da

---

[67] FREITAS, Rafael Véras de. RIBEIRO, Leonardo Coelho. FEIGEILSON, Bruno. *Regulação e novas tecnologias*. Belo horizonte: Fórum, 2017.
[68] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Direito Administrativo Contemporâneo – Temas Fundamentais*. São Paulo: Jus podivm, 2016, p. 21.
[69] RODRIGUEZ, José Rodrigo. Segurança jurídica e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Fragmentos para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento***.** São Paulo: Saraiva, 2011.
[70] MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 176.
[71] SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: ano 11, n. 44, out./dez. 2013, p. 249-274.
[72] Válido mencionar estudo realizado pelo Grupo das relações entre Estado e empresa privada da Fundação Getúlio Vargas, no tocante à nomeação dos dirigentes das agências reguladoras, o qual concluiu pela existência de problemas relacionados ao funcionamento das referidas agências, com destaque para as hipóteses de vacância e a baixa previsão de impedimentos e requisitos para a escolha dos dirigentes (SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (Coord.). *Nomeação de dirigentes das agências reguladoras: um estudo descritivo*. Grupo das relações entre Estado e empresa privada. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016).

remissão normativa, “a qual se verifica quando, em sede de regulamento de execução, a lei formal transfere à Administração Pública — não necessariamente ao Chefe do Poder Executivo — a competência para normatizar elementos complementares à ordenação”[73]. Equivocado, então, eventual argumento de usurpação de competência do Poder Legislativo e de ofensa à divisão de poderes constitucionalmente consagrada.

Contudo, as circunstâncias que permeiam a efetivação do modelo regulatório brasileiro ensejam, como expõe Thiago Dellazari Melo, em *A “captura” das Agências Reguladoras: Uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador*[74], o surgimento de conflitos entre os diversos interesses contrapostos. São ele: os interesses privados dos entes regulados, os interesses sociais dos consumidores e os interesses políticos do Estado e, nessa seara de conflitos, a margem de discricionariedade que a Administração Pública dispõe pode ensejar a formulação de atos favoráveis aos interesses políticos, culminando a denominada captura política do agente regulador. Ou seja, há captura política quando ocorre a ruptura da autonomia e imparcialidade do regulador, em contrapartida à finalidade da regulação que seria garantir o interesse público coletivo com a prestação hígida e otimizada aos interesses gerais da atividade regulada.

Com relação ao viés político da Teoria da captura, Marçal Justen Filho[75] aponta que a expressão indica a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados, em nítida distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais. Mais além, a captura possuiria um efeito reverso de diminuição da qualidade do serviço, da eficiência e de geração de instabilidade do setor regulado.

Contudo, a captura do regulador pode ser decomposta não apenas em captura política, mas também em econômica e judicial. A captura econômica[76] das agências reguladoras pelos entes regulados pode estar relacionada à contratação pela agência

---

[73] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *A função normativa das agências reguladoras no Direito brasileiro e seus limites.* Belo Horizonte: Interesse Público, v. 109, 2018, p. 253.
[74] MELO, Thiago Dellazari. *A “captura” das Agências Reguladoras: Uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador.* Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010, p. 7.
[75] JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 369-370.
[76] MELO, Thiago Dellazari. *A “captura” das Agências Reguladoras: Uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador.* Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010, p. 48-49.

reguladora de pessoal técnico oriundo do setor regulado ou mesmo a possibilidade de o setor regulado contratar profissionais técnicos oriundos dos órgãos reguladores. Ademais, é possível a existência de quadros técnicos, no órgão regulador, com qualificação e remuneração inferiores à dos técnicos das empresas reguladas, tornando também possível a captura. Por fim, a captura judicial aborda a polêmica profundidade com que o Poder Judiciário[77] poderá intervir na Administração Pública, com relação à apreciação dos atos das agências reguladoras.

Dessa maneira, como bem pondera Nobre Júnior[78], as características de nosso ordenamento e a realidade social e política brasileira exigem limitações para que a normatividade não reste exposta ao abuso de poder, qual seja, uma densidade mínima da lei autorizadora, de modo a resguardar a reserva do legislador e os princípios gerais do Direito. Afinal, a captura da regulação, muitas vezes, se dá em virtude de legislações extremamente abertas, restando, mais uma vez, evidenciada a necessidade de uma densidade mínima.

Sobre nossa realidade, é o que já abordava Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti[79], afinal, segundo o autor, o poder regulador exercido por entes reguladores autônomos encontra maiores dificuldade em Estados como o Brasil, onde, ao menos no plano teórico, o poder regulamentar está mais subordinado ao papel de instrumento de aplicação das leis e à moldura legislativa.

Considerando as críticas acima expostas, ascendeu um movimento de expansão e fortalecimento dos mecanismos e órgãos de controle sobre as agências reguladoras, com destaque para o Tribunal de Contas da União, o qual será analisado mais adiante, de modo a limitar a discricionariedade administrativa.

Se, por um lado, a mudança de paradigmas do Direito Administrativo com a superação da rigidez lógico-formal em favor da busca pelos resultados e eficiência na gestão pública foi determinante para ascensão da regulação, também motivou a inclusão da dimensão operacional no raio de atuação dos órgãos de controle[80], mesmo daqueles tradicionalmente orientados ao controle de conformidade.

---

[77] Sobre a temática, vide NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras. Ebook*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.
[78] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *A função normativa das agências reguladoras no Direito brasileiro e seus limites.* Belo Horizonte: Interesse Público, v. 109, 2018, p. 254.
[79] CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 219, jan./mar. 2000, p. 253-270.
[80] PEREIRA, Gustavo Leonardo. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?* Dissertação (Mestrado em Direito) – FGV Direito, São Paulo, 2019, p. 59.

Demanda-se que o controle se estenda sobre a legalidade formal dos atos regulatórios, mas também sobre a legalidade material, visto que as autoridades reguladoras independentes devem atuar em conformidade com o ordenamento jurídico e seus atos devem ter aderência às normas processuais vigentes. Isto posto, o adequado funcionamento da regulação independente engloba a observância das regras procedimentais aplicáveis e o respeito às escolhas regulatórias das agências.

Neste contexto, acerca dos parâmetros de controle exercidos sobre a atividade regulatória, Vitor Rhein Schirato[81] elucida o desafio para a estruturação de um sistema regulatório saudável, o qual demanda o encontro de equilíbrio entre o controle da Administração Pública garantido constitucionalmente, através, por exemplo, do artigo 5º, inciso XXXV, e a preservação das margens de discricionariedade das autoridades reguladoras. E, para o autor, tal ponto de equilíbrio dependeria da extensão que se confira ao controle externo realizado sobre as autoridades independentes.

Logo, necessária a compreensão da relação entre o Tribunal de Contas da União e as agências reguladoras, sobretudo no que tange às balizas de controle que podem ser exercidas pela Corte de Contas em relação à atividade finalística regulatória. Afinal, primordial a preservação do espaço conferido por lei para as competências discricionárias das autoridades reguladoras ditas independentes, não sendo possível a imposição de discricionariedade pelos órgãos de controle.

A Lei nº 13.848/2019, em seu artigo 14, explicitou um sistema de controle externo das agências reguladoras que deve ser exercido pelo Poder Legislativo, com auxílio da Corte de Contas. Surge, então, a necessidade de elaboração de relatório anual circunstanciado das atividades da agência reguladora (artigo 15), tendo a legislação conferido normatividade mínima ao condicionar ao cumprimento da política do setor, definida pelos Poderes Legislativo e Executivo. Além disso, deverão ser cumpridos o plano estratégico vigente (artigo 17) e o plano de gestão anual (artigo 18).

Em seguida, o art. 15, § 1º, da lei que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras estabelece, dentre outros objetivos do relatório anual circunstanciado, aperfeiçoar as relações de cooperação da agência reguladora com o Poder Público, em particular no cumprimento das políticas públicas definidas em lei e promover o aumento da

[81] SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. Revista de Direito Público da Economia - RDPE. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out. / dez. 2013, p. 259.

eficiência e da qualidade dos serviços da agência reguladora de forma a melhorar o seu desempenho, bem como incrementar a satisfação dos interesses da sociedade, com foco nos resultados. Trata-se de mais uma disposição com densidade normativa que, de certo modo, vincula a atuação das agências às orientações do Poder Executivo sob o argumento de busca do interesse público e eficiência na prestação dos serviços públicos.

Sobre o plano estratégico, de acordo com o supracitado art. 17 da Lei nº 13.848/2019, deverão ser indicados os objetivos, as metas e os resultados estratégicos esperados das ações da agência reguladora relativos a sua gestão e a suas competências regulatórias, fiscalizatórias e normativas. Evidente, pois, mais uma vez, a vinculação com as orientações governamentais.

Por fim, dos arts. 18, § 3º, e 19 do referido diploma legal extrai-se que será dada ciência do conteúdo do plano de gestão anual ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União e, em seu conteúdo, deverá especificar as metas de desempenho administrativo e operacional e as metas de fiscalização a serem atingidas durante a vigência, que devem ser compatíveis com o plano estratégico.

Em que pese às inovações legais acima descritas, faz-se necessário analisar as competências fornecidas pelo ordenamento jurídico como um todo ao Tribunal de Contas da União, de modo a compreender a atuação da Corte de Contas como agente de controle externo das questões regulatórias. Por conseguinte, torna-se fundamental um estudo dos limites e possibilidades da interação entre as agências reguladoras e o TCU. Só assim será possível averiguar a progressiva dilatação da amplitude do controle da Corte de Contas, de modo a verificar a (in)existência de interferência nas questões regulatórias pelo Tribunal de Contas da União.

Entretanto, deve-se antes compreender o modo pelo qual se manifesta o controle exercido pela Corte de Contas no direito estrangeiro, no particular da função regulatória. Desse modo será analisado, a seguir, o modelo português, escolhido, sobretudo, em virtude das afinidades entre nossos direitos, diante da base da família jurídica romano-germânica, e pela semelhante motivação que desencadeou o surgimento da regulação independente, isto é, as demandas de diminuição da atuação estatal.

3 O PARADIGMA PORTUGUÊS

3.1 A busca por um paradigma adequado para fins comparativos

É cediço que os países estrangeiros possuem peculiaridades e elementos característicos singulares, de modo que a comparação[82] deve ser realizada apenas e quando apta a ensejar uma melhor compreensão dos institutos, apontando aspectos positivos e negativos. Assim, não se pode olvidar que as soluções divergem entre países diante de uma problemática própria, bem como do ordenamento jurídico em que se inserem, sob pena de se adotar uma fórmula incompatível com a realidade interna brasileira.

Não obstante, considera-se proveitoso o estudo do modelo estrangeiro selecionado, qual seja, o Tribunal de Contas português, com destaque para o controle exercido em face da função regulatória. Afinal, como salienta Alejandro Nieto[83], existe uma matriz comum que inspira e constitui o arcabouço dos sistemas jurídicos que compõem os Estados de Direito. Há, pois, um "espíritu del Derecho" em que pese a variedade de disposições nacionais.

Nesse sentido, no plano constitucional, a temática diz respeito ao sistema de freios e contrapesos, pilar de um Estado que se denomina democrático e de Direito, daí que necessário considerar o espírito comum norteador do direito nacional positivo, mas também de outros sistemas jurídicos. Afinal, como sintetiza Norberto Bobbio[84], a sabedoria institucional da democracia reside no controle dos governantes, posto que "a única garantia de respeito aos direitos de liberdade está no direito de controlar o poder".

Só assim a compreensão que se almeja com o objeto da pesquisa poderá lograr maior coerência, mas sem descuidar das particularidades nacionais. Nas palavras de

---

[82] Acerca da comparação jurídica e a sua funcionalidade, vide NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Anotações sobre o Direito Comparado*. Revista Acadêmica – Faculdade de Direito do Recife. Edição comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica*. p.96-111. Nov. 2021. Dentre o complexo funcional à comparação jurídica, precisamente mencionado pelo autor. destacam-se funções como: o auxílio à política legislativa, permitindo que o legislador se valha da experiência e do conhecimento de outros ordenamentos; o caminhar a uma integração jurídica em escala global; a verificação de princípios básicos da ciência jurídica; e o aprimoramento, mediante via interpretativa, do direito nacional. Mais além, há que se falar em uma função subversiva do direito comparado, servindo como mecanismo contra a imposição de nacionalismo e totalitarismo cultural.

[83] NIETO, Alejandro. Prólogo. In: GONZÁLEZ, Rosa María Gómez. *Potestad Administrativa Sancionadora. Límites y mecanismos de control.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 15.

[84] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2009, p. 28.

João Loureiro[85], o que deve ser sopesado para toda legislação, “um texto constitucional não pode ser lido desconsiderando o contexto; ou, se quisermos, utilizando outra linguagem, a constituição não pode ignorar a realidade”.

Mais além, a afinidade entre nossos direitos é manifesta, pois decorrentes da família jurídica romano-germânica. Como bem elucida René David[86], a formação do sistema romano-germânico remete ao renascimento cultural do Ocidente europeu entre os séculos XII e XIII, o qual preparou caminho para o movimento de retorno a valores da antiguidade clássica nos séculos XIV a XVI. Os focos de cultura criados na Europa, com destaque para as universidades, consistiram no principal meio de propagação de ideais, favorecendo a retomada do valor conferido ao direito romano. Frise-se, contudo, o papel fundamental desempenhado pelas colonizações europeias para a expansão da base *civil law.*

Ainda dentre as justificantes, no tocante ao direito estrangeiro, que fundamentam a escolha do modelo português para o presente estudo, tem-se a similiar motivação que desencadeou o surgimento da regulação independente, ou seja, a busca pela diminuição da atuação estatal, em contrapartida ao que se observou na história norte americana.

Como abordado anteriormente, observou-se a existência de entes independentes em diversos países e, apesar do contexto socioeconômico particular de cada realidade regulatória, foram destacados traços marcantes para a compreensão das agências reguladoras. Sobre a União Europeia, Giandomenico Majone[87] exemplifica que o cenário político foi modificado no intuito de uma supressão gradativa da intervenção econômica direta, através de uma intervenção indireta baseada no processo regulatório operacional e normativo.

Este cenário vivenciado pela Europa, sobretudo no final do século XX, como visto, é semelhante ao ocorrido no Brasil, com destaque para as privatizações, a redução dos monopólios estatais e a liberalização dos mercados, em nítida transição de um Estado de bem-estar para um Estado regulador. No específico da regulação

---

[85] LOUREIRO, João. Adeus ao Estado social? O insustentável peso do não-ter. *In*: *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”.* 1. ed. Coimbra Editora, 2010, p. 61.

[86] DAVID, René*. Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* Trad. Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1972.

[87] MAJONE, Giandomenico. From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. *Jornal of Public Plicy*. Vol. 17, Maio-Agost. 1997, p.150.

europeia, João Nuno da Silva[88] explica que, ali, as autoridades reguladoras independentes são fruto do desmantelamento de barreiras estatais ao livre funcionamento do mercado.

Realidade esta distinta do ocorrido nos Estados Unidos da América, onde o surgimento das agências reguladoras representou, consoante Gustavo Binenbojm[89], instrumento de intervenção estatal através da publicização de determinados setores da atividade econômica. Como expõe o autor, ao comparar o fenômeno da regulação independente americana e brasileira, verifica-se a importação de institutos com sinais trocados e objetivos diametralmente opostos. Afinal, nos Estados Unidos, a criação das agências objetivou relativizar as liberdades econômicas básicas para conter efeitos adversos da livre concorrência, enquanto, no nosso país, buscou-se assegurar tais liberdades em sua plenitude.

Elucidadas, portanto, as razões para a análise do modelo português, passa-se a um breve histórico do surgimento de tribunais de contas no mundo para, então, adentrar no estudo da corte de contas estrangeira selecionada, com ênfase no controle exercido sobre a Administração Pública, em especial as agências reguladoras portuguesas.

A supremacia do interesse público constitui a essência da atuação do controle externo dos gastos públicos e esta preocupação pode ser verificada, consoante Flávio Moura e Castro[90], desde a Grécia antiga, marcada pela existência de um Tribunal, composto por dez oficiais, para o qual embaixadores, arcontes e servidores prestavam contas. Assim, na antiguidade grega, expõe Luís Alexandre Pessoa[91] que os colegiados verificavam o nível de satisfação da sociedade em relação aos atos tomados pelos administradores, podendo, inclusive, em caso de reprovação coletiva em face das expectativas empreendidas, ser proferido juízo de decapitação.

Importante mencionar a experiência romana[92] diante da *res publica*, devendo o governo, através de funcionários específicos, denominados *quaestores,* fiscalizar as

---

[88] CALVÃO DA SILVA, João Nuno Cruz Matos. *Agências de regulação da União Europeia*. Coimbra: Editora Gestlegal, 2017, p. 549-550.
[89] BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 90-92.
[90] MOURA E CASTRO, Flávio Régis Xavier de. O novo Tribunal de Contas: visão sistêmica das leis orgânicas dos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios do Brasil. *Revista de Contas do Estado de Minas Gerais*, n. 10, ano 1. Belo horizonte, p. 127-166, 1983.
[91] PESSOA, Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula. Tribunais de Contas: origem, evolução e natureza do controle financeiro. *Revista Controle – Tribunal de Contas do Estado do Ceará*. dez/2015, p. 28-44.
[92] BALSDON, John Percy Vyvian Dacre. *O mundo romano.* Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1968, p. 90-93.

operações financeiras, utilizando-se do registro e do arquivamento, e também métodos contábeis conhecidos como lucros e perdas. Tais *quaestores* deveriam integrar as classes mais altas, o que restringia a participação popular.

Em que pese outras experiências, merece menção a instituição da *Chambre des Comptes* francesa, em 1318, soberana, cujas decisões apenas poderiam ser alteradas pelo rei e que possuía como função precípua lidar com as finanças públicas. Contudo, tal instituição, originariamente, fazia parte do Parlamento.

Já na Idade Moderna, surgiram novas instituições e legislações acerca do controle dos recursos públicos, como, por exemplo, na França, durante o reinado de Henrique IV, foi estruturado o Orçamento de Previsão para fiscalizar os agentes de tesouro e os gastos desnecessários da administração.

A seguir, na Idade Contemporânea, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[93] tratou do controle social das contas, dispondo em seu artigo 14 que "todos os cidadões têm o direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a colecta, a cobrança e a duração". De modo análogo, previu o artigo 15 que "a sociedade tem o direito de pedir contas a todo o agente público pela sua administração". Verifica-se, então, igual ao que expõe João Antônio da Silva Filho[94], uma evolução substancial da preocupação com a arrecadação, destinação e controle dos recursos públicos, passando o controle de mera preocupação do ponto de vista do soberano para um direito da coletividade.

Diante da inspiração revolucionária francesa, os ideais iluministas colaboraram para a consolidação do Estado Democrático de Direito, fundado precipuamente no controle do poder, portanto, os eventos ocorridos na França[95] influenciaram diversos países.

---

[93] FRANÇA. *Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789*. 26 de agosto de 1789. Disponível em: https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf . Acesso em: 13 de novembro de 2022.

[94] SILVA FILHO, João Antônio da. *Tribunais de Contas no Estado Democrático e os desafios do controle externo*. São Paulo: Contracorrente, 2019, p 31.

[95] Atualmente, no direito francês, tem-se que a atuação da Corte de Contas se dá a partir da elaboração de relatórios sobre a gestão financeira do Estado, estando a competência da *Cour des Comptes* prevista no capítulo relativo ao Poder Legislativo, mais precisamente no art. 47-2 da Constituição (FRANÇA. *Constitution française*. 4 de outubro de 1958. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/ . Acesso em 13 de novembro de 2022). Consoante o dispositivo, possui dupla função: auxiliar o Parlamento e o Governo na gestão financeira e informar a sociedade acerca acerca da utilização de recursos públicos.

Inerente, dessarte, à formalização de mecanismos de controle das contas públicas, havendo, por um lado, a criação de controladorias ou auditorias-gerais e, por outro, a instituição de cortes de contas. Como exemplos de controladorias ou auditorias-gerais, citem-se as do Reino Unido, Canadá e Estados Unidos, e, dentre as primeiras cortes de contas, elencam-se a Corte de Contas do Império Alemão, em 1714, a criação da Corte de Contas belga, em 1831, e a consolidação da Corte de Contas italiana em 1862.

Saliente-se, ainda, que, nas controladorias ou auditorias-gerais, o controle externo é atribuído a órgãos singulares, dirigidos, respectivamente, por um controlador ou um auditor-geral. Por sua vez, nas cortes de contas, cabe, em regra, a um colegiado de conselheiros ou ministros a tomada de decisões. Como conclui Carlos Alexandre Amorim Rocha[96], as auditorias-gerais ou controladorias predominam nos países de tradição anglo-saxônica, enquanto as cortes de contas são mais comuns nos países influenciados pela Europa continental.

Com relação ao *status* jurídico e à efetividade das decisões, aponta que as Entidades Fiscalizadoras Superiores diferem entre os países, ora possuindo natureza administrativa apta a ensejar revisão por parte do Poder Judiciário, ora possuindo natureza jurisdicional. Em consonância, verifica-se, por vezes, a vinculação institucional ao Poder Legislativo, como ocorre nas cortes de contas da Alemanha, Itália e Bélgica; em outros países como Portugal e Grécia, a vinculação da corte de contas ao Poder Judiciário; e, como é o caso do Chile[97], a existência de uma controladoria sem vinculação institucional a qualquer poder.

Verifica-se também a variação entre um controle externo das finanças públicas anterior à realização da despesa ou *a posteriori*, bem como a distinção entre controle de legalidade e controle gerencial. Historicamente, como aponta o autor[98], as cortes de contas surgiram com a preocupação do controle da legalidade da gestão financeira do setor público, ao tempo que as primeiras auditorias-gerais ou controladorias foram

---

[96] ROCHA, Carlos Alexandre Amorim. *O Modelo de Controle Externo Exercido pelos Tribunais de Contas e as Proposições Legislativas sobre o Tema*. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/156/41.pdf?sequence=4 . Acesso em: 16 de novembro de 2022.

[97] Sobre a *Contraloría General de la República* (CGR) do Chile, vide MENEZES, Monique. O controle externo do Legislativo: uma análise comparada entre Argentina, Brasil e Chile. *Revista do Serviço Público Brasília*. abr/jun 2015.

[98] ROCHA, Carlos Alexandre Amorim. *O Modelo de Controle Externo Exercido pelos Tribunais de Contas e as Proposições Legislativas sobre o Tema*. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/156/41.pdf?sequence=4 . Acesso em: 16 de novembro de 2022.

marcadas por um controle gerencial dos atos administrativos, analisando custos e resultados pretendidos e logrados.

Ocorre que as modulações da atuação estatal no campo econômico e no fornecimento de serviços públicos levaram as cortes de contas a um controle que ultrapasse "a mera verificação dos aspectos formais dos atos administrativos, permitindo a incorporação de técnicas de controle gerencial, abrangendo questões acerca da eficiência, da eficácia e da efetividade das ações governamentais" [99]. Nesse aspecto, o tema demonstra-se atual e requer maior aprofundamento para a verificação e possível adequação do delineamento do controle externo.

Feitas essas digressões, passa-se, então, à abordagem sobre o controle exercido em face da Administração Pública pelo Tribunal de Contas português, modelo escolhido para fins de comparação.

3.2 O controle pela Corte de Contas portuguesa

O Tribunal de Contas português possui natureza peculiar, pois, por um lado, é um órgão de soberania, disciplinado pela Constituição da República Portuguesa[100] com funções jurisdicionais no âmbito de julgamento de contas e, por outro, é um órgão de controle do Estado, sendo denominado de órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas[101]. Consoante sintetiza José Tavares[102], os principais elementos caracterizadores da referida Corte de Contas são: configurar

---

[99] *Idem*.

[100] De acordo com o art. 209, nº 1, al. c, da Constituição da República Portuguesa, além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância; b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) O Tribunal de Contas. Mais além, o art. 110, nº 1, do referido diploma estabelece que são órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais. (PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. 2 de abril de 1976. Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso em: 20 de novembro de 2022).

[101] Determina o art. 214, 1, da Constituição da República Portuguesa que o Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe, nomeadamente: a) Dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social; b) Dar parecer sobre as contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira; c) Efetivar a responsabilidade por infrações financeiras, nos termos da lei; d) Exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei (PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. 2 de abril de 1976. Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso em: 20 de novembro de 2022).

[102] TAVARES, José Fernandes Farinha. *Estudos de Administração e Finanças Públicas*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 226.

órgão de soberania de natureza colegial, constituir o nível mais elevado de controle externo sobre outros, possuir independência e exercer as funções de auditoria, fiscalização e a função jurisdicional.

A Lei nº 98/97[103], Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), prevê em seu art. 1º, nº 1, que o Tribunal de Contas fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira e efetiva responsabilidades por infracções financeiras. Do preceito legal, extrai-se que a fiscalização da Corte de Contas portuguesa ultrapassa a mera legalidade e inclui o exame meritório.

Nesse sentido, Fernando Oliveira Silva defende que a fiscalização do Tribunal de Contas "não é de 'mera legalidade', isto é, de verificação da conformidade dos atos com a lei, sendo igualmente de 'mérito', isto é, da sua conveniência, do ponto de vista da boa gestão pública, tendo em conta os princípios da economia, da eficiência e da eficácia"[104]. De igual modo, explica Domingos Pereira de Sousa[105] que se caminhou para a necessidade de averiguação das circunstâncias e motivos que fundamentam a realização da despesa.

Analogamente, leciona José Tavares[106] que, no evoluir dos tempos, enquanto órgão de controle financeiro, incluiu-se a apreciação da boa gestão financeira através de critérios de eficácia, eficiência e economia, não se reduzindo à verificação da legalidade formal. Trata-se da — denominada pelo autor[107] — auditoria integrada, marcada pela complementariedade entre o controle de legalidade e regularidade financeira e o controle da boa gestão financeira[108].

Em oposição, sobre o controle prévio exercido pelo Tribunal de Contas português, tema que será aprofundado adiante, Pedro Costa Gonçalves defende que, "em qualquer caso, a fiscalização prévia do Tribunal de Contas situa-se exclusivamente no campo estrito da verificação do cumprimento da lei: a recusa de

---

[103] PORTUGAL. *Lei nº 98/97*. 26 de agosto de 1997. Disponível em https://dre.pt/dre/detalhe/lei/98-1997-193663 . Acesso em: 22 de novembro de 2022.

[104] SILVA, Fernando Oliveira. *A regulação dos contratos públicos. Modelo para uma autoridade reguladora. Ebook*. Lisboa: Almedina, 2016, p. 1873.

[105] SOUSA, Domingos Pereira de. *Finanças públicas e Direito Financeiro. Livro II - As Despesas Publicas. Os impostos. A Dívida pública e as Políticas financeiras.* Lisboa: Quid Juris, 2017.

[106] TAVARES, José Fernandes Farinha. *O Tribunal de Contas*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 52.

[107] *Ibidem*, p. 34.

