

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

MARCO AURÉLIO MARQUES DE QUEIROZ

**O Princípio Constitucional da Legalidade Administrativa
e os Limites do Controle das Atividades-Fim das Agências
Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União**

**NATAL
2010**

MARCO AURÉLIO MARQUES DE QUEIROZ

O Princípio Constitucional da Legalidade Administrativa
e os Limites do Controle das Atividades-Fim das Agências
Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Vladimir da Rocha França

NATAL
2010

Catálogo da Publicação na Fonte.
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Queiroz, Marco Aurélio Marques de.

O princípio constitucional da legalidade administrativa e os limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União / Marco Aurélio Marques de Queiroz. - Natal, RN, 2010.

297 f.

Orientador: Prof. Dr. Vladimir da Rocha França.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Direito - Dissertação. 2. Legalidade administrativa – Princípio constitucional - Dissertação. 3. Agências reguladoras - Dissertação. 4. Discricionariedade administrativa – Dissertação. I. França, Vladimir da Rocha. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 342(043.3)

MARCO AURÉLIO MARQUES DE QUEIROZ

O Princípio Constitucional da Legalidade Administrativa
e os Limites do Controle das Atividades-Fim das Agências
Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
graduação em Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Norte, como requisito para a
obtenção do título de Mestre em Direito

Aprovado em: __/__/__.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Vladimir da Rocha França (orientador)

UFRN

Prof. Doutor João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira (externo)

UFPE

Prof. Doutor Otacílio dos Santos Silveira Neto (interno)

UFRN

A todos os agentes públicos que lutam pelo respeito aos princípios constitucionais da Administração.

Meus agradecimentos a meu pai, Clóvis, pelo exemplo de perseverança e seriedade; a minha mãe, Mirian, pela eterna torcida; a minha irmã, Fernanda, pelos novos paradigmas acadêmicos que implantou em nossa família; a minha esposa, Nilda, e a meu filho, Ângelo, pela paciência por minhas ausências e eternos estudos; ao colega do TCU Francisco Giusepe, pelo apoio e auxílio recebidos; aos demais servidores do Tribunal, pela cordialidade com que fui sempre atendido; ao TCU, pelas condições propiciadas para a realização deste trabalho; a meu orientador, Professor Vladimir, pela boa vontade, compreensão e objetividade; e a Deus, fonte de inspiração dos grandes princípios da vida e do Direito.

RESUMO

Análise do papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras, com o objetivo de apontar os limites da atuação do TCU sobre as atividades-fim das agências, particularmente os limites do Tribunal sobre o mérito dos atos administrativos discricionários, levando em conta a autonomia dessas entidades no modelo de Estado regulatório. Examina o princípio da legalidade administrativa, o controle da Administração Pública, a atuação do Estado perante a economia e as agências reguladoras, seu surgimento, evolução e características. Compreende o estudo das divergências jurisprudenciais e doutrinárias quanto aos limites da competência conferida pelo legislador constituinte à Corte de Contas Federal, quanto ao controle das atividades-fim das agências, ou seja, quanto à sua missão reguladora e fiscalizadora do mercado, à luz do princípio constitucional da legalidade administrativa. Realiza a análise tendo por base estudo de casos concretos envolvendo fiscalizações do TCU sobre as agências reguladoras. São apreciadas as divergências no seio do Tribunal quanto aos efeitos a imprimir às suas decisões – impositivos ou não – a respeito das medidas a serem