[108] Paulo Nogueira da Costa trata da temática, concluindo que, nesses moldes, o controle externo corrobora para a transparência do Estado de Direito contemporâneo, a responsabilização dos gestores de dinheiro público e a melhoria da gestão financeira (COSTA, Paulo Nogueira. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*. 2. ed. Lisboa: Petrony Editora, 2017, p. 39.

visto tem de se fundamentar numa ilegalidade"[109]. Igualmente, há decisão da Corte de Contas portuguesa[110] dispondo que, em sede de fiscalização prévia, não compete ao Tribunal de Contas apurar se o modelo de negócio adotado representa ou não uma vantagem econômica para o Estado, competindo-lhe apenas, "no estrito cumprimento da LOPTC [artigo 5º, nº 1, al. c], fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental do contrato em análise".

Entretanto, embora afirme que a fiscalização do Tribunal de Contas se baseia na verificação do cumprimento da lei, o próprio autor[111] ressalva que não significa "que se limite à verificação da observância de regras definidas, que estabeleçam exigências fixadas de forma objetiva. Na verdade, o Tribunal de Contas também fiscaliza ou aprecia o respeito de princípios gerais aplicáveis", tais como concorrência, transparência, racionalidade e boa administração.

Apesar de sua designação como Tribunal, denota-se que os poderes da Corte de Contas não são exclusivamente jurisdicionais, cabendo-lhe a função de controle financeiro e emissão de pareceres no tocante à Conta Geral do Estado e às Contas das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores.

Com relação à composição, o colegiado do Tribunal de Contas português é composto, na sede, pelo Presidente e por 16 juízes e, em cada seção regional, por um juiz (art. 14 da LOPTC). Sobre a sua competência material essencial, dentre outras constantes no art. 5º da LOPTC, destaquem-se a elaboração de parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social, bem como sobre a conta da Assembleia da República; a elaboração de parecer sobre as contas das regiões autónomas, bem como sobre as contas das respetivas Assembleias Legislativas; a fiscalização previa da legalidade e do cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza relativos às entidades submetidas ao controle da corte de contas;
o julgamento da a efetivação de responsabilidades financeiras de quem gere e utiliza dinheiros públicos; a apreciação da legalidade, economia, eficácia e eficiência, segundo critérios técnicos, da gestão financeira das referidas entidades referidas, bem

[109] GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 1004.
[110] TRIBUNAL DE CONTAS PORTUGUÊS. 1ª Secção. Acórdão nº 08/2018. Rel. Cons. Fernando Oliveira Silva. 2 de maio de 2018. Disponível em: https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2018/ac008-2018-1spl.pdf . Acesso em: 24 de novembro de 2022.
[111] GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 1005.

como a realização, por iniciativa própria ou por solicitação da Assembleia da República ou do Governo, de auditorias.

Quanto à organização, está dividido em três secções especializadas, correspondendo às seguintes competências específicas[112]: fiscalização prévia e concomitante de atos e contratos e, em determinadas hipóteses[113], aplicação de multas e relevar a responsabilidade financeira (primeira seção); controle concomitante e sucessivo e, em determinadas hipóteses, aplicação de multas e relevar a responsabilidade financeira (segunda seção); função jurisdicional acerca da efetivação de responsabilidades financeiras e aplicação de multas (terceira seção).

Do exposto, verifica-se que, no âmbito da fiscalização da despesa pública, o Tribunal de Contas fiscaliza os contratos públicos[114] sob duas formas precípuas, quais

---

[112] "Art. 38. Programa anual da 1ª Secção: 1- O plenário da 1.ª Secção aprova até 15 de dezembro de cada ano, com subordinação ao programa de ação trienal, o respetivo programa anual, do qual consta, designadamente: a) A relação dos organismos ou serviços dispensados, total ou parcialmente, de fiscalização prévia nesse ano com fundamento na fiabilidade do seu sistema de decisão e controlo interno verificado em auditorias realizadas pelo Tribunal; b) A relação dos serviços ou organismos que nesse ano serão objeto de fiscalização concomitante de despesas emergentes dos atos ou contratos que não devam ser remetidos para fiscalização prévia. 2- A dispensa de fiscalização prévia prevista na alínea a) do número anterior pode ser revogada a todo o tempo com fundamento na falta de fiabilidade do sistema de decisão e controlo interno do serviço ou organismo constatada em auditorias realizadas pelo Tribunal.
Art. 39. Áreas de responsabilidade da 2.ª Secção. 1- Aprovado o programa de ação trienal do Tribunal, o plenário da 2.ª Secção, até 15 de novembro desse ano, delibera a constituição das áreas de responsabilidade a atribuir por sorteio a cada juiz, na falta de consenso. 2- A elaboração do relatório e parecer da Conta Geral do Estado pode constituir uma ou mais áreas de responsabilidade. 3- Os serviços de apoio técnico devem organizar-se em função das áreas de responsabilidade dos juízes.
(...) Art. 79. Competência da 3.ª Secção. 1- Compete à 3.ª Secção, em plenário: a) Julgar os recursos das decisões proferidas em 1.ª instância, na sede e nas secções regionais, incluindo as relativas a emolumentos; b) Julgar os recursos dos emolumentos fixados nos processos de verificação de contas e nos de auditoria da 2.ª Secção e das secções regionais; c) Julgar os recursos das decisões de aplicação de multas proferidas nas 1.ª e 2.ª Secções e nas secções regionais; d) Julgar os pedidos de revisão das decisões transitadas em julgado proferidas pelo plenário ou em 1.ª instância. 2- Aos juízes da 3.ª Secção compete a preparação e julgamento em 1.ª instância dos processos previstos no artigo 58.º 3- Os processos da competência da 3.ª Secção são decididos em 1.ª instância por um só juiz" (PORTUGAL. *Lei nº 98/97*. 26 de agosto de 1997. Disponível em https://dre.pt/dre/detalhe/lei/98-1997-193663. Acesso em: 24 de novembro de 2022).

[113] Art. 65, 9: A 1.ª e 2.ª Secções do Tribunal de Contas podem relevar a responsabilidade por infração financeira apenas passível de multa quando: a) Se evidenciar suficientemente que a falta só pode ser imputada ao seu autor a título de negligência; b) Não tiver havido antes recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno ao serviço auditado para correção da irregularidade do procedimento adotado; c) Tiver sido a primeira vez que o Tribunal de Contas ou um órgão de controlo interno tenham censurado o seu autor pela sua prática. (PORTUGAL. *Lei nº 98/97*. 26 de agosto de 1997. Disponível em https://dre.pt/dre/detalhe/lei/98-1997-193663. Acesso em: 24 de novembro de 2022).

[114] Acerca da importância da fiscalização da contratação pública em Portugal, vide TAVARES, José Fernandes Farinha. Os contratos públicos e a sua fiscalização pelo Tribunal de Contas. In: *Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Cedibre, 2008, p. 991.

sejam, o visto prévio[115] e a realização de auditorias via fiscalização concomitante e sucessiva.

Sobre a fiscalização prévia, ou concessão de visto[116], ao revés do que a nomenclatura poderia sugerir, não se trata de um controle exercido previamente ao ato ou contrato. Em realidade, trata-se de um controle posterior à prática do ato ou contrato, porém, prévio à produção de seus efeitos financeiros. Razão pela qual denomina-se tal fiscalização de visto, de modo que será atestada a conformidade com a legislação e a adequação dos encargos assumidos com o orçamento (art. 44, nº 1, da LOPTC).

Ocorre que a submissão à fiscalização prévia não sucede de acordo com a conveniência e oportunidade, mas resulta de um dever legal[117], cabendo ao dirigente máximo do serviço ou ao presidente do órgão executivo ou de administração o envio dos processos para a fiscalização *ex ante*[118]*,* salvo disposição legal em contrário ou delegação de competência. Como opina Joaquim Freitas da Rocha[119], esta

---

[115] De acordo com o art. 5º, nº 1, al. c, da Lei nº 98/97, compete, em especial, ao Tribunal de Contas Fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, diretos ou indiretos, para: a) o Estado e seus serviços; b) as Regiões Autónomas e seus serviços; c) as autarquias locais, suas associações ou federações e seus serviços, bem como as áreas metropolitanas; d) os institutos públicos; e) as instituições de segurança social (PORTUGAL. *Lei nº 98/97*. 26 de agosto de 1997. Disponível em https://dre.pt/dre/detalhe/lei/98-1997-193663. Acesso em: 22 de novembro de 2022).

[116] Tavares conceitua o visto do Tribunal de Contas como um ato jurídico unilateral no exercício de poderes de autoridade de controle prévio de validade de atos e contratos da administração, tendo como finalidade essencial a prevenção na realização de despesas públicas em desconformidade com a ordem jurídica. Tem, portanto, caráter preventivo, e não repressivo, de dispêndio de dinheiro público (TAVARES, José Fernandes Farinha. *O Tribunal de Contas*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 120).

[117] "Art. 46, nº 1, da LOPTC: Estão sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º: a) Todos os atos de que resulte o aumento da dívida pública fundada dos serviços e fundos do Estado e das regiões autónomas com autonomia administrativa e financeira, e das demais entidades referidas nas alíneas c) a e) do n.º 1 do artigo 2.º, bem como os atos que modifiquem as condições gerais de empréstimos visados; b) Os contratos de obras públicas, aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa nos termos do artigo 48.º, quando reduzidos a escrito por força da lei; c) As minutas dos contratos de valor igual ou superior ao fixado nas leis do Orçamento nos termos do artigo 48.º, cujos encargos, ou parte deles, tenham de ser satisfeitos no ato da sua celebração; d) Os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos visados e que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras; e) Os atos ou contratos que formalizem modificações objetivas a contratos não visados que impliquem um agravamento dos respetivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras em valor superior ao previsto no artigo 48" (PORTUGAL. *Lei nº 98/97*. 26 de agosto de 1997. Disponível em https://dre.pt/dre/detalhe/lei/98-1997-193663 . Acesso em: 22 de novembro de 2022).

[118] "Art. 81, nº 4, da LOPTC: Salvo disposição legal em contrário ou delegação de competência, cabe ao dirigente máximo do serviço ou ao presidente do órgão executivo ou de administração o envio dos processos para fiscalização prévia, bem como a posterior remessa dos mesmos, nos termos do n.º 2 do artigo seguinte" (PORTUGAL. *Lei nº 98/97*. 26 de agosto de 1997. Disponível em https://dre.pt/dre/detalhe/lei/98-1997-193663 . Acesso em: 22 de novembro de 2022).

[119] ROCHA, Joaquim Freitas da. *Direito da Despesa Pública*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 241.

fiscalização dita prévia busca evitar a má utilização do dinheiro público, havendo a previsão legal de hipóteses[120] que fundamentarão a recusa do visto. Outrossim, configura uma opção da fiscalização prévia sobre as ordens de pagamento, enquanto a fiscalização concomitante e sucessiva incide sobre os atos de execução[121].

Consoante exposto, merece destaque que a produção de efeitos do ato ou contrato, em regra, não está condicionada ao visto, diferentemente dos pagamentos. Entretanto, ainda que haja a recusa, os trabalhos realizados ou serviços e bens adquiridos, usualmente, poderão ser pagos[122], afinal, incidem os princípios da boa-fé, da tutela da confiança e do não enriquecimento ilícito.

Necessário distinguir, portanto, a eficácia jurídica da eficácia financeira, como o faz Pedro Costa Gonçalves[123] ao tratar dos contratos públicos sujeitos à fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas, abordando a interferência deste controle. Defende o autor que o visto e a declaração de conformidade são condições de eficácia, entretanto, aponta que é preciso diferenciar a eficácia jurídica da financeira.

A regra geral do art. 45, nº 1, da LOPTC prevê que nenhum ato, contrato ou instrumento jurídico sujeito à fiscalização prévia do Tribunal de Contas poderá ser executado ou originar qualquer pagamento antes do visto ou da declaração de conformidade, porém, o próprio dispositivo ressalva quando lhe sejam atribuídos efeitos retroativos. Logo, acolhe-se a regra geral de produção de todos os efeitos antes do visto ou da declaração de conformidade, em outras palavras, a submissão a tais instrumentos de fiscalização prévia não interfere na eficácia jurídica do contrato. Por outro lado, como acima discorrido, há uma segunda regra geral dispondo que o visto é considerado condição de eficácia financeira, sendo vedada a realização de pagamento.

---

[120] "Art. 44, nº 3, da LOPTC: Constitui fundamento da recusa do visto a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor que implique: a) Nulidade; b) Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras; c) Ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro" (PORTUGAL. *Lei nº 98/97*. 26 de agosto de 1997. Disponível em https://dre.pt/dre/detalhe/lei/98-1997-193663 . Acesso em: 24 de novembro de 2022).

[121] TAVARES, José Fernandes Farinha*. O Tribunal de Contas*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 52.

[122] Art. 45, nº 3, da LOPTC: Os trabalhos realizados ou os bens ou serviços adquiridos após a celebração do contrato e até à data da notificação da recusa do visto podem ser pagos após esta notificação, desde que o respetivo valor não ultrapasse a programação contratualmente estabelecida para o mesmo período (PORTUGAL. *Lei nº 98/97*. 26 de agosto de 1997. Disponível em https://dre.pt/dre/detalhe/lei/98-1997-193663 . Acesso em: 24 de novembro de 2022).

[123] GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 1003-10012.

Com relação à natureza deste visto emitido em sede de fiscalização prévia, divergência doutrinária pode ser observada, havendo, por um lado, entendimento no sentido de consistir em atividade administrativa e, por outro, inserir-se no âmbito jurisdicional.

Segundo a própria Corte de Contas portuguesa[124], trata-se de ato materialmente jurisdicional e no exercício de uma função jurisdicional, considerando que um Tribunal decide a questão jurídica pela via da declaração do direito, sendo tal decisão vinculativa. De igual modo, defendem, por exemplo, Oliveira Martins[125] e José Tavares[126].

Em oposição, menciona-se Joaquim Freitas Rocha[127], para quem a ausência de litígio entre pretensões antagônicas afastaria a natureza jurisdicional do ato de recusa ou concessão de visto, sendo, portanto, ato materialmente administrativo, o que não se coaduna, considerando que a prestação jurisdicional não se limita à resolução de um conflito.

Ainda em defesa da natureza de ato materialmente administrativo, Marcello Caetano[128] aponta o fato de a recusa poder resultar de irregularidade financeira e não decorrer necessariamente de ilegalidade, consoante o supramencionado art. 44, nº 3, da LOPTC. Ademais, para o autor, a legalidade do ato não é julgada na concessão ou não de visto, consistindo em mero fundamento da decisão. Colabora com este último argumento o fato de que "nem todas as ilegalidades são suscetíveis de recusa do visto, mas apenas as que alterem ou passam alterar o resultado financeiro, e ainda, nestas situações pode o Tribunal, mediante decisão fundamentada, conceder o visto"[129], como permite o art. 44, nº 4, da LOPTC.

A recusa de visto leva, dessarte, à ineficácia do ato ou contrato e, caso a produção de efeitos já tenha sido iniciada, não se poderá dar continuidade. Ao se

---

[124] TRIBUNAL DE CONTAS PORTUGUÊS. 1ª Secção. Acórdão nº 06/2015. Rel. Cons. Alberto Fernandes Brás. 24 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2015/ac006-2015-1spl.pdf . Acesso em: 30 de novembro de 2022.

[125] MARTINS, Guilherme d'Oliveira *et al*. *A Lei de Enquadramento Orçamental – Anotada e comentada*. Almedina, 2007, p. 275.

[126] TAVARES, José Fernandes Farinha. *O Tribunal de Contas*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 175.

[127] ROCHA, Joaquim Freitas da. *Direito da Despesa Pública*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 251-252.

[128] CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 529.

[129] FELIZARDO, Andreia de Oliveira. *A ação de fiscalização prévia do Tribunal de contas. A recusa de visto e os seus efeitos na prestação de serviços essenciais*. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/92713/1/Dissertação_AndreiaFelizardo.pdf . Acesso em: 02 dezembro de 2022.

manifestar sobre a temática, o Tribunal de Contas português reforçou o seu posicionamento no sentido de exercício da função jurisdicional, como se observa:

> A recusa de visto integra a atividade jurisdicional do Tribunal de Contas (TdC) que enquanto órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas, nos termos do artigo 214º, nº 1, da Constituição, exerce uma função de controlo da atividade administrativa independente de outras reservas jurisdicionais, nomeadamente, a dos tribunais administrativos na apreciação dos conflitos entre entidades públicas e os particulares (...) A ineficácia do contrato derivada de recusa do visto e da força imperativa das normas do artigo 45º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) integra o campo da reserva jurisdicional do TdC que sendo independente do poder jurisdicional dos tribunais administrativos pode gerar factos materiais com reflexos nesta jurisdição[130].

Importante questionamento levanta Andreia de Oliveira Felizardo[131] ao indagar se, através da fiscalização prévia, em situações de despesas essenciais não só para a prossecução das finalidades do Poder Público, mas para o interesse público em geral, não se estaria a desvirtuar um dos principais objetivos da Corte de Contas portuguesa enquanto órgão de controle financeiro, isto é, o princípio da boa gestão.

Discorrido acerca do controle por visto prévio, cumpre mencionar, ainda que brevemente, sobre a realização de auditorias via fiscalização concomitante e sucessiva, cabível em caso de não remissão para a fiscalização prévia (art. 38, nº 1, b, da LOPTC) ou em caso de empreitadas de obras públicas já visadas que titulem a execução de trabalhos a mais ou de suprimento de erros e omissões (art. 47, nº 1, da LOPTC).

Afinal, como versa o art. 46, nº 4, da LOPTC, o Tribunal e os seus serviços de apoio exercem as respectivas competências de fiscalização prévia de modo integrado com as formas de fiscalização concomitante e sucessiva.

---

[130] TRIBUNAL DE CONTAS PORTUGUÊS. 1ª Secção. Acórdão nº 27/2018. Rel. Cons. Paulo Dá Mesquita. 30 de outubro de 2018. Disponível em: https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2018/ac027-2018-1spl.pdf . Acesso em: 2 de dezembro de 2022.

[131] FELIZARDO, Andreia de Oliveira. *A ação de fiscalização prévia do Tribunal de contas. A recusa de visto e os seus efeitos na prestação de serviços essenciais*. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/92713/1/Dissertação_AndreiaFelizardo.pdf . Acesso em: 02 dezembro de 2022.

Explica Alfredo José de Souza[132] que o controle concomitante e o sucessivo, através da realização de auditorias, ultrapassa o mero controle de custos, permitindo conhecer as causas e efeitos que condicionam o bom desempenho das entidades, já que não se analisa apenas a legalidade e a regularidade das operações financeiras, mas também a "fiabilidade, consistência e integralidade das contas, para além de averiguar, conforme referimos, a economia, eficiência e eficácia da gestão financeira, se for caso disso".

Logo, em sede de fiscalização concomitante e sucessiva, mais além, cabe ao Tribunal de Contas avaliar os sistemas de controle interno das entidades sujeitas aos seus poderes de controle financeiro, tendo por objeto apreciar a respectiva fiabilidade. Esta avaliação dos sistemas desempenha função semelhante à que ocorre na fiscalização prévia, ou seja, constitui critério de fundamentação da dispensa do controle sucessivo, "para as entidades que apresentem sistemas de controlo interno fiáveis, isto é, que garantam ao Tribunal de Contas que a sua função fiscalizadora fica assegurada por intermédio da actuação dos serviços de controlo interno da entidade sujeita à sua fiscalização". É o que se compila dos artigos 50º, 54º, nº 1, b e 2; 49º, nº 1, b; e 51º, nº 4, todos da LOPTC.

Segue o autor[133] explanando que o Tribunal de Contas configura instituição de carácter técnico, não lhe cabendo nessa fiscalização a emissão de juízo de valor sobre a política do Governo, mas sim o controle da gestão para a eficaz utilização do dinheiro público — o que, ao nosso sentir, se vislumbra como uma diferença cinzenta. Por esta razão, consoante Alfredo de Souza, a Corte de Contas tem privilegiado, na fiscalização concomitante e sucessiva, a auditoria como forma de controle e, na fiscalização prévia, o esclarecimento da Administração Pública.

---

[132] SOUZA, Alfredo José de. *Os Tribunais de Contas e o Sistema de controlo interno: o Sistema nacional de controlo financeiro em Portugal*. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi-8LiL7438AhUeILkGHcA-DygQFnoECBcQAQ&url=https%3A%2F%2Frevista.tcu.gov.br%2Fojs%2Findex.php%2FRTCU%2Farticle%2Fview%2F1038%2F1093&usg=AOvVaw10Px-du-T_Ul3J8oRxHZUu . Acesso em: 05 dezembro de 2022.

[133] SOUZA, Alfredo José de. *Os Tribunais de Contas e o Sistema de controlo interno: o Sistema nacional de controlo financeiro em Portugal*. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi-8LiL7438AhUeILkGHcA-DygQFnoECBcQAQ&url=https%3A%2F%2Frevista.tcu.gov.br%2Fojs%2Findex.php%2FRTCU%2Farticle%2Fview%2F1038%2F1093&usg=AOvVaw10Px-du-T_Ul3J8oRxHZUu . Acesso em: 05 dezembro de 2022.

Com as auditorias concomitantes, a Corte de Contas portuguesa recomenda medidas para eventuais melhorias, levando em consideração, por exemplo, o cumprimento dos objetivos estabelecidos, a racionalidade dos instrumentos utilizados, a fiabilidade do controle interno e o aproveitamento dos recursos disponíveis.

A seguir, no âmbito da fiscalização sucessiva, examina o Tribunal de Contas o grau de acolhimento das recomendações por ele proferidas, além das contas[134] das entidades respectivas, os seus sistemas de controle interno, a legalidade, a economia, a eficiência e a eficácia de sua gestão financeira, além de assegurar a fiscalização da comparticipação nacional nos recursos próprios comunitários e da aplicação dos recursos financeiros oriundos da União Europeia (art. 50 da LOPTC).

No particular dos procedimentos de verificação sucessiva, destaque-se o necessário respeito ao princípio do contraditório, seja nos processos de verificação de contas ou nos de auditoria, devendo este ser realizado por escrito (art. 87 da LOPTC). Nos processos, poderá a Corte de Contas ordenar o comparecimento dos responsáveis para a prestação de informações ou esclarecimentos, assim como realização de exames, vistorias, avaliações ou outras diligências, através de peritos.

Ao tratar da fiscalização sucessiva, Alfredo de Souza valora que, à semelhança do que tem acontecido em matéria de fiscalização prévia, "também no âmbito da fiscalização sucessiva foi possível apurar que, de uma forma geral, as recomendações do Tribunal têm sido acolhidas pelas entidades auditadas e, não raramente, antes de terminadas as acções de controlo externo"[135].

---

[134] A prestação de contas é tratada no art. 52 da LOPTC, o qual estabelece: "Art. 52. 1 - As contas serão prestadas por anos económicos e elaboradas pelos responsáveis da respectiva gerência ou, se estes tiverem cessado funções, por aqueles que lhes sucederem, sem prejuízo do dever de recíproca colaboração. 2 - Quando, porém, dentro de um ano económico houver substituição do responsável ou da totalidade dos responsáveis nas administrações colectivas, as contas serão prestadas em relação a cada gerência. 3 - A substituição parcial de gerentes em administrações colegiais por motivo de presunção ou apuramento de qualquer infracção financeira dará lugar à prestação de contas, que serão encerradas na data em que se fizer a substituição. 4 - As contas serão remetidas ao Tribunal até 15 de Maio do ano seguinte àquele a que respeitem. 5 - Nos casos previstos nos n.os 2 e 3, o prazo para apresentação das contas será de 45 dias a contar da data da substituição dos responsáveis. 6 - As contas serão elaboradas e documentadas de acordo com as instruções aprovadas pelo Tribunal. 7 - A falta injustificada de remessa das contas dentro do prazo fixado nos n.os 4 e 5 poderá, sem prejuízo da correspondente sanção, determinar a realização de uma auditoria, tendo em vista apurar as circunstâncias da falta cometida e da eventual omissão da elaboração da conta referida, procedendo à reconstituição e exame da respectiva gestão financeira para fixação do débito aos responsáveis, se possível" (PORTUGAL. *Lei nº 98/97*. 26 de agosto de 1997. Disponível em https://dre.pt/dre/detalhe/lei/98-1997-193663 . Acesso em: 04 de dezembro de 2022).

[135] SOUZA, Alfredo José de. *Os Tribunais de Contas na melhoria da Administração Pública: a experiência portuguesa.* Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjTuNnFoJD8Ah

Compreendidos os principais aspectos do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas de Portugal, passa-se a discorrer sobre as Autoridades Administrativas Independentes, com ênfase nas Autoridades Reguladoras Independentes portuguesas.

3.3 As autoridades reguladoras independentes portuguesas e o seu controle

Em virtude do Programa de Assistência Econômica e Financeira a Portugal[136], por imposição de Comissão Europeia, a Assembleia da República aprovou a Lei nº 67/2013, também denominada de Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade econômica dos setores privados, público e cooperativo (LQER – Lei-quadro das entidades reguladoras).

Questionamento surge acerca do enquadramento jurídico, na esfera organizativa da Administração Pública, das entidades administrativas independentes que desempenham funções regulatórias e, como bem destaca Fernando Oliveira Silva[137]**,** a própria Lei-quadro não previu expressamente a solução, tampouco a Constituição Portuguesa[138].

Como se sabe, tradicionalmente, a organização da Administração Pública portuguesa apresenta estrutura tripartite composta pela Administração direta e indireta do Estado, assim como pela Administração autônoma. De modo extremamente sintético, tem-se que os poderes do Governo sobre a Administração direta são de direção, em face da Administração indireta são de tutela e superintendência e, por último, são de tutela sobre a Administração autônoma.

X_KLkGHT5XBjsQFnoECBkQAQ&url=https%3A%2F%2Frevista.tcu.gov.br%2Fojs%2Findex.php%2FRTCU%2Farticle%2Fview%2F1039%2F1094&usg=AOvVaw0w9oUH-mTTKgbmMF5GF1FB Acesso em: 05 dezembro de 2022.

[136] Foi acordado o Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF) entre as autoridades portuguesas, a União Europeia e o FMI, prevendo um pacote de assistência financeira entre os anos de 2011 e 2014 e estando assentado em três pilares, quaise seja, a consolidação orçamental,a estabilidade do sistema financeiro e a transformação estrutural da economia portuguesa. Destarte, o escopo primordial foi o restabelecimento da confiança dos mercados financeiros internacionais, assim como a promoção da competitividade e do crescimento económico sustentável.

[137] SILVA, Fernando Oliveira. *A regulação dos contratos públicos. Modelo para uma autoridade reguladora. Ebook*. Lisboa: Almedina, 2016, p. 313-320.

[138] A Constituição Portuguesa de 1976, ao tratar da estrutura da Administração, limita-se a permitir, em seu art. 267, nº 3, que "a lei pode criar entidades administrativas independentes". (PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. 2 de abril de 1976. Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso. Acesso em: 06 dezembro de 2022).

A Administração direta engloba órgãos e serviços, centrais ou periféricos, integrados na pessoa do Estado e desprovidos de personalidade jurídica própria, em que pese possuírem autonomia administrativa. Já a Administração indireta é composta pelas entidades públicas, distintas da pessoa coletiva do Estado e que possuem personalidade jurídica própria, além de autonomia administrativa, financeira e patrimonial. Por fim, integram a Administração autônoma as entidades dotadas, consoante a Constituição, de personalidade jurídica e que são titulares de autonomia territorial ou associativa, subdividindo-se em administração regional (regiões dos Açores e da Madeira), administração local (autarquias locais, integradas pelos Municípios, Freguesias e regiões administrativas) e associações públicas (como, por exemplo, a Ordem dos Advogados Portugueses).

Incompatível, então, as entidades administrativas independentes com esta classificação tripartite da Administração Pública, de modo que, Vital Moreira e Fernanda Maçãs[139] defendem, por exclusão, a necessidade de uma quarta categoria: a administração independente[140], da qual integram as autoridades reguladoras independentes. Posicionamento semelhante ao de Fernando Oliveira Silva[141] e António Barbosa de Melo[142].

Como principais características das autoridades administrativas independentes, apontam Vital Moreira e Fernanda Maçãs[143], em síntese, a existência de um objeto peculiar, natureza administrativa, independência, neutralidade e imparcialidade.

Sobre o objeto, verifica-se a necessidade de assegurar a regulação de setores sensíveis ou estratégicos, cuja atividade deve ocorrer em um ambiente de liberdade

---

[139] MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 22-30).

[140] Analogamente, expõe Isabel Birmann que as autoridades administrativas independentes, de origem francesa, são o modelo europeu mais utilizado e, nesta figura, estão integradas outras entidades públicas independentes, porém com funções distintas da regulação, sobretudo com funções de defesa de certos direitos fundamentais, como o acesso a documentos administrativos e a regulação de meios audiovisuais. Desta forma, faz-se necessário delimitar o que é Administração Independente (AI) e onde as Autoridades Reguladoras Independentes (ARI) portuguesas estão inseridas (BIRMANN, Isabel Ribeiro. O poder regulamentar das autoridades reguladoras independentes. Disponível em: https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/117299/2/301987.pdf . Acesso em: 06 dezembro de 2022).

[141] SILVA, Fernando Oliveira. *A regulação dos contratos públicos. Modelo para uma autoridade reguladora. Ebook*. Lisboa: Almedina, 2016, p. 313-320.

[142] MELO, António Barbosa de. *Direito Constitucional e Administrativo, Direito Público da Banca, dos Valores Mobiliários e dos Seguros, Sumários e Notas*. Coimbra: Instituto de Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010, p. 29-31.

[143] MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 30-33.

e concorrência, e a proteção de direitos dos administrados contra o risco de atuação burocrática e arbitrária da Administração.

Já a temática da natureza das autoridades administrativas independentes causa controvérsias doutrinárias, havendo entendimento no sentido de configurar expressão de um quarto poder com função essencialmente de garantia[144], porém, a orientação dominante e acima mencionada é no sentido de possuir natureza administrativa[145].

Importante destacar que a independência consiste na característica singular de distinção em detrimento de outras estruturas administrativas, podendo ser interpretada em um viés estrutural ou orgânico, como o modo de designação dos titulares, o regime de incompatibilidades e a vedação de destituição antes do término do mandato; e em um viés funcional quanto à atividade que é desenvolvida sem sujeição ao Governo ou a outras autoridades. Logo, há uma particular posição institucional em relação ao Poder Executivo. Fernando Oliveira Silva[146] evidencia que o Governo não exerce, nem pode exercer quaisquer poderes de tutela, superintendência ou direção, consoante interpretação constitucional[147]. Verifica-se, ainda, a independência, em relação aos interesses envolvidos na atividade regulada,

---

[144] Nesse sentido, LABRIOLA, Silvano. *Le autorità indipendenti*. Milão: Giuffrè Editore, 2000, p. 135. Sobre a temática, expõe Carlos de Morais que "não ganhou espaço na doutrina portuguesa o entendimento segundo o qual as actividades desenvolvidas pelas autoridades independentes entroncariam na génese de uma quarta função estatal, presa ao exercício de um poder neutral de vigilância e de garantia" (MORAIS, Carlos Blanco de. As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 61. nº 1. 2001, p. 101-154).

[145] É o que defendem, por exemplo, MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 30-33; GENTOT, Michel. *Les autorités administratives indépendantes.* Paris: Montchrestien, 1994, p. 14; e MORAIS, Carlos Blanco de. As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 61. nº 1. 2001, p. 101-154.

[146] SILVA, Fernando Oliveira. *A regulação dos contratos públicos. Modelo para uma autoridade reguladora. Ebook*. Lisboa: Almedina, 2016, p. 313-320.

[147] Sobre a competência administrativa, consoante expõe os autores, o art. 199 da Constituição Portuguesa de 1976 estabelece: "Art. 199. Compete ao Governo, no exercício de funções administrativas: a) Elaborar os planos, com base nas leis das respectivas grandes opções, e fazê-los executar; b) Fazer executar o Orçamento do Estado; c) Fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis; d) Dirigir os serviços e a actividade da administração directa do Estado, civil e militar, superintender na administração indirecta e exercer a tutela sobre esta e sobre a administração autónoma; e) Praticar todos os actos exigidos pela lei respeitantes aos funcionários e agentes do Estado e de outras pessoas colectivas públicas; f) Defender a legalidade democrática; g) Praticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas" (PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. 2 de abril de 1976. Disponível em: https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775 . Acesso em: 06 dezembro de 2022). Assim, em uma interpretação a contrário, verifica-se a inexistência de previsão de ingerência sobre as autoridades reguladoras independentes portuguesas.

na “ausência de título representativo na designação dos membros dirigentes e da forma de proceder a sua escolha”[148].

Ao menos teoricamente, os titulares devem pautar as decisões em critérios estritamente técnicos, sendo a neutralidade política um critério caracterizador das autoridades administrativas independentes, de modo a assegurar que o respectivo setor se desenvolva de acordo com as regras e os critérios técnicos a ele correspondente.

Além da neutralidade, fala-se na característica da imparcialidade, mas é necessário recordar, como o fazem os autores[149], que a imparcialidade da Administração não coincide com a imparcialidade do Poder Judiciário, visto que a Administração é também parte da relação jurídica. Significa, assim, um poder-dever, por parte da Administração Pública, de valoração e ponderação de todos os interesses envolvidos, isto é, públicos e privados, sem privilégios.

No particular das autoridades reguladoras independentes portuguesas, o artigo 45 da Lei-quadro ratifica a característica da independência[150], de modo análogo à legislação brasileira anteriormente analisada. Nesse sentido, há previsão de um regime específico de incompatibilidades e impedimentos, para além da submissão ao regime geral, “a fim de garantir essa idoneidade, independência e neutralidade, e minimizar o ‘risco de captura’”[151], prevendo, dentre outros, um regime de exclusividade de função, desprovimento temporário de capacidade eleitoral passiva, restrições de vínculos ou relações contratuais e vedações após a cessação das funções[152].

---

[148] MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.28.

[149] *Ibidem*, p.30.

[150] Prevê o art. 45, nº 1 e nº 2, da Lei nº 67/2013: “Art. 45. 1- As entidades reguladoras são independentes no exercício das suas funções e não se encontram sujeitas a superintendência ou tutela governamental, sem prejuízo do disposto nos números seguintes. 2 - Os membros do Governo não podem dirigir recomendações ou emitir diretivas aos órgãos dirigentes das entidades reguladoras sobre a sua atividade reguladora nem sobre as prioridades a adotar na respetiva prossecução.” (PORTUGAL. *Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo*. 28 de agosto de 2013. Disponível em: https://dre.pt/dre/detalhe/lei/67-2013-499499 . Acesso em: 08 dezembro de 2022).

[151] SILVA, Fernando Oliveira. *A regulação dos contratos públicos. Modelo para uma autoridade reguladora. Ebook*. Lisboa: Almedina, 2016, p. 410.

[152] Art. 19, nº 2, da Lei nº 67/2013: “2 - Depois da cessação do seu mandato e durante um período de dois anos os membros do conselho de administração não podem estabelecer qualquer vínculo ou relação contratual com as empresas, grupos de empresas ou outras entidades destinatárias da atividade da respetiva entidade reguladora, tendo direito no referido período a uma compensação equivalente a 1/2 do vencimento mensal”. Tal previsão demonstra-se, inclusive, mais benévola em detrimento do regramento específico contido no nº 3 do referido artigo, o qual trata da Autoridade da Concorrência e prevê: “3 - No caso da entidade reguladora com competência para a aplicação das

Ademais, o mandato dos membros do Conselho de Administração das entendidas reguladoras independentes será de seis anos, vedada a renovação (art. 20, nº 1, da Lei nº 67/2013) e, além do decurso de prazo, poderá o mandato cessar consoante hipóteses legais[153]. Veda-se, pois, a discricionariedade para a composição do Conselho de Administração, no anseio legislativo de garantir o sistema de freios e contrapesos e evitar eventual ingerência indevida.

Com o mesmo escopo, em que pese à independência orgânica, funcional e técnica[154], incide sobre as autoridades reguladoras independentes um controle legislativo direto, posto que estas devem prestar, anualmente, à Comissão Parlamentar competente, contas, plano de atividades e a programação do seu desenvolvimento[155]. Pode-se também apontar a prestação de contas à sociedade, considerando o dever de transparência consubstanciado na divulgação de

---

regras de defesa da concorrência, a proibição prevista no número anterior respeita às empresas ou entidades que tenham tido intervenção em processos ou sido destinatárias de atos, decisões ou deliberações daquela entidade, durante o período em que os membros do conselho de administração em causa tenham exercido funções", possibilitando uma análise casuística. (PORTUGAL. *Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo*. 28 de agosto de 2013. Disponível em: https://dre.pt/dre/detalhe/lei/67-2013-499499 . Acesso em: 09 dezembro de 2022)

[153] Art. 45, nº 3, da Lei nº 67/2013: "3 - O mandato dos membros do conselho de administração cessa pelo decurso do respetivo prazo e ainda por: a) Morte ou incapacidade física ou psíquica permanente ou com uma duração que se preveja ultrapassar a data do termo da comissão de serviço ou do período para o qual foram designados; b) Renúncia, através de declaração escrita apresentada ao membro do Governo responsável pela principal área de atividade económica sobre a qual incide a atuação da entidade reguladora; c) Incompatibilidade superveniente; d) Condenação, por sentença transitada em julgado, em crime doloso que ponha em causa a idoneidade para o exercício do cargo; e) Cumprimento de pena de prisão; f) Dissolução do conselho de administração ou destituição dos seus membros nos termos dos n.os 4 e 5; g) A extinção da entidade reguladora" (PORTUGAL. *Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo*. 28 de agosto de 2013. Disponível em: https://dre.pt/dre/detalhe/lei/67-2013-499499 . Acesso em: 09 dezembro de 2022).

[154] A questão da tecnicidade em busca da neutralidade política de gestão das autoridades reguladores independentes remete às lições de Paulo Otero, segundo o qual, a Administração especializada "determina uma deslocação do centro decisório administrativo para as estruturas tecno-burocráticas, as quais procuram assegurar a eficiência" (OTERO, Paulo. *Conceito e fundamento da Hierarquia Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 287-288).

[155] "Art. 49. 1- No 1º trimestre de cada ano de atividade as entidades reguladoras apresentam na comissão parlamentar competente da Assembleia da República o respetivo plano de atividades e a programação do seu desenvolvimento. 2- Anualmente as entidades reguladoras elaboram e enviam à Assembleia da República e ao Governo um relatório detalhado sobre a respetiva atividade e funcionamento no ano antecedente, sendo tal relatório objeto de publicação na sua página eletrónica. 3- Sempre que tal lhes seja solicitado, os membros dos órgãos das entidades reguladoras devem apresentar-se perante a comissão parlamentar competente, para prestar informações ou esclarecimentos sobre a respetiva atividade" (PORTUGAL. *Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo*. 28 de agosto de 2013. Disponível em: https://dre.pt/dre/detalhe/lei/67-2013-499499 . Acesso em: 10 dezembro de 2022).

informações atualizadas contábeis, regulatórias e sancionatórias em página eletrônica, consoante estabelece a Lei-quadro[156].

Em virtude da legitimação democrática, para além deste controle, há limites gestionários diante da sujeição à fiscalização do Tribunal de Contas — como discorrido anteriormente, sobretudo em virtude do visto prévio e das fiscalizações concomitantes e sucessivas — e ao cumprimento das regras de contratação pública do Estado. Nesse sentido, dispõe o art. 5º, nº 3, do referido diploma legal que são aplicáveis às entidades reguladoras o regime da contratação pública, o regime da responsabilidade civil do Estado, os deveres de informação decorrentes do Sistema de Informação da Organização do Estado (SIOE) e o regime de jurisdição e controle financeiro do Tribunal de Contas.

Acerca do controle do Tribunal de Contas português sobre as Autoridades Reguladoras, o art. 38 da Lei nº 67/2013 estabelece que a prestação de contas se rege, fundamentalmente, pelo disposto na Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) e respetivas disposições regulamentares. Mais adiante, o art. 46 da mencionada Lei-quadro, ao tratar da responsabilidade, expõe que a responsabilidade financeira é efetivada pelo Tribunal de Contas, nos termos da respetiva legislação.

A configuração de controle acima exposta é sintetizada por Fernando Oliveira Silva[157], segundo o qual, as autoridades reguladoras independentes estão sujeitas, por parte do Parlamento, a um acompanhamento político traduzido no dever de informação anual; ao controle de legalidade dos seus atos e decisões por via das auditorias do Tribunal de Contas e dos serviços de auditoria do Estado "e,

---

[156] "Art. 48. As entidades reguladoras devem disponibilizar uma página eletrónica, com todos os dados relevantes, nomeadamente: a) Todos os diplomas legislativos que os regulam, os estatutos e os regulamentos; b) A composição dos órgãos, incluindo os respetivos elementos biográficos e valor das componentes do estatuto remuneratório aplicado; c) Todos os planos de atividades e relatórios de atividades; d) Todos os orçamentos e contas, incluindo os respetivos balanços e planos plurianuais; e) Informação referente à sua atividade regulatória e sancionatória; f) O mapa de pessoal, sem identificação nominal, e respetivo estatuto remuneratório e sistema de carreiras. g) Os relatórios e pareceres da comissão de fiscalização ou do fiscal único; h) O relatório da comissão de vencimentos; i) Os regulamentos internos referidos no n.º 2 do artigo 10º." (PORTUGAL. *Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo*. 28 de agosto de 2013. Disponível em: https://dre.pt/dre/detalhe/lei/67-2013-499499 . Acesso em: 10 dezembro de 2022).

[157] SILVA, Fernando Oliveira. *A regulação dos contratos públicos. Modelo para uma autoridade reguladora. Ebook*. Lisboa: Almedina, 2016, p. 467-468.

consequentemente sujeitas a um controle jurisdicional dos seus actos"[158]; e, por fim, a um acompanhamento de sua atividade por parte dos cidadãos.

Destarte, o controle do Tribunal de Contas português, órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e vinculado ao Poder Judiciário, exercido em face das autoridades reguladoras independentes, que possuem natureza administrativa, como visto, vai além da fiscalização de legalidade e regularidade, incluindo a averiguação das circunstâncias e motivos que fundamentam a gestão administrativa e se esta representa ou não uma vantagem para o Estado.

É o que se depreende do visto emitido em sede de fiscalização prévia, o qual, em que pese divergências, trata-se de ato materialmente jurisdicional e no exercício de uma função jurisdicional, assim como na realização de auditorias via fiscalização concomitante e sucessiva. Afinal, através do controle concomitante e sucessivo, ultrapassa-se a mera fiscalização de custos, adentrando-se no desempenho da gestão financeira das entidades e criando verdadeiros limites gestionários.

Portanto, diante da sujeição à fiscalização da Corte de Contas portuguesa, ainda que sob o argumento de verificação da economia, eficiência e eficácia, adentra-se no mérito administrativo.

Exposto o modelo português, na busca de um paradigma estrangeiro, cumpre verificar, a seguir, como o Tribunal de Contas da União exerce controle sobre as agências reguladoras brasileiras e, para tanto, necessário compreender a figura ímpar da Corte de Contas em nosso ordenamento jurídico.

---

[158] *Ibidem*, p. 468.

4 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

4.1 Evolução histórica do Tribunal de Contas da União

No Brasil Império, período compreendido entre 1822 e 1889, embora não houvesse a institucionalização de uma Corte de Contas, não se passou despercebida a necessidade de criação de órgãos de controle. Nesse sentido, a Constituição Brasileira do Império de 1824[159] previu, ainda que de forma incipiente, mecanismos de freios e contrapesos através da existência de quatro poderes, quais sejam, Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, a ser exercido pelo Imperador, e da atribuição de *status* de tribunal ao Tesouro Nacional.

Posteriormente, em 1831, foi apresentado projeto sugerindo a criação de um Tribunal de Contas, sob a inspiração de julgamento *a posteriori* adotado no modelo francês, o qual foi rejeitado, sem embargo de ser destacada a necessidade de um tribunal de fiscalização[160].

A origem do Tribunal de Contas da União remete ao Decreto nº 966-A[161], de 7 de novembro de 1890, por influência de Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda, tendo por escopo o exame, revisão e julgamento dos atos concernentes à receita e à despesa da República. Tal contexto[162] de criação da Corte de Contas nacional faz alusão às mudanças pelas quais passavam os Estados Nacionais, durante o século XIX, com destaque para o pensamento reformista fruto do crescimento de ideais liberais iluministas, as alterações na máquina administrativa e os anseios sociais por transparência.

---

159 Nesse sentido, dispôs o art. 170 da Constituição de 1824: “A Receita e despeza da Fazenda Nacional será encarregada a um Tribunal, debaixo de nome de 'Thesouro Nacional" aonde em diversas Estações, devidamente estabelecidas por Lei, se regulará a sua administração, arrecadação e contabilidade, em recíproca correspondência com as Thesourarias, e Autoridades das Províncias do Império” (BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil. 25 de março de 1824.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm . Acesso em: 05 de janeiro de 2023).

160 SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas*: Controle Externo das Contas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56-57.

161 BRASIL. *Decreto nº 966-A.* 7 de novembro de 1890*.* 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: 05 de janeiro de 2023.

162 Sobre o contexto de reorganização institucional da República que culminou na criação do Tribunal de Contas, vide BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 62, n. 2, 1966. p. 47. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66514 Acesso em: 05 de janeiro de 2023.

Salutar recordar, como o faz Edson Simões[163], que o modelo de fiscalização financeira então adotado foi o belga — com exame *a priori* dos atos administrativos, com veto relativo e registro sob reserva — e que a função jurisdicional do Tribunal de Contas era admitida à época, contudo, o decreto não foi regulamentado. Importante destaque também faz João Antônio da Silva Filho[164], ao salientar que, do nascedouro do Tribunal de Contas pátrio, já se denota as divergências com relação ao controle ser prévio, concomitante e/ou posterior.

A seguir, a Constituição de 1891[165], primeira Constituição republicana do Brasil, também denominada de Constituição Literária, institucionalizou o TCU, em seu artigo 89, conferindo-lhe estabilidade e competências para analisar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade antes de serem prestadas ao Congresso. Por conseguinte, em 1892, o Regulamento nº 1.166[166] versou sobre a criação do Tribunal de Contas brasileiro, estabelecendo atribuições e competências, além de conferir força de sentença[167] às decisões contra os gestores públicos, de modo que o Tribunal de Contas da União adotou o sistema de fiscalização com exame prévio e veto impeditivo absoluto.

Contudo, o órgão fiscalizador nacional apenas existiu, de fato, em 1893, permitindo, precipuamente, o exame mensal das movimentações dos cofres públicos, a confrontação com os resultados remetidos pelo Governo e o estabelecimento de uma comunicação direta com o Poder Legislativo. Mais tarde, em 1896, surge a primeira Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, com a promulgação do Decreto nº 392[168], e, entre 1911 e 1912, advém o Decreto Legislativo nº 2.511[169] para

---

[163] SIMÕES, Edson. "Tribunais de Contas Municipais" ou Tribunais de Contas dos Municípios e Municipais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; GODOY, Mayr. (Coords.) *Tratado de Direito municipal* – vol 2. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

[164] SILVA FILHO, João Antônio da. *Tribunais de Contas no Estado Democrático e os desafios do controle externo*. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 38-39.

[165] BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 24 de fevereiro de 1891.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm . Acesso em: 05 de janeiro de 2023.

[166] BRASIL. *Decreto nº 1.166.* 17 de Dezembro de 1892. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1166-17-dezembro-1892-523025-publicacaooriginal-1-pe.html . Acesso em: 05 de janeiro de 2023.

[167] Sobre o tema, vide SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas*: Controle Externo das Contas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68-70.

[168] BRASIL. *Decreto nº 392.* 8 de Outubro de 1896. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-392-8-outubro-1896-540205-publicacaooriginal-40163-pl.html . Acesso em: 05 de janeiro de 2023.

[169] BRASIL. *Decreto nº 2.511*. 20 de Dezembro de 1911. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-2511-20-dezembro-1911-579938-publicacaooriginal-102823-pl.html . Acesso em: 05 de janeiro de 2023.

disciplinar a tomada de contas pelo Congresso, com submissão prévia para parecer pelo TCU.

Insta destacar que, desde a primeira Constituição da República, as demais Cartas Constitucionais[170] trataram do Tribunal de Contas da União, de forma que as Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967 ora removeram, ora alargaram as funções atinentes ao TCU[171].

Outrossim, a disposição das previsões referentes à Corte de Contas variou no texto constitucional. A Constituição de 1891, por exemplo, embora tenha conferido *status* constitucional ao Tribunal, institucionalizando-o, observa-se que o supramencionado artigo 89 integrava apenas as Disposições Gerais e Transitórias.

Apenas com a Constituição de 1934 restou reservada seção específica (artigos 99-102) para tratar do Tribunal de Contas da União, a qual integrava o capítulo dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais, dotando-o, portanto, de maior relevância e, pela primeira vez, atribuindo-lhe competências constitucionais específicas.

Para além, previu o referido texto constitucional a sujeição a registro prévio do Tribunal de Contas de qualquer ato da Administração Pública que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional ou por conta deste. Ainda, como enfatiza Simone Coêlho Aguiar[172], apesar de sua curta duração, a Constituição de 1934 trouxe importante inovação ao possibilitar a suspensão de contratos pela Corte de Contas antes mesmo do pronunciamento do Poder Legislativo[173].

---

[170] Acerca das previsões das Constituições pretéritas sobre o Tribunal de Contas da União, vide MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Tribunais de Contas – Natureza, alcance e efeitos de suas funções, *Revista de Direito Público*, ano 18, nº 73, p. 181-192, janeiro/março de 1985.

[171] Como, por exemplo, o julgamento da legalidade de concessões de aposentadorias, pensões e reformas e a apresentação de parecer prévio sobre as contas do chefe do Executivo federal ao Congresso Nacional (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *TCU e suas atribuições.* Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/centro-cultural-tcu/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle/tcu-e-as-constituicoes.htm . Acesso em: 05 de janeiro de 2023).

[172] AGUIAR, Simone Coêlho. *Origem e evolução dos tribunais de contas*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d90d801833a681b1 . Acesso em: 05 de janeiro de 2023.

[173] "Art. 101. Os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa, só se reputarão perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspende a execução do contrato até ao pronunciamento do Poder Legislativo". (BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 16 de julho de 1934.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm . Acesso em: 05 de janeiro de 2023).

Por sua vez, a Constituição de 1937[174] limitou-se a tratar da Corte de Contas em um dispositivo genérico, postergando a sua regulamentação à legislação infraconstitucional, porém, o alocou na parte referente ao Poder Judiciário. Em seguida, a Constituição de 1946[175] fixou que o controle externo federal compete ao Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas, introduzindo também o julgamento da legalidade das concessões iniciais dos atos de aposentadoria, reforma e pensão, assim como o julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos. Notório, pois, que o diploma constitucional de 1946 trouxe alterações precípuas e que perduram até o presente momento, com destaque para a inclusão da Corte de Contas no capítulo referente ao Poder Legislativo.

Necessário também salientar, em consonância com Jair Lima Santos[176], que a Constituição de 1946 previu que o controle do TCU, preponderantemente exercido *a posteriori*, passou a ser concomitante para os contratos e prévio no tocante aos atos que implicassem encargos para o Tesouro. Já a Constituição de 1967[177] inovou ao

---

[174] Segundo a redação original do art. 114 da CF/1937: "Art. 114. Para acompanhar, diretamente ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas, cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República, com a aprovação do Conselho Federal. Aos Ministros do Tribunal de Contas são asseguradas as mesmas garantias que aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único - A organização do Tribunal de Contas será regulada em lei." (BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 10 de novembro de 1937.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm . Acesso em: 05 de janeiro de 2023).

[175] Estabeleceu o art. 22 da Constituição de 1946 que: "Art 22. A administração financeira, especialmente a execução do orçamento, será fiscalizada na União pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, e nos Estados e Municípios pela forma que for estabelecida nas Constituições estaduais". Mais além, o art. 77 tratou inovou nas competências atribuídas ao TCU, dispondo que: "Compete ao Tribunal de Contas: I - acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento; II - julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas; III - julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões". (BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 18 de setembro de 1946.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.html. Acesso em: 05 de janeiro de 2023).

[176] SANTOS, Jair Lima. Tribunal de Contas da União e controle estatal e social da Administração Pública. *Revista do TCU*. Brasília, v. 33, n. 94, out/dez 2002.

[177] "Art. 71. A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei. § 1º - O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos. (...) Art 72. O Poder Executivo manterá sistema de controle interno, visando a: I - criar condições indispensáveis para eficácia do controle externo e para assegurar regularidade à realização da receita e da despesa; II - acompanhar a execução de programas de trabalho e do orçamento; III - avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos." (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. 24 de janeiro de 1967.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm . Acesso em: 05 de janeiro de 2023).

utilizar as expressões “controle externo” e “controle interno”, além de retirar a exigibilidade de controle prévio dos contratos administrativos.

Por fim, como é notório, a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Congresso Nacional a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, sendo o controle externo exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Verificada, ainda que em linhas gerais, a evolução histórica da Corte de Contas nacional, insta elucidar a discussão no que toca ao posicionamento do Tribunal no arranjo do Estado brasileiro e as competências que lhe são, atualmente, atribuídas pelo ordenamento jurídico.

4.2 A Corte de Contas no ordenamento pátrio: posição e competências

Conforme aponta Alfredo Buzaid[178], a controvérsia acerca da posição e classificação do Tribunal de Contas no sistema constitucional brasileiro é antiga e não pode ser resumida à aceitação de opiniões arcaicas ou modernas. Constata o autor que este, quiçá, possa ser o tema mais grave suscitado pela doutrina no que diz respeito ao controle externo.

Com base na teoria da separação dos poderes, verificam-se três possíveis teses: conceber o TCU como órgão pertencente ao Poder Judiciário[179], entendê-lo como parte integrante do Poder Legislativo[180] e vislumbrá-lo como órgão do Poder

---

[178] BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 62, n. 2, 1966. p. 47. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66514 . Acesso em: 06 de janeiro de 2023.

[179] Em oposição, Carlos Ayres Britto, por exemplo, explana que da Constituição de 1988 extrai-se que a função jurisdicional do Estado é exclusiva do Poder Judiciário, logo, os Tribunais de Contas não fazem parte dos órgãos componenciais desse Poder e tampouco integram o rol das instituições que foram categorizadas como instituições essenciais à função jurisdicional. Mais além, aponta que a jurisdição é atividade-fim do Poder Judiciário, diferentemente das Cortes de Contas que fazem do julgamento um dos muitos meios ou das muitas competências para servir ao controle externo, sua atividade-fim. Ainda, enfatiza que, ao contrapor as funções judicantes do TCU com as características da jurisdição, observa-se a ausência de identidade (BRITTO, Carlos Ayres. *O regime constitucional dos Tribunais de Contas.* Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 5, n. 47, p. 4933-4939, jan. 2005. Disponível em: https://dspace-novo.almg.gov.br/retrieve/102423/Carlos%20Britto.pdf . Acesso em: 07 de janeiro de 2023). De maneira análoga, Uadi Lammêgo Bulos leciona que a palavra jurisdição, no sentido do preceito não se confunde com o exercício autoritativo daquele múnus desempenhado, exclusivamente, pelo Judiciário (BULOS, Uadi Lammêgo. Constiruição Federal anotada. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 873-874).

[180] Em defesa, Lincoln Magalhães da Rocha manifesta que o Tribunal de Contas da União “não integra o Poder Judiciário, mas, sim, o Poder Legislativo do qual faz parte, e lhe presta auxílio para o desempenho da função de controle externo que incumbe ao Congresso Nacional” (ROCHA, Lincoln

Executivo; além do um quarto posicionamento, preponderante e ao qual se coaduna, de que a Corte de Contas possui matriz constitucional de órgão não vinculado aos poderes constituídos, sendo, por consequência, órgão de controle autônomo. É o que, há muito, defendia Rui Barbosa[181] ao comentar a Constituição de 1891.

Dentre os adeptos deste posicionamento prevalecente, citam-se autores como Odete Medauar[182], Celso Antônio Bandeira de Mello[183] e Hely Lopes Meirelles[184]. Como principais argumentos, tem-se que a fiscalização e o controle exercidos pelo Tribunal requerem a existência de um órgão independente em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como corolário de um Estado Democrático de Direito[185], e que a expressão "em auxílio", contida no supramencionado art. 71 da CF/88, não significa qualquer forma de subordinação.

Dessarte, a ampla doutrina atribui natureza *sui generis* ao Tribunal de Contas da União, assim como ocorre com o Ministério Público, classificando-o como órgão constitucional independente. No plano jurisprudencial, verifica-se a adoção deste posicionamento, consagrando o Supremo[186] que o TCU não configura órgão preposto do Legislativo, mas sim órgão auxiliar do mencionado Poder.

Magalhães da. O controle dos bens e recursos públicos como missão constitucional dos tribunais de Contas. In: MACIEL, Adhemar Ferreira *et al. Estudos de direito constitucional*: homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 175-192). Ao contrário, Carlos Ayres Britto aponta que, *além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional, visto que, quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo "com o auxílio do Tribunal de Contas da União", fala de "auxílio" semelhante ao do Ministério Público perante o Poder Judiciário (*BRITTO, Carlos Ayres. *O regime constitucional dos Tribunais de Contas.* Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 5, n. 47, p. 4933-4939, jan. 2005. Disponível em: https://dspace-novo.almg.gov.br/retrieve/102423/Carlos%20Britto.pdf . Acesso em: 07 de janeiro de 2023).

[181] BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira – 1891*. São Paulo: Saraiva, 1934, p. 450-451.

[182] ODETE, Medauar. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

[183] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Funções do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*. São Paulo: n. 72, out/dez, 1984.

[184] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 706.

[185] Igualmente, CITADINI, Antônio Roque. *O Controle Externo da Administração Pública*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1995. p. 71-72; e SOARES, José de Ribamar Barreiros. A natureza jurídica do Tribunal de Contas da União. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 33, n. 132, out/dez 1996, p. 259-262.

[186] Na Representação nº 1.179/ES, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no sentido de inconstitucionalidade da expressão "órgão preposto do legislativo" que estava inserida no art. 2º da Lei estadual nº 3.564/83, do Espírito Santo. Na ocasião, o STF dispôs que o Tribunal de Contas não é preposto do Legislativo, mas sim, como resulta do § 1º do art. 70 da Constituição da República, órgão auxiliar do Poder Legislativo, eis que a função que exerce é recebida diretamente da Constituição, que lhe define as atribuições. Não obstante, ressalvou o Supremo que isto não quer dizer que o Tribunal de

Trata-se, portanto, de instituição hábil para o exercício de *accountability* horizontal[187], cujo controle é constituído por órgãos ou agências inseridos no próprio quadro estatal, mas com um mínimo de independência, de modo a inexistir relação de subordinação. Contudo, ressalva relevante esteve presente no julgamento da ADI 1.175/DF[188], ocasião em que o STF enfatizou que não estaria o Tribunal de Contas da União em posição superior aos Poderes.

À vista disso, fala-se na Corte de Contas brasileira como um órgão constitucional administrativa, financeira e funcionalmente independente[189]. Na medida em que cabe ao TCU a gestão de seus assuntos administrativos, inclusive os relacionados ao pessoal[190] (independência administrativa); é a Corte detentora de dotação orçamentária global, cujo duodécimo mensal deve ser repassado periodicamente, sem restrições e condicionamentos, diante da aplicação análoga do artigo 168 da CF/88, cabendo ao próprio Tribunal pagar as despesas respectivas (independência financeira); e o Tribunal origina-se da Constituição, detendo função fundamental ao Estado no tocante ao do controle externo e possuindo autonomia de

---

Contas, posto que autônomo no exercício de sua competência e relevante no sistema da fiscalização financeira e orçamentária, seja outro Poder no seio das instituições nacionais. (BRASIL. STF, Plenário. Representação nº 1.179/ES, Relator: Ministro Alfredo Buzaid, Julgamento em 29 de junho de 1984. Publicação DJ em 17 de agosto de 1984).

[187] Acerca da *accountability* vertical e horizontal, recomenda-se a leitura de O'DONNELL, Guilhermo. Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desonfianza política. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 11, p. 11-31, out. 2004.

[188] De acordo com o Supremo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.175/DF, que impugnava o art. 60, XXIX e o art. 81, ambos da Lei Orgânica do Distrito Federal, os quais atribuíam à Câmara Legislativa do DF a apreciação e o julgamento das contas do Tribunal de Contas do Distrito Federal, surge harmônico com a Constituição Federal diploma revelador do controle pelo Legislativo das contas dos órgãos que o auxiliam, ou seja, dos tribunais de contas, eis que estes não se encontram em posição superior aos três poderes. (BRASIL. STF, Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.175/DF, Relator: Ministro Carlos Velloso, Julgamento em 04 de agosto de 2004. Publicação DJ em 19 de dezembro de 2006).

[189] Acerca da temática, ver DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil*. São Paulo: Editora Dialética, 2006.

[190] "Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96. (...) Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; d) propor a criação de novas varas judiciárias; e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados". (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 05 de janeiro de 2023).

atuação e fixação de competências próprias, exclusivas e indelegáveis (independência funcional).

Como bem sintetizou Pinto Ferreira[191], também adepto do posicionamento que aqui se adota, o TCU é um tribunal administrativo, dotado de ampla independência e autonomia, mas que não integra o Poder Judiciário[192], estando disciplinado na Seção IV do Capítulo I (Do Poder Legislativo), do Título IV (Da Organização dos Poderes). É, ainda, órgão auxiliar do Poder Legislativo na fiscalização orçamentária e financeira e, para tanto, titulariza garantias objetivas, que lhe permitem o autogoverno e concebem o Tribunal de Contas como instituição (art. 73 c/c o art. 96, ambos da CF/88), e garantias subjetivas, as mesmas garantias atribuídas à magistratura (art. 73, §3º, da CF/88) e os impedimentos que incidem sobre os magistrados.

Feitos os devidos comentários quanto à posição da Corte de Contas na estrutura brasileira, passa-se a analisar o atual conjunto normativo atinente ao Tribunal de Contas da União, mormente a suas competências.

De uma análise normativa, no plano constitucional, cumpre apontar que a Constituição Federal de 1988 alçou o Tribunal de Contas brasileiro a novo patamar na estrutura burocrática nacional. Afinal, verifica-se que, sob a regência da Constituição de 1967[193], cabia à Corte de Contas um controle sobre o filtro da legalidade, ao tempo que, com a Carta Magna atual, novos vetores passaram a guiar a sua atuação[194].

Para além, o diploma constitucional de 1988 não restou adstrito a fortalecer a autonomia da Corte de Contas nacional, tendo estendido as competências e

---

191 FERREIRA, PINTO. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 389-391.

192 FERREIRA, PINTO. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 389-391.

193 De acordo com o artigo 73, § 4º, da Constituição de 1967: "No exercício de suas atribuições de controle da administração financeira e orçamentária, o Tribunal representará ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos por ele verificados". Em seguida, o § 5º estabelecia que "O Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deverá: a) assinar prazo razoável para que o órgão da Administração Pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; b) no caso do não atendimento, sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos; c) na hipótese de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determine a medida prevista na alínea anterior, ou outras que julgar necessárias ao resguardo dos objetivos legais" (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. 24 de janeiro de 1967.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm . Acesso em: 06 de janeiro de 2023).

194 Sobre a temática, vide DOURADO, Guilherme Afonso. *O controle da função normativa das agências reguladoras pelo TCU. Uma análise pela perspectiva da legitimação da regulação normativa pelo processo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

prerrogativas aos demais Tribunais de Contas. Fala-se, até mesmo, em um regime jurídico único[195] dos Tribunais de Contas.

Como bem conclui André Rosilho[196], muito embora a história do Tribunal de Contas da União não seja recente e confunda-se com a própria trajetória republicana do país, como acima visto, a Constituição Federal de 1988 é considerada um marco no desenvolvimento institucional do órgão. Consoante leciona Marianna Willeman[197], a partir do arranjo constitucional de 1988, o TCU passou a atuar nas duas dimensões do controle, liberal e gerencial, de modo ímpar.

É o que se percebe no artigo 70 do atual diploma constitucional[198], ao prever fiscalização quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, ensejando uma administração controlada por diversos prismas que não o da mera legalidade. A seguir, o art. 71 fixa, entre diversas competências, a realização de auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e a possibilidade de início de processo administrativo por provocação ou atuação de ofício.

Igualmente expõe João Antonio da Silva Filho ao apontar que os artigos 70 a 75, combinados com o artigo 31 da Constituição de 1988, ampliaram as prerrogativas do Tribunal, atribuindo-lhe competências que ultrapassam um mero controle de contas. Ao tempo que as Constituições pretéritas "restringiam ao Controle Externo o exame da legalidade das ações da Administração Pública, a Constituição de 1988 foi adiante, atribuindo poderes de verificação da 'legitimidade' e 'economicidade' dos atos administrativos"[199]. Fala-se, então, que a Corte de Contas exerce função fiscalizatória, judicante, sancionatória, corretiva e consultiva[200].

---

[195] A exemplo, José Cretella Júnior expõe que somente quem confunde "administração" com "jurisdição" e "função administrativa" com "função jurisdicional" poderá sustentar que as decisões dos Tribunais de Contas do Brasil são de natureza judicante. Mais além, conforme o autor, nem uma das muitas e relevantes atribuições da Corte de Contas é de natureza jurisdicional, não sendo órgão integrante do Poder judiciário, pois todas as suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa (CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões dos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 166, p. 183-198, outubro/dezembro de 1986).

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

[197] WILLEMAN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 254.

[198] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 06 de janeiro de 2023.

[199] SILVA FILHO, João Antonio da. *Tribunais de Contas no Estado Democrático e os desafios do controle externo*. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 83.

[200] Para maior aprofundamento na temática, vide SILVA FILHO, João Antonio da. *Tribunais de Contas no Estado Democrático e os desafios do controle externo*. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 84-87.

Em oposição, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara[201] defendem que os comandos emitidos pelo TCU devem ser restritos ao aspecto da legalidade e, com relação aos demais critérios de avaliação, como a legitimidade e a economicidade, caberia somente a emissão de recomendações não vinculantes, e sim com contribuições críticas para o contínuo processo de melhoria que a própria Administração deve se submeter. Não se coaduna com este posicionamento, pois, embora exista certa indeterminação para a conceituação dos demais critérios, não se pode olvidar que tais critérios foram escolhidos pelo legislador constituinte. No mesmo sentido, Flávio Garcia Cabral, Leandro Sarai e Cristiane Rodrigues Iwakura[202] apontam que, da leitura constitucional, não se vislumbra qualquer trecho que aparte a possibilidade de se realizar um controle legalista sobre certas atividades e não de legitimidade e economicidade.

Destarte, referido acréscimo constitucional evidencia que o Tribunal de Contas da União deve ir além da análise de conformação com as normas jurídicas, mas também, como defende João Antonio da Silva Filho[203] verificar o uso adequado e eficiente dos recursos públicos e a satisfatoriedade dos resultados, ganhando força o controle preventivo e o concomitante. Entretanto, importante consideração suscita Flávio Cabral ao frisar que a leitura isolada do artigo 70 da Constituição poderia levar a uma competência amplíssima do TCU para controlar qualquer ato administrativo, em especial quando menciona a fiscalização operacional, de sorte que deve ser interpretado em conjunto com as atribuições expressas do artigo 71, “nas quais se verifica, tomando como exemplo os incisos II e VI, que os atos passíveis de controle pelo TCU são aqueles que tenham pertinência imediata e direta com questões patrimoniais/orçamentárias (em sentido amplo) da Administração Publica”[204].

Imperativo, também, perquirir o plano infraconstitucional, ainda que brevemente, com destaque para a Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de

---

[201] SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. O Tribunal de Contas da União e a regulação. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). *Novos rumos para o Direito Público*: reflexões em homenagem à Professor Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

[202] CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Tribunal de Contas da União (TCU) e as Agências Reguladoras: limites e excessos da *accountability* horizontal. *Revista da CGU.* Brasília: vol. 13, nº 24, jul/dez 2021.

[203] SILVA FILHO, João Antonio da. *Tribunais de Contas no Estado Democrático e os desafios do controle externo*. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 84.

[204] CABRAL, Flávio Garcia. O Tribunal de Contas da União (TCU) e o controle da atividade regulatória. 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. 455-475.

Contas da União - LOTCU). Inicialmente, a LOTCU[205] dispõe acerca da natureza, competência e jurisdição da Corte, ratificando a qualificação de órgão de controle externo (art. 1º) e trazendo, em caráter inaugural, o seu poder regulamentar[206], de modo que, conforme o art. 3º da LOTCU, poderá o TCU expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e acerca da organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

Dentre as diversas atribuições previstas para incrementar o exercício do controle externo pela Corte de Contas, destaquem-se as previsões relativas à tomada e prestação de Contas e à fiscalização de atos e contratos. A estas, somam-se competências decorrentes do Regimento Interno do TCU e suas sucessivas alterações[207].

Posteriormente, o art. 5º, inc. I, da LOTCU estabelece que a jurisdição do Tribunal abrange qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o seu inc. I do art. 1°[208], que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. Considerando que as agências reguladoras são autarquias especiais, inegável que se encontram submetidas ao âmbito da jurisdição do Tribunal de Contas da União.

Contudo, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União não disciplinou, por exemplo, o procedimento de controle operacional, o que deveria ter feito, como

---

[205] BRASIL. *Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.* 16 de julho de 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm . Acesso em: 08 de janeiro de 2023.

[206] Acerca desta possibilidade normativa, Guilherme Afonso Dourado suscita a incidência de questionamentos semelhantes aos que pairam sobre a regulação normativa, com destaque para a separação de poderes e a vinculação administrativa à lei. Ainda mais, consoante o autor, por considerar que a atividade normativa é menos precisa e delimitada na LOTCU do que nas leis de regência das agências reguladoras. (DOURADO, Guilherme Afonso. *O controle da função normativa das agências reguladoras pelo TCU. Uma análise pela perspectiva da legitimação da regulação normativa pelo processo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 41-42).

[207] BRASIL. *Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.* 4 de dezembro de 2002. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/7B/17/AB/27/9E6D3810B4FE0FF7E18818A8/RITCU.pdf . Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

[208] O qual estabelece que, ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei: I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário" (BRASIL. *Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.* 16 de julho de 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm . Acesso em: 06 de janeiro de 2023).

defendem Floriano de Azevedo Marques e Juliana Bonacorsi de Palma[209], “prevendo taxativamente as prerrogativas públicas do TCU em consonância com a Constituição, garantias dos auditados, disciplina específica da decisão de natureza operacional (...) bem como a abrangência e o limite às auditorias operacionais”. Vai se percebendo, assim, a ausência de previsão específica que trate sobre os limites do controle exercido em face das agências reguladoras.

Ainda no plano legal, a Lei nº 8.666/1993 (Lei de licitações e contratos da Administração Pública)[210] prevê o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos pelo referido diploma, a nível federal, pelo Tribunal de Contas, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução (art. 113, *caput*). Ademais, possibilita a qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica representar à Corte de Contas contra irregularidades (§ 1º). Igualmente prevê o art. 170, § 4º, da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – NLLC)[211].

Não obstante, na nova Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, o *caput* desse dispositivo amplia os parâmetros de controle das contratações, ao prever fiscalização com base nos critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco, bem como as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação. Tendência que se coaduna com as inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)[212].

---

[209] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 120, pp. 203-236, jan/jun 2020.

[210] BRASIL. *Lei de licitações e contratos da Administração Pública.* 21 de junho de 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm . Acesso em: 06 de janeiro de 2023.

[211] BRASIL. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 10 de junho de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm . Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

[212] Deve-se enfatizar a pretensão de mudança de cultura na análise da Administração Pública fruto das alterações da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, sendo oportuno reproduzir o ensinamento de Edilson Pereira Nobre Júnior que, ao abordar, com proficiência de sempre, sobre os paradigmas para a interpretação e aplicação do Direito Administrativo, aduziu que tais alterações visaram “elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do Direito Público, de modo a melhorar a atividade decisória da Administração Pública em todos os níveis da Federacão, bem como dos órgãos autônomos de controle” (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro. Paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 26).

Ocorre que o controle exercido pelo TCU, no âmbito licitatório, não se restringe a uma fiscalização *a posteriori*, consoante aborda Eduardo Jordão[213], pois a Corte de Contas vem analisando, por exemplo, minutas ainda não publicadas de editais de licitação. Assim, inegavelmente, questiona-se se o TCU passa a atuar, em uma interpretação extensiva, com protagonismo nas escolhas administrativas, tema que ganhará enfoque posterior, ou, até mesmo se a sua atuação tergiversa a relevância que ganharam os controles prévio[214] e concomitante como mecanismos para a eficiência da atuação. Indaga-se, portanto, assim como faz o autor, sobre os parâmetros e os limites da função controladora exercida pelo TCU no ordenamento jurídico pátrio. No mesmo sentido suscita Guilherme Afonso Dourado[215].

No mais, pode-se dizer que diversos diplomas normativos promoveram a necessidade de controle, impulsionando, ainda que indiretamente, a consolidação do Tribunal de Contas da União, tais como a Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões e Permissões); a Lei nº 9.755/1998, que dispõe sobre a criação de *homepage* na Internet pela Corte para divulgação, conforme legislação, de dados e informações; a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) que deu novo ferramental para a fiscalização exercida sobre a gestão fiscal; e a Lei Complementar nº 131/2009 (Lei da Transparência).

Além de uma verificação legislativa propriamente dita, observam-se outros fatores conjuntamente responsáveis pelo fortalecimento institucional do TCU nos últimos anos.

Defende Juliana Bonacorsi de Palma que o Direito Administrativo pátrio, sem a existência de um Conselho de Estado à francesa, caracteriza-se por uma orfandade

---

213 JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out/dez 2014.

214 Afirma Diogo Uehbe Lima, ao explorar as competências do TCU, que a Constituição de 1988 adotou, como modelo geral, o controle *a posteriori*, tendo as medidas cautelares caráter excepcional nas expressas hipóteses estabelecidas na Constituição e na legislação infraconstitucional, não havendo que se falar em um poder geral de cautela para além das hipóteses explicitamente previstas nos textos normativos. Nesse sentido, aponta que não se aplicam ao TCU o poder geral de cautela jurisdicional nem o poder geral de cautela administrativo, uma vez que a Corte exerce função própria, distinta das funções jurisdicional e administrativa. Mais além, entende como ilegítima e contrária ao ordenamento pátrio a presunção generalizada de que "a prevalência de toda e qualquer decisão do TCU será sempre mais eficiente que a prevalência dos atos administrativos sujeitos ao controle da Corte, sendo certo que o atual regime constitucional rejeitou, regra geral, o modelo de controle prévio" (LIMA, Diogo Uehbe. *Competências cautelares do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2022).

215 DOURADO, Guilherme Afonso. *O controle da função normativa das agências reguladoras pelo TCU. Uma análise pela perspectiva da legitimação da regulação normativa pelo processo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 42.

precoce para fazer frente a eventuais arbítrios do Poder Executivo, o que fomenta o debate sobre um contencioso administrativo. Assim, argumenta que teria a Corte de Contas, de certo modo, assumido a função judicante não recorrível na seara administrativa, ocupando um hiato de poder, o que se pode extrair do art. 28 do Decreto nº 1.166/1892[216].

No mais, abordam Benjamin Zymler e Guilherme Henrique Almeida[217], que a redemocratização do país configura elemento propulsor para a consolidação do TCU, tendo em vista que os governos autoritários sempre buscaram enfraquecer o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União.

Vislumbra-se também um aumento do controle como um todo em nosso país, diante do apelo social por uma efetiva moralização estatal, que demanda o fortalecimento da atuação preventiva e concomitante do Controle Externo, e da multiplicidade de instituições que protagonizam disputas em torna de competências.

Além do mais, ao se analisar as agências reguladoras, das lições de Patrícia Pêssoa Valente[218], extrai-se um possível desmonte estrutural das agências, o sucateamento do seu corpo técnico e a insuficiência de pessoal, ao tempo que tem o Tribunal de Contas investido na capacitação técnica dos recursos humanos que o integram para lidar com as complexas matérias regulatórias.

Trata-se, de acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto *et al*[219], de uma imagem reputacional negativa que tem o TCU das instituições, com destaque para as agências reguladoras, em detrimento da imagem reputacional positiva da Corte de Contas sobre si. É, inclusive, conforme análise de Pedro Dutra e Thiago Reis[220], o que se depreende da constante jurisprudência da Corte de Contas: que as agências

---

[216] "Art. 28. O Tribunal de Contas tem jurisdicção própria e privativa sobre as pessoas e as matérias sujeitas á sua competência; funcciona como Tribunal de Justiça, e as suas decisões definitivas teem força de sentença com execução aparelhada." (BRASIL. Decreto nº 1.166. 17 de dezembro de 1892. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1166-17-dezembro-1892-523025-publicacaooriginal-1-pe.html . Acesso em: 10 de janeiro de 2023).

[217] ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas.* Belo horizonte: Editora fórum, 2005, p. 138-140.

[218] VALENTE, Patrícia Rodrigues Pêssoa. *A qualidade da regulação estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 241. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16052016-164903/pt-br.php/.Acessoem: 10 de janeiro de 2023.

[219] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo TCU. *Revista de Direito Administrativo*, v. 278, n. 2, p. 37-70, 2019.

[220] DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O Soberano da Regulação: o TCU e a Infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020, p. 1569-1571.

reguladoras são institucionalmente débeis, mal aparelhadas, tecnicamente carentes, vulneráveis a pressões de natureza pública e privada e expostas à captura de agentes diversos.

Por outro lado, segundo verificou Guilherme Dourado[221], o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, adota, na prática, postura condescendente à atuação do Tribunal de Contas da União, validando, de forma omissiva e comissiva, a possível interpretação extensiva de suas competências, salvo em situações que o desempenho do TCU importe em restrição ao Poder Judiciário ou ao Supremo em específico.

De igual maneira, é o que se verifica no Relatório de pesquisa bianual do Observatório do Controle da Administração Pública, realizado em 2019, conforme trecho que segue:

> O STF reconhece a leitura feita pelo TCU do art. 71, inc. IX, da Constituição Federal como um permissivo genérico de controle da ação administrativa pelo TCU. A partir da chave da legalidade, encontra-se o TCU legitimado a intervir em qualquer expressão da atividade administrativa. Some-se a isso o fato de não ser debatido no âmbito do STF o conceito de reserva de administração no tocante ao controle da ação pública pelo TCU. Uma vez que não mais se admite a distinção entre controle de legalidade e controle de mérito com a expansão dos princípios[222].

Entretanto, Luís Roberto Barroso, há muito, ao tratar dos limites de atribuição do Tribunal de Contas da União, afirma que a Constituição de 1988 não autoriza a investigação do mérito das decisões administrativas de uma autarquia e menos ainda de uma autarquia com características especiais como é o caso das agências reguladoras. Dessarte, não poderia o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis. “O abuso seria patente. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão que é coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza”[223].

---

[221] DOURADO, Guilherme Afonso. *O controle da função normativa das agências reguladoras pelo TCU. Uma análise pela perspectiva da legitimação da regulação normativa pelo processo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 47-51.

[222] PALMA, Juliana Bonacorsi; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MORENO, Maís (coord.). *Relatório de pesquisa bianual do Observatório do Controle da Administração Pública: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. USP – Faculdade de Direito, 2019.

[223] BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras, Constituição, transformações do Estado e Legitimidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 229, p 285-311, jul/set 2002.

Compreendido o Tribunal de Contas da União enquanto figura ímpar no ordenamento jurídico brasileiro, fruto de evolução histórica e que teve como propulsor fundamental para sua independência a Constituição de 1988, passa-se a inquirir o controle exercido pela Corte em face das agências reguladoras, partindo da constatação de inexistência de previsão legislativa específica, consoante acima exposto, e almejando averiguar se há uma possível interpretação expansionista de suas competências.

4.3 A atuação da Corte de Contas brasileira nas questões regulatórias: uma análise teórica

Do explanado, é peremptório que o Tribunal de Contas da União encontra-se consolidado como instituição singular, independente e fundamental ao adequado funcionamento do Estado Democrático brasileiro. Contudo, cumpre investigar se, no período atual, esta nova e inegável faceta mais ativista[224] da Corte de Contas acaba por exercer competências para além do que permite o texto constitucional e infraconstitucional, no particular do controle em face das agências reguladoras.

A atuação do TCU, que clama para si um protagonismo até então inexistente, sobre a questão regulatória coloca-se sob duas perspectivas: o controle exercido em face das agências reguladoras propriamente, isto é, em relação a sua atividade-meio, e o controle vanguardista exercido sobre a atividade-fim regulatória.

Com relação à primeira perspectiva, atualmente, não pairam dúvidas no que concerne às balizas do controle da atividade-meio, o qual envolve, entre outras situações, a realização de certames públicos, licitações e a contratação de pessoal, afinal, são as agências forma especial de autarquia. Não obstante, à época do surgimento das agências reguladoras, indagou-se[225] acerca da legitimidade da Corte de Contas para tal controle, sendo as primeiras auditorias consideradas impertinentes.

---

[224] Para Flávio Cabral, "dentre os traços do 'novo' TCU, o mais emblemático é, sem sombra de dúvidas, a atuação ativista da Corte. Entende-se por 'ativismo de contas'o comportamento dos Tribunais de Contas que, a pretexto de se mostrarem proativos ou de serem encarados como concretizados de direitos fundamentais ou controladores de políticas públicas, acabam por exercer suas atribuições em desconformidade com o que permite o texto constitucional e infraconstitucional, demonstrando a subjetividade na tomada de decisões por seus membros" (CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, v. 16, p. 215-257, jan/mar 2021.

[225] RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, v. 241, jul./set. 200, p. 41-42.

Contudo, sobretudo em virtude da Constituição de 1988 e da Lei Orgânica do Tribunal, consagrou-se que referido controle está em conformidade com o ordenamento pátrio e que a fiscalização não retira a independência das agências, materializando a teoria dos freios e contrapesos.

Já a segunda perspectiva é a que suscita maiores debates e consiste no objeto do presente estudo, qual seja, verificar a existência, ou não, de uma possível interferência nas questões regulatórias pelo TCU e se o Tribunal poderia, ou não, controlar a atividade-fim das agências reguladoras considerando o ordenamento jurídico vigente.

Em outras palavras, cumpre investigar a (in)existência de sobreposições indevidas da Corte de Contas sobre as Agências Reguladoras, de modo que se caracterize a substituição do regulador pelo controlador. Nesse rumo, Helder Queiroz Pinto Jr. e Heloisa Lopes Borges[226] apontam que a ausência de limites claros e expressos quanto à possibilidade ou não de controle do Tribunal na atividade regulatória gera profunda insegurança[227], podendo ocasionar conflitos de competência, sobreposição de controles e instabilidade jurídica e institucional.

No mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marques e Juliana Bonacorsi de Palma[228] indicam que a ausência de leis que tratem da amplitude da fiscalização do TCU sobre a questão regulatória ocasionou o aproveitamento deste vácuo normativo para que o Tribunal construísse a prática do controle operacional, fundamentalmente, através da consolidação de entendimentos internos sedimentados por experiência concreta. Cumpre, então, investigar se essa construção se amolda ao ordenamento jurídico vigente.

De um lado, pode-se entender que a Corte de Contas possui atribuição para fiscalizar a atividade-meio das agências reguladoras, controlando suas contas, mas

---

[226] PINTO JR., Helder Queiroz; BORGES, Heloísa Lopes. Autonomia e controle externo das agências de regulação no Brasil: uma abordagem das relações inter-institucionais. I*X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Madrid, España, 2 – 5 nov. 2004.

[227] Fala-se, até mesmo, em um "risco TCU", como se verifica em doutrina (DUTRA, Pedro. REIS, Thiago. *O Soberano da Regulação: o TCU e a Infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020, p. 2386) e em acórdão do próprio Tribunal de Contas, no qual consta que "não devem ser acolhidos os argumentos no sentido de que haveria aumento do risco e, consequentemente, do custo de se firmar contratos com o Governo Federal, o que poderia ensejar o afastamento dos investidores. Até porque, em um país como o Brasil, o '*risco TCU*', se é que existe, é infinitamente menor que o risco da ausência de atuação do órgão de controle externo" (BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 174/2019, Relator Ministro Benjamin Zymler, Sessão em 06/02/2019).

[228] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 120, pp. 203-236, jan./jun, 2020.

também a atividade-fim, controlando os atos de regulação. Nesse intuito, dois são os principais argumentos levantados, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto *et al*[229]: que a atuação finalística das agências sempre repercutirá sobre o erário, de modo a tornar cabível o controle externo; e que a aptidão do Tribunal em realizar as denominadas auditorias operacionais legitima eventual intervenção.

Soma-se ao exposto um terceiro argumento: a incorporação expressa pelo Tribunal de Contas da União das normas de Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI)[230] para auditoria da regulação econômica, em virtude da ausência de legislação nacional específica[231]. Exemplo de previsão nesse sentido está no item 63 das Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI) 100, que trata dos princípios fundamentais de auditoria do setor público, o qual estabelece que "Os aspectos considerados pelo auditor incluem a natureza sensível de certas transações ou programas, o interesse público, a necessidade de supervisão legislativa e regulação eficaz, e a natureza da distorção ou desvio (por exemplo, se é um resultado de fraude ou corrupção)"[232].

Deve também ser mencionado o item 19 da ISSAI 300, responsável por tratar dos princípios fundamentais de auditoria operacional, que dispõe que o objeto da auditoria operacional não necessariamente deve estar limitado a programas, entidades ou fundos, podendo incluir atividades (com seus produtos, resultados e

---

[229] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo TCU. *Revista de Direito Administrativo*, v. 278, n. 2, p. 37-70, 2019.

[230] Consoante explicação do Tribunal de Contas da União, as normas e diretrizes profissionais são essenciais para conferir credibilidade, qualidade e profissionalismo em auditoria no setor público, de modo que a Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) desenvolveu as Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores, mais conhecidas por sua sigla ISSAI, objetivando a realização de auditorias independentes e eficazes pelas Instituições Superiores de Controle (ISC). Ademais, as ISSAI abrangem os requisitos da auditoria do setor público no nível organizacional, ou seja, pelas ISC, ao mesmo tempo que, no nível dos trabalhos de auditoria, visam apoiar os membros da INTOSAI no desenvolvimento de suas próprias abordagens profissionais, de acordo com seus mandatos e em consonância com leis e regulamentos nacionais. Destaque-se que o marco referencial de Normas Profissionais da INTOSAI foi revisado em 2019 (BRASIL. TCU. *Normas internacionais das entidades fiscalizadoras superiores - ISSAI*. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/normas-internacionais-das-entidades-fiscalizadores-superiores-issai/ . Acesso em: 15 de janeiro 2023.

[231] A respeito da temática, observam Floriano de Azevedo Marques e Juliana Bonacorsi de Palma que guias orientativos internacionais foram decisivos ao desenho dos padrões de controle operacional, a exemplo da *International Organization of Supreme Audit Institutions* (INTOSAI), que encaminha também para o controle da atividade-fim das agências reguladoras (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 120, pp. 203-236, jan/jun 2020).

[232] VIENA. INTOSAI. *ISSAI 100 - Princípios fundamentais de auditoria do setor público*. Disponível em: https://www.tcees.tc.br/wp-content/uploads/njs/publicacoes/Normas-Internacionais-das-Entidades-Fiscalizadoras-Superiores-ISSAI.pdf . Acesso em: 18 de janeiro de 2023.

impactos) ou situações existentes (incluindo causas e consequências) e aponta exemplos como a prestação de serviços pelas partes responsáveis "ou os efeitos da política e regulação do governo sobre a administração, as partes interessadas, os negócios, os cidadãos e a sociedade. O objeto é determinado pelo objetivo e formulado nas questões de auditoria"[233].

Mais além, segundo já explicitado, a Constituição Federal de 1988 fortaleceu a Corte de Contas brasileira, ampliando o outrora controle que se resumia à verificação de conformidade com a lei para um controle que envolve diferentes matizes, tais como legitimidade, economicidade e eficiência. Assim, poder-se-ia alegar que eventual controle do TCU na atividade-fim das agências reguladoras decorre de tal ampliação e no escopo de supremacia do interesse público.

Por outro lado, pode-se entender pela limitação do controle do Tribunal de Contas em face da questão regulatória, não cabendo ao TCU a fiscalização da atividade-fim das agências reguladoras.

Como justificantes deste posicionamento, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara[234] aduzem que a matéria regulatória não integra objeto do exame de legalidade a ser exercido pelo órgão de controle e que a fiscalização da Corte está circunscrita à atuação financeira em sentido amplo, e não a toda e qualquer decisão administrativa que o ente regulador adote.

Ademais, necessário considerar que a discricionariedade administrativa confere ao agente público, desde que adequada à moldura legislativa, certa margem de escolha subjetivamente válida entre os meios restantes, não cabendo à Corte de Contas interferir no mérito da atividade administrativa, inclusive porque inexiste hierarquia entre o TCU e as agências reguladoras. Nesse sentido, Flávio de Araújo Willeman[235]. Acresça-se que eventual carência regulatória tampouco confere prerrogativa ao Tribunal de Contas para regular, precisamente por configurar a regulação conteúdo meritório.

---

[233] VIENA. INTOSAI. *ISSAI 300 - Princípios fundamentais de auditoria operacional*. Disponível em: https://www.tcees.tc.br/wp-content/uploads/njs/publicacoes/Normas-Internacionais-das-Entidades-Fiscalizadoras-Superiores-ISSAI.pdf . Acesso em: 18 de janeiro de 2023.

[234] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Tribunal de Contas da União e a regulação. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). *Novos rumos para o Direito Público*: reflexões em homenagem à Professor Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 67-68.

[235] WILLEMAN, Flávio de Araújo. Tribunais de Contas e o Controle das Agências Reguladoras: um diálogo possível para o fortalecimento da Justiça Administrativa à Luz da Lei Federal nº 13.848/2019. *Revista EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 286-310, set/dez 2020.

Outrossim, possível aduzir que parcela relevante da atividade regulatória não implica gastos imediatos e diretos, de maneira a afastar a competência do TCU, consoante interpretação em conjunto que deve ser conferida aos dispositivos constitucionais que tratam da Corte de Contas, com destaque para o art. 70 supracitado, de modo que não atue o Tribunal em todas as questões administrativas por conta de uma interpretação amplíssima.

Na opinião de Pedro Dutra e Thiago Reis[236], o Tribunal de Contas da União modifica os limites de sua competência por via interpretativa, busca afirmá-la por meio de decisões, cujo conteúdo é corroborado pela doutrina interna e, posteriormente, formalizado em instruções normativas.

Busca-se, pois, um posicionamento nesse dissenso ou, até mesmo, um raciocínio que não se resuma a uma das posições adversas, como, por exemplo, entende Ricardo Lobo Torres[237], de acordo com o qual há que distinguir o controle dos objetivos das decisões políticas, vedado à Corte de Contas, e o controle das contas dos órgãos públicos ou das premissas constitucionais (legalidade e economicidade) das decisões políticas, compatível com a estrutura democrática do País. Contudo, vislumbra-se tal distinção bastante tênue e tendente a ser, na prática, inefetiva para limitar a atuação do TCU no controle das agências reguladoras.

Cresce, assim, o interesse pela compreensão dinâmica e contextual dos mecanismos de controle do TCU sobre essas entidades, na busca pela percepção dos reais e concretos delineamentos da autonomia da regulação no país.

Para tanto, faz-se necessário analisar a autonomia da Corte de Contas e da delimitação de sua competência, já expostas no plano legislativo, mas agora a partir da jurisprudência, doutrina interna e instruções normativas do Tribunal de Contas da União, bem como verificar, no plano teórico, possíveis disparidades entre tais fontes, visto que é possível a invocação abstrata de uma autolimitação, porém, a prática demonstre certa ingerência nas agências reguladoras.

Mais além, consoante se fará no capítulo que segue, cumpre realizar a investigação casuística de situações em que o Tribunal de Contas da União analisou editais e contratos de concessões, realizou auditorias operacionais em face de

---

[236] DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O Soberano da Regulação: o TCU e a Infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020, p. 1152.

[237] TORRES, Ricardo Lobo. *O Tribunal de Contas e o controle da legalidade. economicidade e legitimidade. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal.* v. 31, n. 121, p. 265-271, jan/mar 1994.

agências reguladoras, equiparou recomendações a determinações e impôs a revisão de normas de regulação. Além disto, indispensável sopesar o diálogo institucional[238], observando-se o controle exercido pelo TCU, a reação da agência reguladora e a posterior checagem pela Corte de Contas.

Destaque-se, como o fazem Pedro Dutra e Thiago Reis[239], que o Tribunal de Contas da União tem dedicado considerável atenção em sua jurisprudência e na própria doutrina interna acerca da regulação, inclusive expedindo instruções normativas, o que se justifica pelos impactos da intervenção do TCU na atividade do ente incumbido de regular.

Segundo apontam os autores, a edição de instruções normativas é uma das principais formas que dispõe a Corte de Contas para intervir na regulação de serviços públicos, visto que, com base nelas, atua o Tribunal na formação e na execução de contratos de concessão de serviços públicos em geral.

No mais, atribuem a expansão progressiva de competência do TCU, através da edição de normas infralegais, a movimentos do Poder Executivo e Legislativo, afirmando que, "a cada rodada de licitações, à assinatura de contratos, à edição de marco legal das concessões ou das agências reguladoras, seguiu-se uma reação do TCU na forma de instrução normativa"[240], de modo que o Tribunal de Contas foi ampliando a sua intervenção. É dizer, a "ação legiferante do Tribunal reagia às transformações que ocorriam no panorama legislativo e na ação do Governo, (...) editando suas próprias normas, cujas regras afetavam, e afetam, órgãos públicos e agentes privados, externos ao TCU, fora de sua jurisdição, portanto"[241].

O exposto pode ser verificado na Instrução Normativa nº 27 de 1998[242], que tratou da fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização e previu, em seu art. 11[243], que, na fase de execução contratual, a

---

[238] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo TCU. *Revista de Direito Administrativo*, v. 278, n. 2, p. 37-70, 2019.
[239] DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O Soberano da Regulação: o TCU e a Infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020.
[240] *Ibidem*, p. 789-795.
[241] *Ibidem*, p. 880.
[242] BRASIL. *Instrução Normativa nº 27 de 1998 do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/instrucao-normativa-n-27.htm . Acesso em: 20 de janeiro de 2023.
[243] Conforme apontam Pedro Dutra e Thiago Reis, ao dispor sobre "a ação exercida pelo órgão [...] ou pela respectiva Agência Reguladora, a IN 27/98 não operou simples adaptação do circuito normativo criado de facto pelo Tribunal em face do regime regulatório instituído por lei especial. Com ela, o Tribunal buscou antecipar a sua fiscalização a ser feita pela Agência Reguladora, função que a lei

fiscalização observará o fiel cumprimento das normas pertinentes e das cláusulas contratuais e contidas nos respectivos termos aditivos firmados com a concessionária ou com a permissionária, ou constantes do termo de obrigações, “além de avaliar a ação exercida pelo órgão, pela entidade federal concedente ou pela respectiva agência reguladora, bem como as diretrizes por ele estabelecidas”. Em seguida, o art. 12[244] prevê o dever de informação pelas agências reguladoras para posterior controle da Corte de Contas.

Em 2018, também a exemplo, editou o TCU a Instrução Normativa nº 81[245], instituindo novo modelo de fiscalização dos processos de desestatização realizados pelo Poder Público e objetivando aprimorar a dinâmica do acompanhamento das desestatizações, em especial, no que se refere aos ritos processuais internos e à seletividade da atuação do TCU. Assim, tratou de competência sobre a qual a Constituição e a sua Lei Orgânica quedaram silentes[246].

Acerca da jurisprudência do Tribunal, ganham destaque as denominadas auditorias operacionais e, sobre estas, importante aclarar, como o faz Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara[247], que consistem no exame objetivo e

especial que a criou a esta prescreve” (DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O Soberano da Regulação: o TCU e a Infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020, p. 885-886).

[244] “Art. 12. O órgão, a entidade federal concedente ou a respectiva agência reguladora, informará ao Tribunal de Contas da União: I – as causas, objetivos e limites de intervenção em concessionária ou em permissionária de serviço público, bem como, posteriormente, as decisões decorrentes do procedimento administrativo a que se refere o art. 33 da Lei nº 8.987/95; II – as causas de declaração da caducidade de concessão ou da permissão, ou de aplicação de sanções contratuais; III – os motivos de interesse público para a encampação de serviço concedido ou permitido, bem como o devido fundamento legal do ato; IV – os vícios ou ilegalidades motivadores de anulação do contrato de concessão ou de permissão; V – ação judicial movida pela concessionária ou pela permissionária contra o órgão ou entidade federal concedente, com qualquer fim, inclusive o de rescisão contratual; VI – termo aditivo ao contrato firmado com a concessionária; VII – a transferência de concessão, de permissão ou do controle societário da concessionária ou da permissionária; VIII – a prorrogação de concessões, permissões e autorizações de serviços públicos; IX – o reagrupamento das concessões de serviços públicos, previsto no art. 22 da Lei n° 9.074, de 7 de julho de 1995” *(*BRASIL. *Instrução Normativa nº 27 de 1998 do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/instrucao-normativa-n-27.htm . Acesso em: 22 de janeiro de 2023).

[245] BRASIL. *Instrução Normativa nº 81 de 2018 do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi0udinm-b8AhXoq5UCHVB-A1QQFnoECA0QAQ&url=https%3A%2F%2Fportal.tcu.gov.br%2Flumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A81881E7AB5C6AE017B131BF48C657F&usg=AOvVaw3zXxC2sOatnnq30TSjiR2_ . Acesso em: 22 de janeiro de 2023.

[246] DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O Soberano da Regulação: o TCU e a Infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020, p. 1300.

[247] SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle do Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 182.

independente da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, de modo que este exame conjunto da atividade administrativa almeja a promoção do aperfeiçoamento da gestão pública.

No tocante ao tema, das lições de Helio Saul Mileski[248] extrai-se que a fiscalização operacional pretende avaliar o desempenho da administração, qualificando se o objeto fiscalizado atinge, excede ou está aquém do desempenho esperado, bem como articulando soluções para os dilemas administrativos. Trata-se, para o autor, de verdadeira evolução no sistema de controle da atividade financeira do Estado, eis que, além de preservar as finanças e o patrimônio público, busca contribuir para o melhor cumprimento das funções administrativas.

Em consonância, nas palavras de Benjamin Zymler, a auditoria operacional tem por finalidade verificar "se os resultados obtidos estão de acordo com os objetivos do órgão ou entidade, consoante estabelecidos por lei. Tem por fim examinar a ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia"[249].

Como expõe João Antonio da Silva Filho, as auditorias operacionais pretendem, como regra geral, a melhoria dos processos e da qualidade da gestão da Administração Pública. Ocorre que, tradicionalmente, as auditorias realizadas pela Corte de Contas restringiam-se à análise da conformidade ou do desempenho financeiro das ações do Poder Público, procurando verificar se o gestor público atuou em conformidade com a legislação e se as demonstrações contábeis são precisas. Porém, como mencionado, as auditorias operacionais atuam com enfoque distinto, tendo como objetivo principal verificar o desempenho dos programas governamentais e das políticas públicas desenvolvidas, utilizando como critérios de avaliação, além da adequação às normas legais, as boas práticas da administração, "valores, modelos e experiencias profissionais, buscando aferir se as atividades estão sendo executadas da melhor maneira possível, enfocando-se como regra quatro dimensões de desempenho: eficiência, eficácia, efetividade e economicidade"[250].

De modo conciso, a eficiência é definida como a relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados

---

[248] MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.
[249] ZYMLER, Benjamin. *O papel do Tribunal de Contas da União no controle das Agências Reguladoras*. Palestra proferida no seminário "O Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos", realizado em Brasília, em outubro/2001. Brasília: TCU, 2002. p. 53-65.
[250] SILVA FILHO, João Antônio da. *Tribunais de Contas no Estado Democrático e os desafios do controle externo*. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 110.

para produzi-los, em um determinado período, mantidos os padrões de qualidade. Já a análise da eficácia nas auditorias operacionais corresponde ao grau de alcance das metas programadas, independentemente dos custos aplicados, levando em consideração os critérios adotados para sua fixação e os fatores externos que possam impactar o alcance das referidas metas. Por sua vez, a efetividade restaria caracterizada pela relação entre os impactos observados e os objetivos que motivaram a atuação institucional. Por fim, a economicidade poderia ser definida como a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade. É o que se verifica no Manual de Auditoria Operacional[251] elaborado pelo Tribunal de Contas da União.

Nos termos da ISSAI 3000 de 2017[252], a auditoria operacional consiste no "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 e efetividade e se há espaço para aperfeiçoamento" (artigo 17). Ainda consoante as Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores, as auditorias operacionais visam contribuir para o aperfeiçoamento da economicidade, eficiência e efetividade, para a boa governança, *accountability* e transparência, procurando fornecer novas informações, análises ou percepções e, quando apropriado, recomendações para melhoria (artigo 18).

Do exposto, apontam Vera Monteiro e André Rosilho[253] que a competência constitucionalmente prevista para a realização de auditorias operacionais tem servido de base para a fiscalização sobre a atividade reguladora em si, ou seja, para acompanhar a prestação de serviços públicos.

Nesse diapasão, Pedro Dutra e Thiago Reis entendem que a função de auditoria de contas públicas, diante da interferência vigorosa do Tribunal de Contas, veio a se somar ao exercício da função regulatória. Logo, referem-se a uma "dupla qualidade, unindo, em um único órgão, auditor de contas públicas e regulador de

---

[251] BRASIL. *Manual de Auditoria Operacional – Tribunal de Contas da União.* Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/73/02/68/7335671023455957E18818A8/Manual_auditoria_operacional_4_edicao.pdf . Acesso em: 23 de janeiro de 2023.

[252] VIENA. INTOSAI. *ISSAI 3000 – Norma para auditoria operacional*. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/54/04/AD/3A/C1DEF610F5680BF6F18818A8/ISSAI_3000_norma_auditoria_operacional.pdf . Acesso em: 23 de janeiro de 2023.

[253] MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências Reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (Org.) *Direito da Infraestrutura*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 55.

serviços públicos, é absolutamente inédita, tanto no domínio da fiscalização da execução orçamentária, quanto no domínio da regulação setorial de serviços"[254]. É o que cumpre investigar no plano fático.

Por sua vez, com relação à doutrina interna da Corte[255], merece destaque entendimento reiterado segundo o qual o TCU, em sua atividade fiscalizadora, não deve se limitar a aspectos jurídicos formais, mas ir além, buscando examinar os resultados alcançados pelas agências reguladoras no exercício de sua missão institucional.

Em contrapartida, segue a sua doutrina explanando que "não deve o Tribunal substituir as Agências. Deverá, apenas, zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores, para assegurar a adequada prestação de serviços públicos à população"[256]. Entretanto, esclarece ainda a doutrina interna que, caso o Tribunal constate omissão ou incapacidade da agência, "deve agir a fim de evitar maiores transtornos à sociedade. Seja expedindo determinação às concessionárias ou permissionárias, seja cobrando das agências reguladoras"[257].

Não obstante, aduz-se que a inevitabilidade de captura das agências reguladoras demanda que o TCU, guardião da ordem jurídica, as fiscalize em seus termos. É o que se depreende das lições de Walton Alencar Rodrigue. Segundo o autor[258], a atuação do Tribunal e Contas da União coíbe, por um lado, comportamentos arbitrários e injustificáveis por parte do regulador e, por outro, estimula a ação do Estado, contribuindo para o apropriado funcionamento das instituições. Prossegue defendendo que, "ao invés de atentar contra o modelo, essa atuação assegura-lhe o adequado funcionamento, impedindo, na medida do possível, dentro de sua específica competência de fiscalização operacional, o abuso, o árbitro, o erro"[259].

---

[254] DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O Soberano da Regulação: o TCU e a Infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020, p.1300-1301.
[255] ZYMLER, Benjamin. *O papel do Tribunal de Contas da União no controle das Agências Reguladoras*. Palestra proferida no seminário "O Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos", realizado em Brasília, em outubro/2001. Brasília: TCU, 2002. p. 53-65.
[256] *Idem*.
[257] *Idem*.
[258] RODRIGUES, Walton Alencar. *O controle da regulação no Brasil*. O TCU e o controle das agências reguladoras. Palestra proferida no seminário "O Controle das Agências Reguladoras", realizado em Brasília, em novembro/2003.
[259] *Idem*.

Nesse sentido, a própria Corte entende ser competente para examinar a ação governamental, a partir de uma leitura extensiva que faz da Constituição Federal, com fundamento em normas infralegais que edita, do manejo de conceitos que elabora e aplica, e segundo sua doutrina interna.

Diante do discorrido, analogamente ao que expõe Flávio Garcia Cabral[260], denota-se que buscar uma posição dentro do embate demanda que se verifique como o Tribunal de Contas da União tem, na prática, atuado sobre a atividade-fim das Agências Reguladoras, sendo imprescindível verificar a práxis institucional da Corte.

[260] CABRAL, Flávio Garcia. Como o Tribunal de Contas da União tem se comportado ao longo da Constituição de 1988. Flávio Garcia Cabral. A&C – *Revista de Direito Administrativo Constitucional*. Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 161-183, jul/set 2021.

5 ANÁLISE EMPÍRICA DO CONTROLE EXERCIDO PELO TCU EM FACE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Buscando compreender os mecanismos de controle do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras, no âmbito da regulação independente, passa-se a uma investigação casuística de situações em que a Corte de Contas analisou editais e contratos de concessões[261], realizou auditorias operacionais em face de agências reguladoras, equiparou recomendações a determinações e, até mesmo, impôs a revisão de normas regulatórias.

5.1 Análise de editais e contratos de concessões

Em coletânea de trabalhos acadêmicos publicada pelo Tribunal de Contas da União, tratou-se da temática da regulação de serviços públicos e do controle externo. Entre os escritos, Marcelo Barros Gomes, Maurício de Albuquerque Wanderley e Maria do Amparo Coutinho[262] destacam que, inicialmente, o TCU acompanhou os processos de privatização de empresas incluídas no Plano Nacional de Desestatização, nos termos da Lei n º 8.031/1990, alterada pela Lei n º 9.491/1997, passando a realizar, a partir de 1998, de forma sistematizada, trabalhos de controle externo no ambiente regulatório. Tal atuação, consoante expõem, ocorreu, além de outros meios, através da análise concomitante de processos de outorga de serviços públicos e da análise da execução dos contratos decorrentes.

Consoante exposto no capítulo 3, com base no atual regime jurídico-constitucional brasileiro, sobretudo na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e no seu Regimento Interno, defende o Tribunal que a fiscalização que executa pode ocorrer prévia, concomitante e posteriormente ao ato administrativo. Assim, por meio

---

[261] Cumpre destacar que a análise de editais e contratos de concessões por parte do TCU foi escolhida no intuito de evidenciar o controle externo que vem sendo exercido pelo Tribunal de Contas em face do mérito administrativo, não obstante seja cediço que tal intervenção, ao menos em um primeiro plano, não diga respeito à qualidade da agência enquanto ente regulador. Afinal, controle análogo pode ser observado em situações que não envolvam agências reguladoras.

[262] GOMES, Marcelo Barros; WANDERLEY, Maurício de Albuquerque; COUTINHO, Maria do Amparo.10 anos de controle externo da regula..o de serviços públicos. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

de sua Secretaria de Comunicação (Secom), afirma a Corte de Contas[263] que o TCU tem a missão de fiscalizar a atuação das agências reguladoras, em especial os contratos de concessão, os de permissão e os atos de autorização para a prestação de serviços públicos.

No tocante à fiscalização prévia das regras de editais e de contratos de concessão, é explicitado que a Corte de Contas contribui auxiliando na redução dos riscos de execução e de desequilíbrios econômico-financeiros, que podem ser evitados, precisamente, consoante alega, por meio de medidas preventivas a partir da análise feita pelo Tribunal. Visto que, "todas as questões relevantes, que exijam imediata correção, são levadas ao conhecimento das agências regulatórias, a tempo para que formulem as alterações nas licitações em andamento"[264].

Ressalva a Secom do TCU, ao menos no plano teórico, que não há substituição do papel constitucional e legal das agências reguladoras, às quais cabe regular o mercado, já que a Corte de Contas não agiria como segunda instância ou instância revisora, independente do momento do controle, mas como órgão constitucional de superposição e controle. Dessa forma, aponta que a ação do órgão regulador não é reduzida com a atuação do TCU, porque este não escolhe, por exemplo, metodologias de cálculo e nem fixa valores, mas limita-se, se for o caso, a apontar a impropriedade da escolha na concessão e determinar a correção da falha.

Embora a invocação abstrata indique uma autolimitação da atuação do TCU no âmbito da regulação, a *práxis* fragiliza tais alegações, consoante se verifica em análises de editais de contratos de concessões realizadas pela Corte de Contas. Como bem observa Eduardo Jordão[265], o Tribunal de Contas da União tem participado ativamente da concepção dos projetos de concessões e parcerias público-privadas, usualmente conduzidos por agências reguladoras, proferindo posicionamentos que impactam suas opções fundamentais e influenciam, ou até mesmo acabam por definir, a sua modelagem.

---

[263] BRASIL. SECOM TCU. *O papel do TCU no controle da regulação*. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/o-papel-do-tcu-no-controle-da-regulacao.htm . Acesso em: 02 de junho de 2023.

[264] *Idem*.

[265] JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 62.

É o que se observa desde o acompanhamento dos procedimentos relativos à concessão da Ponte Rio-Niterói[266], em 1993, cuja originalidade da concessão ensejou uma reação também inovadora por parte do Tribunal de Contas, criando procedimento então não previsto na legislação, mas que perdura, ressalvadas as consequentes adaptações diante dos posteriores diplomas normativos internos, até os dias atuais.

No intuito de regulamentar a atuação do TCU no acompanhamento das concessões públicas, conforme abordado no capítulo anterior, foram expedidas diversas Instruções Normativas, como a Instrução Normativa nº 10/95[267], substituída pela Instrução Normativa nº 27/98[268]. Posteriormente, a Instrução Normativa nº 43/2002[269] passou a disciplinar o controle dos processos de revisão tarifária dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica e a Instrução Normativa nº 46/2004[270] tratou do acompanhamento das concessões rodoviárias.

Dos referidos diplomas normativos, além dos aspectos previamente apontados, se depreende que o acompanhamento do TCU em face das concessões era estruturado em estágios, correspondentes a momentos distintos do processo licitatório, devendo o órgão concedente encaminhar a documentação elencada nas instruções normativas para análise pela Corte de Contas e dentro dos prazos normativos.

No particular das concessões rodoviárias, segundo a Instrução Normativa nº 46/2004, a fiscalização prévia e concomitante dos processos de outorga de concessão

---

[266] Tal acompanhamento é considerado um marco na atuação da Corte de Contas no que diz respeito à fiscalização das concessões de serviços públicos. Na época, no requerimento formulado pelo órgão controlador, o então Ministro do TCU Luciano Brandão justificou a atuação do Tribunal sobretudo diante da originalidade da concessão, já que seria a primeira concessão de infraestrutura à iniciativa privada em décadas e em um período que sequer estava em vigor a Lei de Licitações e Contratos de 1993 e nem a Lei de Concessões de 1995, portanto, demandar-se-ia um "monitoramento mais cuidadoso" (BRASIL. TCU. Plenário. Decisão 141/1993. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2176/NUMACORDAOINT%20asc/0 . Acesso em: 10 de junho de 2023).

[267] BRASIL. *Instrução Normativa nº 10 de 1995 do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/instrucao-normativa-10-1995_73626.html . Acesso em: 10 de junho de 2023.

[268] BRASIL. *Instrução Normativa nº 27 de 1998 do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/instrucao-normativa-n-27.htm . Acesso em: 10 de junho de 2023.

[269] BRASIL. *Instrução Normativa nº 43 de 2002 do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/551 . Acesso em: 10 de junho de 2023.

[270] BRASIL. *Instrução Normativa nº 46 de 2004 do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/552#:~:text=Os%20textos%20aprovados%20são%20publicados,inteira%20responsabilidade%20de%20seus%20autores. . Acesso em: 10 de junho de 2023.

para exploração de rodovias federais envolvia cinco estágios, mediante análise de documentos listados no diploma normativo.

Como leciona Gustavo Leonardo Pereira[271], o primeiro estágio abrangia, essencialmente, os documentos relacionados à análise de viabilidade do projeto, ao tempo que o segundo estágio abrangia, primordialmente, os documentos jurídicos da licitação, como o edital de licitação, eventuais retificações e anexos.

Diante do envio da documentação pela agência reguladora, cabia à unidade técnica responsável da Corte de Contas examinar a viabilidade operacional, financeira e jurídica do empreendimento e, caso houvesse indícios de irregularidades, deveria propor a adoção de medidas cabíveis e submeter o processo à consideração do ministro relator do Tribunal de Contas, o qual levaria o tema ao Plenário que decidiria sobre o primeiro estágio. Inexistindo irregularidades, a unidade técnica deveria prosseguir com a fiscalização e encaminhar, somente no terceiro estágio, o processo ao Ministro relator.

Por sua vez, a documentação exigida no terceiro estágio dizia respeito à fase de habilitação dos licitantes, enquanto, no quarto estágio, ocorria a fase de julgamento das propostas técnicas. Por fim, no quinto estágio, verificar-se-ia o ato de outorga, o contrato de concessão assinado, o programa de exploração rodoviária e a proposta econômico-financeira do licitante vencedor.

Ocorre que, já na primeira fase de fiscalização, observava-se o encaminhamento por parte da Administração Pública ao Tribunal de Contas da União das minutas de edital e contrato, as quais deveriam ser submetidas apenas no segundo estágio fiscalizatório. Logo, como reação ao controle exercido pelo TCU, verificava-se a antecipação da Administração, de modo a prevenir eventuais questionamentos e evitar possíveis atrasos no trâmite da concessão. É, inclusive, o que constatam André de Castro Braga e Felipe Buchbinder[272].

Consolidando esta *práxis*, a Instrução Normativa nº 81[273] — a qual, como visto, instituiu novo modelo de fiscalização dos processos de desestatização realizados pelo

---

[271] PEREIRA, Gustavo Leonardo. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?* Dissertação (Mestrado em Direito) – FGV Direito, São Paulo, 2019, p. 146-149.

[272] BRAGA, André de Castro de Oliveira; BUCHBINDER, Felipe. *O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?* Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2927289 . Acesso em: 11 de junho de 2023.

[273] BRASIL. *Instrução Normativa nº 81 de 2018 do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi0udinm-

Poder Público cujos editais sejam publicados a partir de 01 de janeiro de 2019, bem como aos contratos ou termos aditivos para prorrogação ou renovação de concessões ou permissões celebrados após referida data — tornou obrigatório o encaminhamento prévio dos documentos jurídicos da concessão. Agora, o encaminhamento prévio deve ocorrer, dentre outras previsões, com antecedência mínima de 90 dias em relação à publicação das minutas de edital e contrato, devendo ser enviado já com os resultados decorrentes das consultas, audiências públicas e dos estudos de viabilidade. Ademais, com a antecedência mínima de 150 dias, deve ser enviado um extrato do planejamento da desestatização, com a descrição do objeto, previsão do valor dos investimentos, sua relevância, localização e cronograma licitatório.

Ainda, objetivando aprimorar a dinâmica do acompanhamento das desestatizações, a Instrução Normativa previu o fim dos múltiplos estágios de acompanhamento dos processos de privatização de empresas estatais, de concessão e de permissão de serviço público, de contratação de Parcerias Público-Privadas e de outorga de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado, permitindo ao TCU priorizar a relevância, materialidade e oportunidade, assim como fiscalizar as desestatizações de maior risco. Fala-se, pois, na seletividade da atuação da Corte de Contas, podendo o Tribunal acompanhar e fiscalizar toda a execução contratual consoante julgue apropriado.

Para que se observe o até então exposto acerca do controle exercido pelo Tribunal de Contas da União em análise de editais e contratos de concessões envolvendo agências reguladoras, foram selecionadas três situações fáticas, prévias à Instrução Normativa nº 81, cuja ênfase individual decorre da peculiaridade acentuada em relação à matéria. Assim, pode-se constatar a relevância da atuação do TCU na estruturação dos projetos envolvendo as agências, sobretudo antes das alterações da mencionada Instrução Normativa, que, como visto, normatizou as práticas jurisprudenciais da Corte de Contas.

Ab initio, cumpre ressalvar que os julgados selecionados não têm o condão de esgotar a matéria, mas demonstram-se significativos e são aptos a evidenciar como o Plenário do Tribunal de Contas, predominantemente, tem se posicionado com relação

---

b8AhXoq5UCHVB-A1QQFnoECA0QAQ&url=https%3A%2F%2Fportal.tcu.gov.br%2Flumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A81881E7AB5C6AE017B131BF48C657F&usg=AOvVaw3zXxC2sOatnnq30TSjiR2_ . Acesso em: 13 de junho de 2023.

à matéria regulatória. Mais além, não se trata de *cherry-picking*, pois a mera existência de decisões que evidenciem um comportamento da Corte de Contas extrapolando os limites jurídicos contemporâneos é mais do que suficiente para demonstrar o equívoco da atuação, ainda que possam existir decisões adequadas.

O Acórdão nº 1703/2004[274] é considerado o *leading case* no tocante à atuação do Tribunal de Contas da União em relação à atividade-fim das agências reguladoras, ocasião na qual o TCU analisou a execução do contrato de concessão da Rodovia Rio-Teresópolis. Trata-se de julgado paradigma, pois o *decisum* foi e ainda é invocado, reiteradamente, em casos que envolvem o controle da atividade regulatória[275].

De acordo com o voto do Ministro Benjamin Zymler, relator do julgamento, caberia à Corte de Contas analisar a atuação das agências reguladoras, mas não a própria regulação, sendo reservado ao TCU um controle de segunda ordem, de modo que a ele não competiria substituir as agências. A situação concreta versou sobre a necessidade de consideração da Taxa Interna de Retorno (TIR), para fins de cálculo de pedágio, na modalidade alavancada, ou seja, levando em consideração os custos reais de financiamento incorridos pelo particular, ou desalavancada, isto é, não computando tal dado e deixando de fora os custos do capital.

---

[274] BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 1703/2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/1703%252F2004/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 20 de junho de 2023.

[275] Dentre outros, destaquem-se os seguintes acórdãos do Plenário do Tribunal de Contas da União: Acórdão nº 435/2020 (BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 435/2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/1703%252F2004/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1 . Acesso em: 20 de junho de 2023); Acórdão nº 2698/2022 (BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 2698/2022. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/1703%252F2004/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/13; Acesso em: 20/06/2023); Acórdão nº 644/2016 (BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 644/2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/1703%252F2004/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/4 . Acesso em: 20 de junho de 2023); Acórdão nº 1313/2010 (BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 1313/2010. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1313%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 20 de junho de 2023); Acórdão nº 715/2008 (TCU. Plenário. Acórdão nº 715/2008. Disponível em: (https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A715%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 20 de junho de 2023); Acórdão nº 620/2008 (BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 620/2008. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A620%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 20 de junho de 2023).

Considerando que o edital e o contrato de concessão eram omissos, a unidade técnica do Tribunal de Contas, diante da modicidade tarifária, defendeu a utilização da TIR desalavancada, posicionamento este que foi inicialmente acolhido pelo Plenário do TCU[276]. Assim, o Plenário determinou à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) a aplicação retroativa da TIR não alavancada.

Contudo, em sede de reexame, a Corte de Contas decidiu apenas por recomendar à agência a adoção da TIR desalavancada, sob o argumento principal de que a legislação era silente, cabendo, pois, a escolha regulatória à discricionariedade da ANTT, em que pese o TCU discordar que esta seria a melhor escolha possível. Assim, o Ministro Benjamin Zymler teceu comentários acerca da atuação do Tribunal, dispondo que, em várias ocasiões, o TCU exerceu funções típicas de órgão regulador, atuação "que pode ser considerada indevida", mas, segundo o Ministro, "foi necessária quando as agências reguladoras, por se encontrarem em sua fase inicial de implantação, ainda não dispunham das condições necessárias para exercer plenamente as respectivas competências".

Entretanto, segue Zymler ponderando que o contexto fático estaria em transformação, visto que grande parte das agências reguladoras estava se estruturando. Logo, "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, não devendo, assim, incidir sobre o jogo regulatório em si".

Mais além, alerta o Ministro para que a Corte, com relação ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos, atue de forma complementar à ação das entidades reguladoras, sob pena de invadir o âmbito de competência destas, contribuindo para a incerteza jurisdicional, mesmo que na persecução do interesse público.

Verifica-se, então, um discurso de impossibilidade de intervenção do TCU no aspecto regulatório, eis que este deve exercer um controle de segundo grau, porém, resta contraditório que esta contenção do controle seja condicionada às ponderações que o próprio Tribunal faça sobre a estruturação da agência reguladora.

---

[276] BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 988/2004. Rel. Min. Marcos Vinicios Vilaça. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A988%2520ANOACORDAO%253A2004%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 20 de junho de 2023.

Ao analisar o referido julgado, destaca Gustavo Leonardo Pereira[277] que os comentários refletem a influência das capacidades institucionais, pois o Ministro relator Benjamin Zymler defende que caberia ao Tribunal de Contas atuar de maneira mais incisiva enquanto as agências reguladoras não detivessem capacidade instalada, mas, à medida que estas fossem se estruturando, a Corte careceria de competência para interferir no jogo regulatório.

Pedro Dutra e Thiago Reis[278] observam que, desde a citada decisão, o Tribunal de Contas invoca a concepção de controle de segunda ordem para justificar a fiscalização que exerce, de modo que o objeto da fiscalização, ao menos teoricamente, não seria o jogo regulatório em si, mas a própria atuação das Agências como entes de estabilização e mediação desse jogo. Todavia, esse esforço de autocontenção dificilmente se concilia com aquela que o TCU entende por ser a sua missão institucional. É o que também salienta Pedro Roberto Decomain[279].

Entretanto, como destaca Eduardo Ferreira Jordão[280], no Acórdão mencionado já se observa certa contradição entre a autolimitação abstrata defendida e a atuação concreta do Tribunal quando do reconhecimento de intervenções pretéritas. Em consonância, Flávio Garcia Cabral, Leandro Sarai e Cristiane Rodrigues Iwakura[281].

Nesse sentido, embora reste evidente que a Corte de Contas sustenta exercer um controle de segundo grau, denota-se, em análises de editais e intervenções em contratos de concessões, que o TCU acaba por subordinar as agências reguladoras a suas conclusões. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas[282] falam, assim, em um ativismo do controle externo, eis que o Tribunal de Contas da

---

[277] PEREIRA, Gustavo Leonardo. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?* Dissertação (Mestrado em Direito) – FGV Direito, São Paulo, 2019, p.102-107.

[278] DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O Soberano da Regulação: o TCU e a Infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020, p. 1730.

[279] DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 178-180.

[280] JORDÃO, Eduardo. Quais os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras? *Direito do Estado*, n. 476, 2021. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/eduardo-ferreira-jordao/quais-os-limites-das-competencias-do-tcu-sobre-as-agencias-reguladoras#:~:text=A%20resposta%20mais%20óbvia%20a,na%20Constituição%20e%20nas%20leis . Acesso em: 22 de junho de 2023.

[281] CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Tribunal de Contas da União (TCU) e as Agências Reguladoras: limites e excessos da *accountability* horizontal. *Revista da CGU.* Brasília: vol. 13, nº 24, jul/dez 2021.

[282] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. Decisão do Tribunal de Contas da União consagra "indeferencia" à regulação. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-ago-17/opiniao-decisao-tcu-consagra-indeferencia-regulacao . Acesso em: 30 de junho de 2023.

União consagraria a indeferência à regulação, que não encontra mais amparo no ordenamento jurídico e incrementa a insegurança jurídica.

Em 2013, por exemplo, o Tribunal de Contas da União acompanhou o primeiro estágio das concessões para ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro – Galeão e do Aeroporto Internacional de Belo Horizonte – Confins. Tratou-se de atuação prévia da Corte de Contas, realizada na fase interna da licitação ao tempo da promoção de estudos e da elaboração do edital e antes da formalização e publicação dos projetos.

Na ocasião, observou-se que o TCU realizou minuciosa análise dos aspectos da modelagem descritos nos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental, como as estimativas de receitas e despesas e os investimentos necessários no prazo da concessão, porém a análise não se limitou aos aspectos financeiros prévios.

No Acórdão nº 2466/2013[283], de relatoria da Ministra Ana Arraes, referente ao acompanhamento do primeiro estágio das concessões para ampliação, manutenção e exploração dos referidos aeroportos, a Corte condicionou a publicação do edital ao cumprimento de exigências por ele estipuladas, o que reforça os questionamentos acerca da análise prévia de minutas ainda não publicadas de licitações referentes a projetos de infraestrutura.

Dentre as exigências, o TCU condicionou a publicação à inclusão de fundamentos legais e técnicos suficientes para o requisito de experiência em processamento de passageiros e para a restrição à participação no certame de acionistas das concessionárias de aeroportos, de forma a demonstrar que os parâmetros fixados eram adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado e não possuíam potencial para afetar o caráter competitivo do leilão.

Em seu voto, a Ministra, como a *práxis* supramencionada, apontou que, em princípio, a análise dos comandos pertinentes às minutas do edital e do contrato deve se dar no segundo estágio do acompanhamento. Porém, tendo em vista que a Instrução Normativa nº 27/1998[284] apenas exigia o envio da documentação relativa a

---

[283] BRASIL TCU. Plenário. Acórdão nº 2466/2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2466%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 30 de junho de 2023.

[284] Estabelece o art. 8º, inciso II, alínea “c”, da Instrução Normativa nº 27/1998: “Art. 8° O dirigente do órgão ou da entidade federal concedente encaminhará, mediante cópia, a documentação descrita no artigo anterior ao Tribunal de Contas da União, observados os seguintes prazos: II – segundo estágio - 5 (cinco) dias, no máximo, após: [...] c) a sua publicação, para o edital de licitação, acompanhado da

esse estágio no prazo máximo de cinco dias após a publicação do edital de licitação, a verificação de eventual não cumprimento das recomendações/determinações do Tribunal referentes a essa fase, somente nessa altura do processo, tornaria necessária a republicação do edital e a consequente reabertura dos prazos. Assim, "ante a urgência máxima que se atribui a processos da natureza do ora em foco, postergar a análise das minutas de edital e de contrato juntadas aos autos para a etapa de avaliação do 2º estágio poderia trazer impactos negativos".

Afirmou a Ministra relatora que, do contrário, haveria a redução da possibilidade de contribuição do TCU para o aperfeiçoamento do processo e a mora aumentaria, nos casos de constatações mais relevantes, o risco de interrupções indesejáveis no cronograma originalmente previsto. Concluiu, portanto, que "seria importante antecipar a avaliação de pontos mais relevantes das minutas de edital e de contrato, como foi feito nas concessões anteriores, por exemplo, em relação à imprescindibilidade de mecanismos contratuais para garantir a modicidade de tarifas".

No Acórdão nº 2.666/2013[285], cujo relator foi o Ministro Augusto Sherman, o TCU verificou as medidas adotadas em cumprimento ao Acórdão nº 2466/2013, mais precisamente o subitem 9.2[286], considerando suficientes as explicações dadas para a restrição relativa à participação no leilão de acionistas de concessionárias de

---

minuta do contrato;" (BRASIL. *Instrução Normativa nº 27 de 1998 do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/instrucao-normativa-n-27.htm . Acesso em: 05 de julho de 2023).

[285] BRASIL TCU. Plenário. Acórdão nº 2666/2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2666%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 05/07/2023.

[286] Extrai-se da decisão que o Tribunal resolve: "9.2. condicionar a publicação do respectivo edital à adoção das seguintes providências pelo Conselho Nacional de Desestatização, pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e pela Agência Nacional de Aviação Civil: 9.2.1. em observância aos princípios da motivação, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, aos arts. 37, inciso XXI, da Constituição de 1988, 14 da Lei 8.987/1995, 3º e 30 da Lei 8.666/1993 e à súmula TCU 263/2011, inclusão no processo de concessão, expressamente, dos fundamentos legais e técnicos (além daqueles constantes da Nota Técnica 001/DERC/DEOUT/SPR/SAC-PR) da exigência de experiência em processamento de passageiros e da restrição à participação no leilão de acionistas das atuais concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária, de forma a demonstrar, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado; 9.2.2. realização dos devidos ajustes nas exigências, caso sejam eles necessários;" (BRASIL TCU. Plenário. Acórdão nº 2466/2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2466%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 05 de julho de 2023).

aeroportos)[287], mas insuficientes as novas justificativas relativas ao requisito de experiência prévia, trazendo diretrizes sob a nomenclatura de recomendações[288].

Em virtude do decidido, foram alteradas as exigências editalícias pelo poder concedente, reduzindo o requisito de experiência prévia que se exigiria do operador de aeroportos integrantes do consórcio licitante. Assim, no Aeroporto do Galeão, o fluxo de passageiros exigido do licitante caiu de trinta e cinco milhões para vinte e dois milhões, enquanto no Aeroporto de Confins, passou-se a exigir um fluxo de doze milhões de passageiros e não mais de trinta e cinco milhões como outrora previsto.

Embora a Corte de Contas tenha expedido as mencionadas diretrizes no Acórdão nº 2.666/2013 como recomendações, de uma leitura das decisões, depreende-se a contundente argumentação do Tribunal em desfavor da exigência de experiência prévia no patamar então proposto. Além disso, incluiu o TCU a necessidade de submissão preliminar de eventuais novos estudos ao Tribunal.

---

[287] Segue trecho do Acórdão: "9.1. considerar que os fundamentos legais e técnicos incluídos no processo de concessão sob apreciação, em face da determinação contida no item 9.2.1 do Acórdão 2466/2013-TCU-Plenário, relativamente à restrição à participação dos atuais concessionários de serviços públicos de infraestrutura aeroportuária no leilão de concessão dos aeroportos de Galeão/RJ e Confins/MG, são consistentes, embasam e justificam, técnica e juridicamente, a decisão do poder concedente em proceder à referida exigência;" (BRASIL TCU. Plenário. Acórdão nº 2666/2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2666%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 06 de julho de 2023).

[288] Conforme a decisão, resolve o TCU: "9.2. considerar que os fundamentos legais e técnicos incluídos no processo de concessão sob apreciação, em face da determinação contida no item 9.2.1 do Acórdão 2466/2013-TCU-Plenário, relativamente à exigência de demonstração de qualificação técnica em termos de processamento de passageiros, nos volumes estabelecidos no parágrafo único do art. 6º da Resolução CND 2/2013, não são consistentes, não embasam nem justificam, técnica e juridicamente, a decisão do poder concedente em proceder à referida exigência; 9.3. em consequência do entendimento contido no item 9.2, recomendar ao Conselho Nacional de Desestatização, à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e à Agência Nacional de Aviação Civil a adoção de uma das duas medidas a seguir: 9.3.1. previamente à publicação do edital para concessão dos aeroportos do Galeão e de Confins, desenvolvam estudos técnicos necessários e suficientes para definir os critérios para comprovação de qualificação técnica do operador aeroportuário, restringindo as exigências editalícias ao que for devidamente fundamentado por esses estudos, submetendo-as, acompanhadas de seus fundamentos, à apreciação do TCU; ou 9.3.2. restrinjam as exigências editalícias relativas à comprovação de qualificação técnica do operador aeroportuário, de forma que a exigência de processamento de passageiros não ultrapasse os valores projetados para o fluxo de passageiros, no exercício de 2014 (data de início prevista para a concessão), em cada um dos aeroportos sob processo de concessão" (BRASIL TCU. Plenário. Acórdão nº 2666/2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2666%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 06 de julho de 2023). Ainda, o tema também foi tratado no Acórdão nº 3026/2013, de relatoria do Ministro Weder de Oliveira, relativo à representação da Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados (BRASIL TCU. Plenário. Acórdão nº 3026/2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3026%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 06 de julho de 2023).

Destarte, o Conselho Nacional de Desestatização assimilou a recomendação no dia seguinte à publicação do acórdão, como se determinação fosse.

Em 2018, no tocante à décima quinta rodada de concessão de blocos terrestres e marítimos para a exploração e a produção de petróleo e gás natural, realizada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), o Tribunal de Contas da União aprovou medida cautelar através do Acórdão nº 672/2018[289], de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, por indícios de irregularidades afetas ao primeiro estágio da fiscalização.

De acordo com a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Petróleo e Gás Natural (SeinfraPetróleo), a decisão da ANP de licitar em separado os Blocos S-M-534, S-M-645 e Saturno, que comporiam um mesmo reservatório de petróleo, geraria o risco de futura unitização, isto é, de discussões sobre a individualização da produção de blocos contíguos, cujos direitos de exploração e produção pertenceriam a concessionários diferentes. Logo, através da cautelar sugerida pela SeinfraPetróleo, na véspera da realização do leilão da concessão, foram excluídos alguns dos principais blocos de exploração de petróleo a serem licitados.

Dentre os fundamentos utilizados pelo TCU, invocou-se a competência abrangente, em conformidade com a teoria dos poderes implícitos, como embasamento para o poder geral de cautela e a previsão do art. 276 do Regimento Interno do Tribunal de Contas[290]. Ponderou, portanto, o Ministro Aroldo Cedraz que, em síntese, o edital de licitação foi publicado sem que a Corte de Contas tivesse a oportunidade de concluir a análise de primeiro estágio, sendo usurpada a sua competência para apreciar tempestivamente a documentação da desestatização.

Dessarte, a decisão apontou a insuficiência de elementos para se chegar a uma conclusão segura sobre o acerto e a vantajosidade da modelagem proposta pela ANP,

---

[289] BRASIL TCU. Plenário. Acórdão nº 672/2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A672%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 15 de julho de 2023.

[290] Prevê o *caput* do art. 276 do Regimento Interno do TCU: "Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992." (BRASIL. *Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.* 4 de dezembro de 2002. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/7B/17/AB/27/9E6D3810B4FE0FF7E18818A8/RITCU.pdf . Acesso em: 15 de julho 2023).

além de indicar o descumprimento pela ANP do procedimento previsto na Instrução Normativa nº 27/1998[291]. Nas palavras do Ministro, "em momento algum se questionou a opção adotada pelo CNPE, mas tão somente se apontou a ausência de justificativas para a decisão tomada" e não foram juntados aos autos estudos que corroborassem a referida decisão adotada. Segue, ainda, expondo que "a despeito de a decisão de se outorgar determinado bloco de petróleo se encontrar na esfera de discricionariedade do Poder Concedente, isso não o exime da observância ao princípio da motivação dos atos administrativos".

Da decisão, depreende-se que o Tribunal de Contas não indicou a existência de ilegalidades e nem que as escolhas regulatórias careciam de motivação, mas sim a não concordância do TCU com as razões apresentadas pelo poder concedente para desestatizar a exploração dos mencionados blocos de petróleo através de concessão, defendendo que o regime de partilha licitando os blocos em conjunto seria mais vantajoso para a União. Ademais, indicou a inobservância de norma procedimental por ele editada.

Segundo Eduardo Jordão[292], é possível observar que o controle prévio funciona como um salvo-conduto desejado pelo administrador antes da realização da licitação. Assim, nos últimos dez anos, a regra tem sido a do envio das minutas de edital e contratos para o TCU no momento da remessa dos estudos de viabilidade. Verifica-se, pois, uma propensão dos administradores em aceitarem o controle prévio, seja por receio a danos reputacionais por eventual sustação posterior do edital, seja por receio à incidência do direito administrativo sancionador.

Surpreendentemente, como aponta ainda o autor[293], a concessão do Campo de Libra[294] foi um dos únicos casos prévios à Instrução Normativa nº 81 na qual o governo federal publicou edital de licitação sem aprovação prévia do TCU sobre os

---

[291] Estabelece o art. 8º, inciso II, alínea "c", da Instrução Normativa nº 27/1998: "Art. 8° O dirigente do órgão ou da entidade federal concedente encaminhará, mediante cópia, a documentação descrita no artigo anterior ao Tribunal de Contas da União, observados os seguintes prazos: II – segundo estágio - 5 (cinco) dias, no máximo, após: [...] c) a sua publicação, para o edital de licitação, acompanhado da minuta do contrato;" (BRASIL. *Instrução Normativa nº 27 de 1998 do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/instrucao-normativa-n-27.htm . Acesso em: 05 de julho de 2023).

[292] JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out/dez 2014.

[293] *Idem*.

[294] Recorde-se que a concessão do Campo de Libra, na Bacia de Campos, em 2013, foi o primeiro a conceder áreas para exploração de petróleo e gás natural, sob o regime de partilha de produção, na região do pré-sal.

estudos de viabilidade. Mais além, “em todos os outros casos, esperou-se a manifestação do órgão fiscalizador, mesmo quando ele ultrapassou os prazos estabelecidos em suas próprias Instruções Normativas para fazê-lo”.

De igual modo, Anderson Márcio Oliveira[295], ao observar os casos de análise de editais de concessão feitas pela ANTT, ANTAQ e ANAC, entre 2002 e 2016, concluiu que, em todos eles, o TCU tem adentrado nas questões regulatórias.

A exemplo, no Acórdão nº 1142/2023[296], de relatoria do Ministro Antonio Anastasia, que versa sobre o acompanhamento do processo de desestatização da rodovia federal BR-381/MG, no trecho compreendido entre Belo Horizonte e Governador Valadares, o Plenário determinou à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) diversas correções previamente à publicação do edital.

Os casos expostos servem, portanto, como pano de fundo para questionar a atuação prévia do Tribunal de Contas da União na análise de minutas de editais de licitações ainda não publicados, eis que o TCU acaba por atuar como administrador em processos de infraestrutura.

Afinal, não se verifica no texto constitucional e nem no infraconstitucional a necessidade de um ato de aprovação propriamente dito da Corte de Contas por meio da fiscalização prévia de editais e contratos. Ao contrário, o que se observa é uma construção da jurisprudência do Tribunal de Contas da União nesse sentido, a qual culminou com a expedição de Instruções Normativas concretizando o posicionamento defendido pela Corte.

Não obstante, para além da análise de editais, é preciso observar que o controle exercido pelo TCU, após a celebração dos contratos de concessões[297], também

---

[295] OLIVEIRA, Anderson Márcio. *Intervenção regulatória do TCU: uma avaliação empírica nos processos de concessão da ANTT, ANTAQ e ANAC*. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19724 . Acesso em: 15 de julho de 2023.

[296] BRASIL TCU. Plenário. Acórdão nº 1142/2023. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/revis%25C3%25A3o%2520normativa%2520ag%25C3%25AAncia%2520nacional/COPIATIPO%253A%2522AC%25C3%2593RD%25C3%2583O%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/24 . Acesso em: 05/07/2023.

[297] O que, inclusive, ocorre atualmente, ou seja, dez anos depois, com a consulta dos Ministérios de Portos e Aeroportos e dos Transportes acerca da concessão do Aeroporto do Galeão. Considerando que o julgamento, cujo relator é o Ministro Vital Rêgo, foi suspenso por pedido de vista, em 05/07/2023, recomenda-se o acompanhamento do desenrolar da discussão sobre a (im)possibilidade de desistência de relicitação e devolução de concessões de infraestrutura. Entretanto, válido apontar que o Acórdão 971/2023, de relatoria do Ministro Antônio Anastasia e com data de sessão em 17/05/2023, envolve a análise, pelo TCU, de Representação sobre possíveis irregularidades de atos da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) em revisões extraordinárias de contratos de concessão no Aeroporto do Galeão, e no Aeroporto de Viracopos (BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 3026/2013. Disponível em:

evidencia uma atuação ativa quanto às decisões concernentes ao âmbito regulatório, o que restará evidente no estudo de algumas auditorias operacionais. Como explanam Pedro Dutra e Thiago Reis[298], intervêm o TCU no contrato de concessão, comandando a sua execução e alterando substancialmente a moldura jurídico-normativa que o rege, de modo que os autores o consideram "o figurante oculto do contrato de concessão, ditando a sua formação e dirigindo a sua execução acima das partes, Poder Concedente e concessionário privado, e, não raro, no lugar delas".

5.2 Auditorias operacionais e equiparação de recomendações a determinações

O Manual de Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União[299] afirma que as auditorias operacionais possuem flexibilidade na escolha de temas, objetos de auditoria, métodos de trabalho e forma de comunicar as conclusões, em virtude da variedade e complexidade das questões tratadas, previsão esta que é basilar para a construção de um perfil ativista da Corte de Contas.

Consoante Pedro Dutra e Thiago Reis, a realização de auditorias, em especial a dita operacional, tem sido um dos principais instrumentos utilizados, se não o principal, pelo Tribunal de Contas da União para intervir na ação regulatória, sobretudo em virtude do significado a ela atribuído pela Corte de Contas. Afinal, a auditoria operacional, com a definição que o TCU vem lhe conferindo, "converteu-se em instrumento de avaliação do mérito da ação governamental, em toda a sua extensão,

---

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A971%2520ANOACORDAO%253A2023%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 15 de julho de 2023).

[298] DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O Soberano da Regulação: o TCU e a Infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020, p.2120.

[299] Dentre as características da auditoria operacional, prevê o item 32: "32. As auditorias operacionais possuem características próprias que as distinguem dos outros tipos de auditoria. Ao contrário das auditorias de conformidade e financeiras, que adotam padrões relativamente fixos, as auditorias operacionais, devido à variedade e complexidade das questões tratadas, possuem maior flexibilidade na escolha de temas, objetos de auditoria, métodos de trabalho e forma de comunicar as conclusões de auditoria. Empregam ampla seleção de métodos de avaliação e investigação de diferentes áreas do conhecimento, em especial das ciências sociais. Além disso, esse tipo de auditoria requer do auditor flexibilidade, imaginação e capacidade analítica." (BRASIL. TCU. *Manual de Auditoria Operacional*. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/73/02/68/7335671023455957E18818A8/Manual_auditoria_operacional_4_edicao.pdf . Acesso em: 23 de julho de 2023).

compreendendo a atuação das Agências Reguladoras, os contratos de concessão e, por certo, os atos do Poder Concedente no setor de infraestrutura"[300].

De modo análogo, Vera Monteiro e André Rosilho[301] apontam que a amplitude que as auditorias operacionais têm ganhado no controle realizado pelo TCU serve de base para a fiscalização sobre a atividade reguladora em si, acompanhando a prestação de serviços públicos. Falam os autores em um consenso na própria Corte de Contas de que ela tem aptidão para verificar a adequação entre os resultados obtidos pelos reguladores e os objetivos da agência, cabendo ao Tribunal de Contas da União examinar o cumprimento da missão reguladora e fiscalizadora das agências sobre as empresas concessionárias quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia, objetivando a prestação adequada dos serviços públicos.

Em que pese a alegação de exercício de um controle de segunda ordem, como anteriormente mencionado, o TCU tem analisado o mérito de atos administrativos valendo-se da definição que atribui à auditoria operacional, o que vai de encontro à argumentação de uma fiscalização de segunda ordem.

O exposto pode ser verificado, por exemplo, no Acórdão nº 1.703/2004[302] de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que consistiu em 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.

Na ocasião, afirmou o relator que o Tribunal de Contas não está totalmente impedido de exercer fiscalização sobre os atos das agências reguladoras que se situem no âmbito da chamada discricionariedade técnica[303], podendo realizar fiscalização de caráter operacional. Apontou Zymler que o controle da Corte de Contas sobre o poder discricionário das agências reguladoras amolda-se, a toda evidência,

---

[300] DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O Soberano da Regulação: o TCU e a Infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020, p.1730.

[301] MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências Reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (Org.) *Direito da Infraestrutura*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 55.

[302] BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 173/2004. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A672%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 20 de julho de 2023.

[303] Acerca da natureza da atividade técnica desenvolvida pela Administração Pública e da suposta discricionariedade técnica, vide NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Há uma discricionariedade técnica? *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, v. 26, p. 107-148, 2016.

ao escopo de uma auditoria operacional. Segue o Ministro justificando o posicionamento ao alegar que o objetivo desse tipo de fiscalização, diferentemente da fiscalização que busca a aferição da conformidade legal dos atos administrativos, é o exame com fins prospectivos "dos meios e dos resultados alcançados pelo Estado no cumprimento de seu dever constitucional de prestar, diretamente ou mediante delegação, serviços públicos adequados à coletividade"[304].

Ainda segundo Benjamin Zymler[305], cabe ao TCU contribuir para o alcance de um nível de excelência na prestação de serviços públicos e, para tanto, a Corte deve assumir, na fiscalização operacional das atividades-fim das agências reguladoras, uma posição de parceiro das entidades, paralelamente à de fiscal.

No entanto, válido mencionar ressalva teórica feita pelo Ministro relator, de acordo com o qual, diferentemente das fiscalizações de conformidade legal, cujas conclusões podem ensejar determinações dirigidas ao fiscalizado para que este sane os problemas detectados, nas fiscalizações de natureza operacional, as conclusões ensejarão o encaminhamento de recomendações[306], já que são avaliados parâmetros de eficiência, eficácia e economicidade.

No Acórdão nº 402/2013[307] de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, foi explicitado que, para dar efetividade a sua missão, o Tribunal "pode emitir determinações e recomendações, no intuito de, respectivamente, ajustar a conduta do jurisdicionado à legislação em vigor e contribuir, observando da discricionaridade do gestor, para o aprimoramento da administração pública". Em consonância com o discurso então proferido pelo TCU, consignou o Ministro que o controle do Tribunal de Contas é de segunda ordem, na medida em que o limite a ele imposto esbarra na esfera de discricionariedade conferida ao ente regulado, não obstante reconheça que

---

[304] *Idem*.

[305] ZYMLER, Benjamin. *O controle das agências reguladoras pelo TCU*. Disponível em: https://portal.jmlgrupo.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=202 . Acesso em 20 de julho de 2023.

[306] Válido recordar que o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, a exemplo de seu artigo 250, prevê que o Tribunal poderá exarar determinações a serem adotadas para providencias corretivas e recomendações quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho. Logo, o TCU, ao menos teoricamente, poderá veicular posicionamentos mandatórios, através das determinações, ou sugestivos, por meio das recomendações (BRASIL. *Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.* 4 de dezembro de 2002. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/7B/17/AB/27/9E6D3810B4FE0FF7E18818A8/RITCU.pdf . Acesso em: 20 de julho de 2023).

[307] BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 402/2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A402%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 20 de julho de 2023.

as orientações advindas das análises técnicas efetivadas pela Corte contribuem para as agências reguladoras pautarem-se dentro dos princípios constitucionais da legalidade e da eficiência. Ainda, consignou o Ministro relator que, em caso de violação de disposição legal expressa em ato vinculado, poderá o Tribunal determinar ao agente regulador que adote medidas de saneamento ao ato tido por irregular, ao tempo que, no caso de ato discricionário, caberá tão-somente ao TCU recomendar a adoção das providências que reputar adequadas.

No entanto, a observação prática suscita dúvidas acerca destas alegações. Floriano Marques Neto e Juliana Palma[308], por exemplo, explanam que as recomendações têm sido entendidas como determinações, pois a Corte de Contas confunde os regimes, dizendo acreditar que a sua interferência acarretará a melhoria da regulação e ensejando um deslocamento de competência da esfera administrativa para a esfera controladora.

Rosilho[309], ao tratar da impossibilidade de produção de atos de comando pelo Tribunal de Contas ainda que este se depare, em uma auditoria operacional, com condutas da administração pública que julgue pouco eficientes ou problemáticas no tocante à economicidade ou à efetividade, salienta que tais limites não são observados. Caberia, portanto, ao TCU expedir apenas orientações nas auditorias operacionais, e não imposições, para aprimorar práticas e processos administrativos e, eventualmente, notificar às autoridades competentes.

De igual modo, Sandro Zachariades Sabença[310] expõe que a observação dos acórdãos do órgão de controle denota que não somente foram exigidos planos de ação para determinações, como também para solução de recomendações. Logo, na prática, as recomendações para as quais foram requeridos planos de ação para sua implementação parecem alcançar status de determinação, de modo que o TCU vem conferindo papel semelhante a determinações e recomendações, esvaziando os valores característicos de cada instituto e contrariando o discurso consignado em sua jurisprudência.

---

[308] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. Os sete impasses do controle da Administração Pública. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (orgs.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

[309] ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 217-218.

[310] SABENÇA, Sandro Zachariades. *O TCU e o controle operacional das agências reguladoras: uma análise empírica*. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28761 . Acesso em: 22 de julho de 2023.

Em conformidade, Flávio Garcia Cabral, Leandro Sarai e Cristiane Rodrigues Iwakura[311] apontam, sem desmerecer sua importância, a necessidade de alteração do perfil institucional da Corte de Contas que, nos últimos anos, tem posicionamentos ativistas e mandamentais, com destaque para sua atuação em auditorias operacionais.

Ultrapassada a verificação da divergência entre o discurso teórico proferido pelo Tribunal de Contas, seja em sua jurisprudência, seja em instruções normativas e em sua doutrina, cumpre evidenciar a atuação do TCU através das auditorias operacionais no âmbito regulatório. Para tanto, a semelhança do tópico anterior, não se pretende esgotar a matéria, nem analisar amplo rol de decisões, mas realizar a escolha de casos pontuais selecionados por sua singularidade e capacidade de ilustração do posicionamento aqui apontado, comprovando que, há muito, vem assim atuando a Corte de Contas.

No processo nº 007.446/2015-2, que trata de auditoria operacional na Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), no intuito de conhecer e avaliar a fiscalização exercida pela agência no setor de gás liquefeito de petróleo (GLP envasado em botijões de 13kg), após denúncias de fragilidades das fiscalizações realizadas pela ANP no setor, foram proferidos dois acórdãos.

No Acórdão nº 1409/2016[312], que teve por relator o Ministro Vital do Rêgo, determinou-se, entre outras disposições, o desenvolvimento de estudos para quantificar os efeitos da política de diferenciação de preços no mercado de gás liquefeito de petróleo no preço final do produto tipo P-13, objetivando demonstrar em que proporção a diferenciação de preços na compra do GLP pelas distribuidoras é repassada ao preço de venda final ao consumidor e de que modo tal medida contribui para a universalização do acesso ao produto. Nesse desígnio, baseou-se o Ministro no dever motivador das políticas regulatórias e no impacto nas contas da Petrobras.

Destarte, foram expedidas as Resoluções ANP 49/2016 e ANP 51/2016, responsáveis por estabelecer que o revendedor vinculado ou independente, que entrega o botijão de gás ao consumidor final, não poderia efetuar o envasilhamento e

---

311 CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro; IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Tribunal de Contas da União (TCU) e as Agências Reguladoras: limites e excessos da *accountability* horizontal. *Revista da CGU.* Brasília: vol. 13, nº 24, jul/dez 2021.

312 BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 1409/2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1409%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 23 de julho de 2023.

o transvasamento do gás, o que implicaria custos diferenciados no preço final dos botijões. Não obstante, tais resoluções foram objeto de avaliação no Acórdão nº 2034/2019[313] de relatoria do mesmo Ministro, tendo a decisão recomendado à ANP a avaliação do impacto regulatório das resoluções, encaminhando-a no prazo de quinze dias.

Logo, na auditoria operacional em questão, verifica-se não apenas que a Corte de Contas provocou a agência reguladora no sentido de normatizar o tema, como teceu críticas quanto às resoluções proferidas, estipulando prazo para reanálise pelo Tribunal de Contas da União e impulsionando um processo de revisão da regulamentação.

De modo análogo, no Acórdão nº 2565[314], o Ministro relator José Jorge Vasconcelos determinou que fossem auditados entes estatais do setor elétrico, culminando no processo nº 030.656/2015-0, que trata de auditoria operacional para verificação nas concessionárias de temas referentes à segurança energética, desorganização das empresas e descompasso na entrada de operação de empreendimentos de geração e transmissão. Com o curso do processo, foi proferido o Acórdão nº 40/2019[315], em monitoramento de acórdão anterior, determinando que a agência reguladora editasse nova norma, por entender que a Resolução Normativa Aneel 414/2010 não dava concretude ao § 5º do art. 15 da Lei nº 9.074/1995[316].

Merece também destaque a análise realizada por Pedro Dutra e Thiago Reis[317], a qual envolveu o exame de decisões proferidas pelo TCU entre abril de 1992 e dezembro de 2019 sobre o setor de rodovias. No que diz respeito ao regime

---

313 BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 2034/2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2034%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 23 de julho de 2023.

314 BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 2565/2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2565%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 23 de julho de 2023.

315 BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 40/2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A40%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2 . Acesso em: 23 de julho de 2023.

316 De acordo com o § 5º do art. 15 da Lei nº 9.074/1995,"o exercício da opção pelo consumidor não poderá resultar em aumento tarifário para os consumidores remanescentes da concessionária de serviços públicos de energia elétrica que haja perdido mercado" (BRASIL. *Lei nº 9.074*. 07 de julho de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm . Acesso em: 23 de julho de 2023).

317 DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O Soberano da Regulação: o TCU e a Infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020, p. 2481.

regulatório, o estudo revela que o impacto de auditorias operacionais realizadas pelo TCU na execução dos contratos de rodovias não pode ser subestimado, recaindo esta fiscalização, principalmente, sobre três atos realizados pelas agências, quais sejam, aditivos, revisões e reajustes contratuais. Nesse sentido, a auditoria operacional ganha destaque como instrumento para a intervenção *ultra vires* do Tribunal de Contas na ação regulatória e nos contratos de concessão, pois, com base nos relatórios de auditoria, o TCU dita os comandos expedidos à agência.

Através das auditorias operacionais, segue a Corte de Contas atuando de forma ativista no tocante à regulação, seja com relação à elaboração de normas, seja com relação a decisões regulatórias mais concretas das agências.

É o que se verifica em decisões recentes como o Acórdão nº 2394/2022[318] de relatoria do Ministro Antonio Anastasia. Trata-se de relatório de auditoria operacional com o objetivo de avaliar a metodologia e a periodicidade de cálculo do Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC) ou *Weighted Average Cost of Capital* (WACC)[319] do setor ferroviário, que é definido pela Agência Nacional de Transportes Terrestres. Segundo alega o TCU, busca o Tribunal averiguar se a definição do WACC regulatório ferroviário elaborado pela ANTT é capaz de traduzir o custo de capital atualizado nas estimativas de modelagem econômico-financeira de concessões de ferrovias, culminando em determinações e recomendações à ANTT acerca da metodologia de cálculo do WACC.

Ademais, o Acórdão nº 1376/2022[320], de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, fruto de auditoria operacional que pretende avaliar a existência, efetividade e coerência da política tarifária do setor elétrico brasileiro, concluiu que as iniciativas

---

[318] BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 2394/2022. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/ag%25C3%25AAncia%2520nacional%2520auditoria%2520operacional/COPIATIPO%253A%2522AC%25C3%2593RD%25C3%2583O%2522%2520COPIACOLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2520ANOACORDAO%253A%25222022%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/40 . Acesso em: 25 de julho de 2023.

[319] De modo conciso, o Custo Médio Ponderado de Capital configura parâmetro financeiro definido e calculado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres para uso nas modelagens econômico-financeiras de novas concessões e prorrogações contratuais de concessões de serviço público de transporte ferroviário e possui lastro na teoria de finanças corporativas. É, portanto, denominado de Custo Médio Ponderado de Capital regulatório (CMPCr).

[320] BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 1376/2022. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/ag%25C3%25AAncia%2520nacional%2520auditoria%2520operacional/COPIATIPO%253A%2522AC%25C3%2593RD%25C3%2583O%2522%2520COPIACOLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2520ANOACORDAO%253A%25222022%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/104 . Acesso em: 25 de julho de 2023.

governamentais para modicidade tarifária não se apresentavam devidamente estruturadas, formalizadas ou institucionalizadas. Assim, o Tribunal de Contas da União qualificou como medidas pontuais e não coordenadas as até então adotadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), como, por exemplo, a Resolução 482/2012 da ANEEL, proferindo recomendação com base no art. 250, inc. III, do seu Regimento Interno[321].

Inegável, portanto, a discrepância entre o *self restraint speech* propagado pela Corte de Contas e a prática adotada pelo Tribunal em auditorias operacionais envolvendo agências reguladoras, intervindo o órgão de controle no aspecto regulatório.

5.3 Outras percepções práticas

Para além da análise de editais e contratos de concessões e auditorias operacionais, com destaque para a equiparação de recomendações a determinações, pode-se observar que o Tribunal de Contas da União atua como uma instância de revisão regulatória, intervindo na ordem institucional que organiza o regime regulatório brasileiro, bem como na própria estrutura e execução dos contratos de concessão.

A exemplo, o Acórdão nº 380/2018[322], de relatoria do Ministro Bruno Dantas, versou sobre Representação formulada a partir de denúncia, com pedido de cautelar, sobre indícios de irregularidade na Resolução Normativa da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) 1/2015[323], que disciplina requisitos para o afretamento de embarcação estrangeira.

Consoante o TCU, o normativo conteria exigência de requisitos não previstos na Lei nº 9.432/1997, a qual dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário

---

[321] O qual prevê que o TCU "recomendará a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações" (BRASIL. *Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.* 4 de dezembro de 2002. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/7B/17/AB/27/9E6D3810B4FE0FF7E18818A8/RITCU.pdf . Acesso em: 10 de janeiro de 2023).

[322] BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 380/2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A380%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 24 de julho de 2023.

[323] BRASIL. *Resolução Normativa da Agência Nacional de Transportes Aquaviários 1/2015*. 13 de fevereiro de 2015. Acesso em: https://www.abtp.org.br/upfiles/legislacao/Resolucao-Normativa-Antaq-1-de-2015.pdf . Acesso em: 26 de julho de 2023.

nacional, violando a livre concorrência no setor. Nesse sentido, decidiu a Corte de Contas pela suspensão dos efeitos da mencionada Resolução, em sede cautelar, concluindo que a agência reguladora normatizou matéria constitucionalmente reservada ao Poder Legislativo[324], assim como apontou que a norma traria repercussões negativas no mercado de navegação de cabotagem nacional.

O julgamento merece menção diante da posição contrária adotada pelo Plenário do TCU em relação à unidade técnica do órgão de controle, a qual havia opinado pena inexistência de *periculum in mora* e, por conseguinte, pela não concessão da medida acautelatória, além de entender que a ANTAQ não teria ultrapassado os limites de sua competência.

Além disso, no processo de representação, não houve exposição efetiva por parte do Plenário e nem da unidade técnica de qual seria o fundamento da competência do Tribunal de Contas para determinar a suspensão dos efeitos da norma[325], eis que o TCU estaria tratando dos limites do poder normativo da agência reguladora, controlando e afastando a sua criação normativa, como se detentor de jurisdição fosse.

Questiona-se, então, se o argumento de que a natureza jurídica de serviço público ou que eventual extrapolamento da competência normativa da agência reguladora tornaria a Corte de Contas apta ao controle de tal excesso, o que não nos parece previsto na Constituição Federal e nem na vigente legislação de regência.

---

[324] Conforme o Acórdão, “no entender da doutrina, a agência reguladora possui certa autonomia para, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo legislador, dispor, de maneira geral, sobre a ordenação do transporte aquático. Contudo, especificamente no tocante à matéria do parágrafo único do art. 178 em comento, que trata justamente da competência para estabelecer "as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras", o constituinte não deixou margem para tanto. A constituição foi taxativa ao determinar que apenas lei formal poderia dispor sobre essa matéria”. Nesse contexto, entendeu o Plenário que não poderia resolução da ANTAQ criar condições para o afretamento de embarcações estrangeiras além das já previstas pelo legislador ordinário na Lei nº 9.432/1997.

[325] De acordo com o Ministro relator: “De início, para que não pairem dívidas acerca da competência deste Tribunal para apreciar a questão posta nos autos, cabe ressaltar que, conforme enfatizado pelo ilustre Ministro Benjamin Zymler em sua declaração de voto, a natureza jurídica de serviço público atribuída ao transporte aquaviário, bem como o caráter de ato administrativo da outorga de autorizações de afretamento, "além de atrair a incidência do Direito Administrativo, coloca as questões tratadas nestes autos no âmbito da competência do TCU". Trata-se, pois, de justificativa genérica e inapta a indicar, no ordenamento pátrio, qual fundamento justificaria tal suspensão, tendo a Corte realizado verdadeiro controle de juridicidade.

Outrossim, válido destacar o Acórdão nº 3251/2020[326], de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, que diz respeito à Representação acerca da Deliberação da ANTT 315/2020, a qual autorizou a alteração da tarifa básica de pedágio (TBP) cobrada no complexo rodoviário nomeado Polo de Concessão Rodoviária Pelotas/RS, explorado por concessionária.

No julgado, acerca da suscitada incompetência do TCU para determinar a retificação da tarifa de pedágio, reproduzindo entendimento anterior do Tribunal[327], afirmou o relator que a Corte de Contas pode determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, "desde que esse ato viole o ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da economicidade da Administração Pública e da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos".

Dos julgados mencionados, evidencia-se que a interferência do Tribunal de Contas na atividade fim das agências reguladoras utiliza como justificativa, principalmente, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, valendo-se a Corte de uma leitura amplíssima de suas competências, com suporte nos princípios administrativos como subterfúgio.

Importante pesquisa foi realizada por Guilherme Afonso Dourado[328], o qual analisou decisões do Tribunal de Contas da União, com enfoque na abordagem atinente à regulação normativa envolvendo relatórios de auditoria, monitoramentos, representações, solicitações do Congresso Nacional, relatórios de acompanhamento, denúncias e processos de desestatização. Para tanto, adotou-se o intervalo compreendido entre 01 de setembro de 2014 e 01 de setembro de 2019, sendo analisados 130 acórdãos.

No universo selecionado, observou o autor que o relatório de auditoria corresponde a mais de um terço dos processos em que a atividade normativa das agências reguladores foi controlada, dado que justifica a escolha realizada na presente pesquisa para o item 4.2. Tal constatação é relevante por demonstrar que o

---

[326] BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 3251/2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3251%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 24 de julho de 2023.

[327] A exemplo do Acórdão nº 644/2016, de relatoria do Ministro Walton Rodrigues (BRASIL. TCU. Plenário. Acórdão nº 644/2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A644%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0 . Acesso em: 24 de julho de 2023).

[328] DOURADO, Guilherme Afonso. *O controle da função normativa das agências reguladoras pelo TCU. Uma análise pela perspectiva da legitimação da regulação normativa pelo processo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

controle sobre a atividade normativa decorre, majoritariamente, de iniciativa da própria Corte de Contas.

Ao verificar a relatoria dos casos em houve controle da criação normativa das agências reguladoras e se houve divergência ou ao menos aprimoramento do voto do relator pelos demais Ministros do TCU, observou-se a maior proeminência de determinados Ministros sobre outros[329] e que não há muito dissenso para a formação da decisão colegiada. Consoante investigação do autor, em 85,71% dos casos analisados houve o aceite integral da proposta de acórdão trazida pelo relator e o Ministro Bruno Dantas foi relator em 27,59% dos casos pesquisados.

Outro dado relevante diz respeito ao percentual de casos em que a proposta de encaminhamento da unidade técnica do Tribunal de Contas da União foi aceita pelo Plenário do órgão de controle externo, evidenciando a importância daquela para a formação do entendimento do colegiado. Em 71,43% dos casos analisados o Plenário seguiu rigorosamente a sugestão da unidade técnica e em 10,71% houve o aproveitamento parcial da sugestão.

Ademais, ANTAQ, ANTT e ANATEL foram as agências reguladoras cuja atividade normativa foi mais controlada pelo Tribunal de Contas, sendo ANA, ANVISA, ANS e ANAC as menos controladas[330].

À semelhança, no já mencionado Relatório de pesquisa bianual do Observatório do Controle da Administração Pública[331] — realizado em 2019 e que analisou o controle, de modo mais genérico, exercido pelo Tribunal de Contas em face das agências reguladoras — verificou-se que ANTAQ, ANTT, ANATEL e ANEEL foram as agências mais controladas. Logo, as agências reguladoras de infraestrutura ocupam os primeiros lugares em matéria de controle do TCU, inclusive sobre a

---

[329] Segue percentual de relatoria nos casos analisados por Guilherme Dourado e que envolveram o controle da criação normativa das agências reguladoras: Bruno Dantas (27,59%); Walton Alencar (13,79%); Raimundo Carreiro (13,79%); Augusto Nardes (13,79%); Benjamin Zymler (6,90%); José Múcio Monteiro (6,90%); Ana Arraes (6,90%); Vital do Rêgo (3,45%); Aroldo Cedraz (3,45%); Augusto Sherman (3,45%) (DOURADO, Guilherme Afonso. *O controle da função normativa das agências reguladoras pelo TCU. Uma análise pela perspectiva da legitimação da regulação normativa pelo processo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021).

[330] Na pesquisa, a ANTAC foi a agência reguladora mais controlada no tocante à atividade normativa, com o percentual de 28,57%, sendo seguida pela ANTT com 25% e pela ANATEL com 14,29%. A ANEEL foi controlada em 10,71% dos casos, a ANP em 7,14% e, igualmente em 3,57%, ANA, ANVISA, ANS e ANAC (DOURADO, Guilherme Afonso. *O controle da função normativa das agências reguladoras pelo TCU. Uma análise pela perspectiva da legitimação da regulação normativa pelo processo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021).

[331] PALMA, Juliana Bonacorsi; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MORENO, Maís (coord.). *Relatório de pesquisa bianual do Observatório do Controle da Administração Pública: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. USP – Faculdade de Direito, 2019.

regulação normativa, o que justifica a escolha feita no presente estudo para o item 4.1.

Da pesquisa em comento, observa-se também a pluralidade de posturas que o Tribunal de Contas da União adota em relação à atividade normativa propriamente dita das agências reguladoras, compreendendo as seguintes hipóteses: indicação de necessidade de criação de norma (64,29%); questionamento de resolução da agência (21%); deferência expressa à regulação normativa (7,14%); determinação de criação de norma e posterior questionamento acerca da norma criada (3,57%); indicação de necessidade de criação de norma e questionamento de resolução da agência reguladora (3,57%). Por fim, válido indicar a prevalência de determinações[332] como o comando mais recorrente da Corte de Contas às agências reguladoras.

A partir das observações empíricas de atuação do Tribunal em relação à regulação, resta inegável que, no diálogo entre o órgão de controle externo e as agências reguladoras, o TCU tem contrariado o atual arranjo de competências previsto na ordem jurídica, ultrapassando os limites da função controladora e, como nos casos suscitados, substituindo ou levando à substituição do poder de decisão do regulador. Notória, pois, a invasão de competências no tocante à discricionariedade da regulação, atribuição da agência reguladora que não pode ser realocada e nem substituída pelo controlador.

Em que pese parte considerável das decisões analisadas ter sido anterior à Lei nº 13.655/2018, que incluiu na LINDB os arts. 20 a 30 prevendo regras sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, incluindo a decisão de 2014 supramencionada que é tida como paradigma, nas decisões mais recentes não se observa alteração do posicionamento da Corte de Contas no sentido de abstenção de análise da discricionariedade reguladora.

Mais além, dos entendimentos selecionados exarados pelo Tribunal de Contas da União após o ano de 2018, até mesmo os posteriores à Nova Lei de Licitações e Contratos, depreende-se um fortalecimento do ativismo do controle externo, utilizando-se, inclusive, como subterfúgio as inovações trazidas na LINDB e na Lei nº

[332] No conjunto em análise, Guilherme Dourado constatou que houve determinação do TCU para a agência reguladora em 46,43% dos casos estudados, recomendação em 31,03% e ambos em 10,34% das decisões. Por fim, empatados com 3,35% de incidência, tem-se a inexistência de comando, a ordem de dar ciência e a simultaneidade de dar ciência, determinar e recomendar (DOURADO, Guilherme Afonso. *O controle da função normativa das agências reguladoras pelo TCU. Uma análise pela perspectiva da legitimação da regulação normativa pelo processo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021).

14.133/2021. Inegável, portanto, que tal interpretação dada pelo TCU foge à pretensão consequencialista de mudança de cultura que se vislumbra nas inovações legais contemporâneas.

6 CONCLUSÃO

Ab initio, examinou-se a posição do Estado no âmbito econômico, com destaque para as fases liberal, intervencionista e reguladora. Nesse sentido, destacaram-se a privatização, a liberalização e a desregulação como traços do Estado Regulador e a sua evolução em direção a um novo modelo regulatório, qual seja, a regulação independente.

Passou-se, então, a entender a ascensão do Estado Regulador no Brasil e o modelo brasileiro de agências reguladoras independentes, buscando-se compreender as inovações legislativas que levaram à autonomia política-administrativa, técnica, normativa, gerencial e orçamentário-financeira das agências reguladoras brasileiras, bem como os aspectos controvertidos que culminaram nos mecanismos de controle, em especial com relação ao Tribunal de Contas da União.

Em seguida, buscou-se compreender o modelo português, escolhido, sobretudo, em virtude das afinidades entre nossos direitos, decorrentes da família jurídica romano-germânica, e pela semelhante motivação que desencadeou o surgimento da regulação independente, isto é, a busca pela diminuição da atuação estatal.

No tocante ao Tribunal de Contas português, órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e integrante do Poder Judiciário, observou-se que o controle exercido em face das autoridades reguladoras independentes, que possuem natureza administrativa, vai além da fiscalização de legalidade e regularidade, incluindo a averiguação das circunstâncias e motivos que fundamentam a gestão administrativa e se esta representa ou não uma vantagem para o Estado.

É o que se verificou no visto emitido em sede de fiscalização prévia, o qual, apesar das divergências, possui natureza de ato materialmente jurisdicional e no exercício de uma função jurisdicional, e na realização de auditorias via fiscalização concomitante e sucessiva, ultrapassando-se a mera fiscalização de custos e adentrando, ainda que sob o argumento de verificação da economia, eficiência e eficácia, no mérito administrativo.

Exposto o modelo português, na busca de um paradigma estrangeiro, analisou-se a figura ímpar da Corte de Contas nacional, bem como a sua progressiva expansão de competências no ordenamento jurídico pátrio, com destaque para a sua Lei Orgânica, as inovações decorrentes da Constituição de 1988 e o seu Regimento

Interno. Da verificação legislativa, foram observados os diversos posicionamentos doutrinários acerca do controle exercido pelo TCU em face das agências.

Em seguida, ao tratar da autonomia do órgão controlador e da delimitação de sua competência, já expostas no plano legislativo, a partir da jurisprudência, doutrina interna e instruções normativas do Tribunal de Contas da União, verificou-se o fortalecimento institucional da Corte de Contas nos últimos anos e uma interpretação expansionista de suas competências, apesar da invocação abstrata de uma autolimitação. Como órgão de controle externo, a atuação do Tribunal de Contas da União tem impactado o arranjo institucional das agências reguladoras brasileiras, eis que a Corte invade a discricionariedade da regulação.

Com base nas observações empíricas de atuação do Tribunal em relação à regulação independente, restou inegável que, no diálogo entre o órgão de controle externo e as agências reguladoras, o TCU tem contrariado o atual arranjo de competências previsto na ordem jurídica, ultrapassando os limites da função controladora e, como nos casos suscitados, provocando, substituindo ou levando à substituição do poder de discricionariedade do regulador. Afinal, o Tribunal de Contas da União intervém na ordem institucional que organiza o regime regulatório brasileiro, atuando como uma instância de autorização e até mesmo revisão regulatória.

Em que pese a propagação de um discurso de controle de segunda ordem, a discrepância entre o *self restraint speech* suscitado pela Corte de Contas e a prática adotada pelo Tribunal em, por exemplo, auditorias operacionais envolvendo agências reguladoras, é discrepante, intervindo o órgão de controle no aspecto da discricionariedade da regulação.

Assim, a jurisprudência do TCU vem construindo uma competência sem previsão constitucional e legal, ratificando-a por meio da expedição de normativos pelo Tribunal. Para tanto, o Tribunal de Contas da União utiliza-se de uma concepção expansiva de suas competências previstas no ordenamento, à luz dos princípios da Administração Pública, sobretudo os da eficiência, da eficácia e da economicidade, bem como da utilização de conceitos jurídicos indeterminados, como, por exemplo, o interesse público.

Observa-se, portanto, que a Corte de Contas assume a função de metarregulador nacional, comprometendo o regime de autonomia das agências reguladoras através de uma sobrecarga do controle, que invade a discricionariedade regulatória e foge à pretensão consequencialista de mudança de cultura que se

vislumbra nas inovações legais contemporâneas, sobretudo nas alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, S. Privatização, mudança estrutural e regulação. *In FÓRUM NACIONAL. O DAY AFTER DA PRIVATIZAÇÃO DA INFRA-ESTRUTURA*, 1999.

AGUIAR, Simone Coêlho. *Origem e evolução dos tribunais de contas*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d90d801833a681b1 . Acesso em: 05 de janeiro de 2023.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*.

BALSDON, John Percy Vyvian Dacre. *O mundo romano.* Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Funções do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*. São Paulo: n. 72, out/dez, 1984.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira – 1891*. São Paulo: Saraiva, 1934.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras, Constituição, transformações do Estado e Legitimidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 229, p 285-311, jul/set 2002.

BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Número 3. Agosto-Setembro de 2005. Salvador.

BIRMANN, Isabel Ribeiro. O poder regulamentar das autoridades reguladoras independentes. Disponível em: https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/117299/2/301987.pdf . Acesso em: 06 dezembro de 2022.

BRAGA, André de Castro de Oliveira; BUCHBINDER, Felipe. *O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?* Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2927289 . Acesso em: 11 de junho de 2023.

BRITTO, Carlos Ayres. *O regime constitucional dos Tribunais de Contas.* Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 5, n. 47, p. 4933-4939, jan. 2005. Disponível em: https://dspace-novo.almg.gov.br/retrieve/102423/Carlos%20Britto.pdf . Acesso em: 07 de janeiro de 2023.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constiruição Federal anotada. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 62, n. 2, 1966. p. 47. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66514 Acesso em: 05 de janeiro de 2023.

CABRAL, Flávio Garcia. Como o Tribunal de Contas da União tem se comportado ao longo da Constituição de 1988. Flávio Garcia Cabral. A&C – *Revista de Direito Administrativo Constitucional*. Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 161-183, jul/set 2021

CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, v. 16, p. 215-257, jan/mar 2021.

CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro; IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Tribunal de Contas da União (TCU) e as Agências Reguladoras: limites e excessos da *accountability* horizontal. *Revista da CGU.* Brasília: vol. 13, nº 24, jul/dez 2021.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CAVALCANTE, Pedro; LOTTA, Gabriela S; DE OLIVEIRA, Vanessa Elias. Do insulamento burocrático à governança democrática: as transformações institucionais e a burocracia no Brasil. *Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas*. Brasília: IPEA: ENAP, 2018.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervencion administrativa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 219, jan./mar. 2000.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva da densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da legalidade: da dogmática à teoria do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CITADINI, Antônio Roque. *O Controle Externo da Administração Pública*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1995.

COSTA, Paulo Nogueira. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*. 2. ed. Lisboa: Petrony Editora, 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões dos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 166, outubro/dezembro de 1986.

DAVID, René*. Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* Trad. Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1972.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil*. São Paulo: Editora Dialética, 2006.

DOURADO, Guilherme Afonso. *O controle da função normativa das agências reguladoras pelo TCU. Uma análise pela perspectiva da legitimação da regulação normativa pelo processo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O Soberano da Regulação: o TCU e a Infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Administrative Procedure Act.* Disponível em: https://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure . Acesso em: 10 de outubro de 2022.

FELIZARDO, Andreia de Oliveira. *A ação de fiscalização prévia do Tribunal de contas. A recusa de visto e os seus efeitos na prestação de serviços essenciais*. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/92713/1/Dissertação_AndreiaFelizardo.pdf . Acesso em: 02 dezembro de 2022.

FERREIRA, PINTO. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANÇA. *Constitution française*. 4 de outubro de 1958.Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/ . Acesso em 13 de novembro de 2022.

FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGEILSON, Bruno. *Regulação e novas tecnologias*. Belo horizonte: Fórum, 2017.

GENTOT, Michel. *Les autorités administratives indépendantes.* Paris: Montchrestien, 1994.

GOMES, Marcelo Barros; WANDERLEY, Maurício de Albuquerque; COUTINHO, Maria do Amparo.10 anos de controle externo da regula..o de serviços públicos. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008

GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2021.

GONZÁLEZ, Rosa María Gómez. *Potestad Administrativa Sancionadora*. *Límites y mecanismos de control.* Prólogo de Alejandro Nieto. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out/dez 2014.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 62.

JORDÃO, Eduardo. Quais os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras? *Direito do Estado*, n. 476, 2021. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/eduardo-ferreira-jordao/quais-os-limites-das-competencias-do-tcu-sobre-as-agencias-reguladoras#:~:text=A%20resposta%20mais%20óbvia%20a,na%20Constituição%20e%20nas%20leis. Acesso em: 22 de junho de 2023.

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

LABRIOLA, Silvano. *Le autorità indipendenti*. Milão: Giuffrè Editore, 2000.

LIMA, Diogo Uehbe. *Competências cautelares do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

LOUREIRO, João. Adeus ao Estado social? O insustentável peso do não-ter. *In*: *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos".* 1. ed. Coimbra Editora, 2010.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. *Revista do Serviço Público.* Ano 50, número 1, Jan-Mar, 1999.

MAJONE, Giandomenico. From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. Jornal of Public Plicy. Vol. 17, Maio-Agost. 1997.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo TCU. *Revista de Direito Administrativo*, v. 278, n. 2, p. 37-70, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 120, pp. 203-236, jan/jun 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Véras de. Decisão do Tribunal de Contas da União consagra "indeferencia" à regulação. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-ago-17/opiniao-decisao-tcu-consagra-indeferencia-regulacao . Acesso em: 30 de junho de 2023.

MARTINS, Guilherme d'Oliveira *et al*. *A Lei de Enquadramento Orçamental – Anotada e comentada*. Almedina, 2007.

MARTINS, Ives da Silva. *As Cortes de Contas são instituições permanentes de impossível extinção nos termos da Constituição Federal – sua competência é imodificável por legislação infraconstitucional*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal.* São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTÍNEZ, Maria Salvador. *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España.* Ed. Ariel: Barcelona, 2002.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MCKEAN, Roland N. The Unseen Hand in Government*. American Economic Review*, 1965.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, António Barbosa de. *Direito Constitucional e Administrativo, Direito Público da Banca, dos Valores Mobiliários e dos Seguros, Sumários e Notas*. Coimbra: Instituto de Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010, p. 29-31.

MELO, Thiago Dellazari. *A "captura" das Agências Reguladoras: Uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador.* Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Tribunais de Contas – Natureza, alcance e efeitos de suas funções,*Revista de Direito Público*, ano 18, nº 73, janeiro/março de 1985.

MENEZES, Monique. O controle externo do Legislativo: uma análise comparada entre Argentina, Brasil e Chile. *Revista do Serviço Público Brasília*. abr/jun 2015.

MERUSI, Fabio. Las administraciones independientes. In El Derecho Administrativo em Itália: tendências actuales (II). *Documentación Administrativa*. Instituto Nacional de Administración Pública, 1998.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências Reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da

Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (Org.) *Direito da Infraestrutura*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAIS, Carlos Blanco de. As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa. *Revista da Ordem dos Advogados*. A. 61. nº 1. 2001, p. 101-154.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovas, 2001.

MOREIRA, Vital. Serviço público e concorrência. A regulação do setor elétrico. In COSTA, Almeira. SOARES, Ehrhardt. et al. *Os caminhos da privatização da Administração Pública*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MOURA E CASTRO, Flávio Régis Xavier de. O novo Tribunal de Contas: visão sistêmica das leis orgânicas dos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios do Brasil. *Revista de Contas do Estado de Minas Gerais*, n. 10, ano 1. Belo horizonte, p. 127-166, 1983.

NAVARRO, Karlos; GARCÍA, Miguel Sendín. Los mercados regulados de servicios públicos. In RUIZ, Jorge Fernandéz (Coord.). *Derecho administrativo global*. México – D.F.: Editorial Porrúa, 2013.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *A função normativa das agências reguladoras no Direito brasileiro e seus limites.* Belo Horizonte: Interesse Público, v. 109, 2018.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro. Paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Direito Administrativo Contemporâneo – Temas Fundamentais*. São Paulo: Jus podivm, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Há uma discricionariedade técnica? *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, v. 26, p. 107-148, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O controle jurisdicional da função normativa das agências reguladoras. Ebook*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

NÓBREGA, Marcos Antônio Rios. *Direito da Infraestrutura*. 1ª Ed. São Paulo: Editora *Quartier Latin*, 2011.

OLIVEIRA, Anderson Márcio. *Intervenção regulatória do TCU: uma avaliação empírica nos processos de concessão da ANTT, ANTAQ e ANAC*. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19724 . Acesso em: 15 de julho de 2023

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua recepção pelo Direito Brasileiro*. *Revista da EMERJ*, v. 12, nº 47, 2009.

O'DONNELL, Guilhermo. Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desonfianza política. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 11, p. 11-31, out. 2004.

ODETE, Medauar. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

ORTEGA, Ricardo Rivero. *Derecho administrativo económico.* 5ª Ed. Madri: Marcial Pons, 2009.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Princípios de derecho público económico (Modelo de Estado, gestión pública e regulación económica).* Granada: Editorial Comares, 2001.

OTERO, Paulo. *Conceito e fundamento da Hierarquia Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

PALMA, Juliana Bonacorsi; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MORENO, Maís (coord.). *Relatório de pesquisa bianual do Observatório do Controle da Administração Pública: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. USP – Faculdade de Direito, 2019.

PECI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. Governança e new public management: convergências e contradições no contexto brasileiro. *Organizações & Sociedade.* Salvador, v. 15, n. 46, Set. de 2008.

PESSOA, Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula. Tribunais de Contas: origem, evolução e natureza do controle financeiro. *Revista Controle – Tribunal de Contas do Estado do Ceará*. dez/2015, p. 28-44.

PEREIRA, Gustavo Leonardo. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?* Dissertação (Mestrado em Direito) – FGV Direito, São Paulo, 2019.

PINTO JR., Helder Queiroz; BORGES, Heloísa Lopes. Autonomia e controle externo das agências de regulação no Brasil: uma abordagem das relações inter-

institucionais. I*X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Madrid, España, 2 – 5 nov. 200.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. 2 de abril de 1976. Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso em: 20 de novembro de 2022.

PORTUGAL. *Lei nº 98/97*. 26 de agosto de 1997. Disponível em https://dre.pt/dre/detalhe/lei/98-1997-193663. Acesso em: 24 de novembro de 2022).

PORTUGAL. *Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo*. 28 de agosto de 2013. Disponível em: https://dre.pt/dre/detalhe/lei/67-2013-499499 . Acesso em: 09 dezembro de 2022.

RAMIRO, Mónica Arenas. Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España - Reseña Bibliográfica. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 24. Núm. 70. Enero-Abril 2004.

ROCHA, Carlos Alexandre Amorim. *O Modelo de Controle Externo Exercido pelos Tribunais de Contas e as Proposições Legislativas sobre o Tema*. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/156/41.pdf?sequence=4 . Acesso em: 16 de novembro de 2022.

ROCHA, Joaquim Freitas da. *Direito da Despesa Pública*. Coimbra: Almedina, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Segurança jurídica e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Fragmentos para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento***.** São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, v. 241, jul./set. 200.

RODRIGUES, Walton Alencar. *O controle da regulação no Brasil*. O TCU e o controle das agências reguladoras. Palestra proferida no seminário “O Controle das Agências Reguladoras”, realizado em Brasília, em novembro/2003.

ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

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

SABENÇA, Sandro Zachariades. *O TCU e o controle operacional das agências reguladoras: uma análise empírica*. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28761 . Acesso em: 22 de julho de 2023

SALAMA, Bruno Meyerhof. BARRIONUEVO, Arthur (Coord.). *Nomeação de dirigentes das agências reguladoras: um estudo descritivo*. Grupo das relações entre Estado e empresa privada. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016.

SANTOS, Jair Lima. Tribunal de Contas da União e controle estatal e social da Administração Pública. *Revista do TCU*. Brasília, v. 33, n. 94, out/dez 2002

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

SILVA, Fernando Oliveira. *A regulação dos contratos públicos. Modelo para uma autoridade reguladora. Ebook*. Lisboa: Almedina, 2016.

SILVA FILHO, João Antônio da. *Tribunais de Contas no Estado Democrático e os desafios do controle externo*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

SILVA, João Nuno Cruz Matos da. *Agências de regulação da União Europeia*. Coimbra: Editora Gestlegal, 2017.

SILVA FILHO, João Antônio da. *Tribunais de Contas no Estado Democrático e os desafios do controle externo*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas*: Controle Externo das Contas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2014.

SIMÕES, Edson. “Tribunais de Contas Municipais” ou Tribunais de Contas dos Municípios e Municipais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; GODOY, Mayr. (Coords.) *Tratado de Direito municipal* – vol 2. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações.* Nova York: Bantam Classics, 2003.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. A natureza jurídica do Tribunal de Contas da União. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 33, n. 132, out/dez 1996.

SOUZA, Alfredo José de. *Os Tribunais de Contas e o Sistema de controlo interno: o Sistema nacional de controlo financeiro em Portugal*. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi-8LiL7438AhUeILkGHcA-DygQFnoECBcQAQ&url=https%3A%2F%2Frevista.tcu.gov.br%2Fojs%2Findex.php%2FRTCU%2Farticle%2Fview%2F1038%2F1093&usg=AOvVaw10Px-du-T_Ul3J8oRxHZUu . Acesso em: 05 dezembro de 2022.

SOUSA, Domingos Pereira de. *Finanças públicas e Direito Financeiro. Livro II - As Despesas Publicas. Os impostos. A Dívida pública e as Políticas financeiras.* Lisboa: Quid Juris, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. O Tribunal de Contas da União e a regulação. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). *Novos rumos para o*

Direito Público: reflexões em homenagem à Professor Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

TAVARES, José Fernandes Farinha. *Estudos de Administração e Finanças Públicas*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

TAVARES, José Fernandes Farinha. *O Tribunal de Contas*. Coimbra: Almedina, 1998.

TAVARES, José Fernandes Farinha. Os contratos públicos e a sua fiscalização pelo Tribunal de Contas. In: *Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Cedibre, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS PORTUGUÊS. 1ª Secção. Acórdão nº 06/2015. Rel. Cons. Alberto Fernandes Brás. 24 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2015/ac006-2015-1spl.pdf . Acesso em: 30 de novembro de 2022.

TRIBUNAL DE CONTAS PORTUGUÊS. 1ª Secção. Acórdão nº 08/2018. Rel. Cons. Fernando Oliveira Silva. 2 de maio de 2018. Disponível em: https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2018/ac008-2018-1spl.pdf . Acesso em: 24 de novembro de 2022.

TRIBUNAL DE CONTAS PORTUGUÊS. 1ª Secção. Acórdão nº 27/2018. Rel. Cons. Paulo Dá Mesquita. 30 de outubro de 2018. Disponível em: https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2018/ac027-2018-1spl.pdf. Acesso em: 2 de dezembro de 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Tribunal de Contas e o controle da legalidade. economicidade e legitimidade. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal.* v. 31, n. 121, p. 265-271, jan/mar 1994.

VALENTE, Patrícia Pessôa. *Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

VALENTE, Patrícia Rodrigues Pêssoa. *A qualidade da regulação estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 241. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16052016-164903/pt-br.php/.Acessoem: 10 de janeiro de 2023.

VIENA. INTOSAI*. ISSAI 100 - Princípios fundamentais de auditoria do setor público*. Disponível em: https://www.tcees.tc.br/wp-content/uploads/njs/publicacoes/Normas-Internacionais-das-Entidades-Fiscalizadoras-Superiores-ISSAI.pdf . Acesso em: 18 de janeiro de 2023.

VIENA. INTOSAI. *ISSAI 300 - Princípios fundamentais de auditoria operacional*. Disponível em: https://www.tcees.tc.br/wp-content/uploads/njs/publicacoes/Normas-Internacionais-das-Entidades-Fiscalizadoras-Superiores-ISSAI.pdf . Acesso em: 18 de janeiro de 2023.

VIENA. INTOSAI. *ISSAI 3000 – Norma para auditoria operacional*. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/54/04/AD/3A/C1DEF610F5680BF6F18818A8/ISSAI_3000_norma_auditoria_operacional.pdf . Acesso em: 23 de janeiro de 2023.

WILLEMAN, Flávio de Araújo. Tribunais de Contas e o Controle das Agências Reguladoras: um diálogo possível para o fortalecimento da Justiça Administrativa à Luz da Lei Federal nº 13.848/2019. *Revista EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 286-310, set/dez 2020.

WILLEMAN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ZYMLER, Benjamin. *O controle das agências reguladoras pelo TCU*. Disponível em: https://portal.jmlgrupo.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=202 . Acesso em 20 de julho de 2023

ZYMLER, Benjamin. *O papel do Tribunal de Contas da União no controle das Agências Reguladoras*. Palestra proferida no seminário “O Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos”, realizado em Brasília, em outubro/2001. Brasília: TCU, 2002.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas.* Belo horizonte: Editora fórum, 2005.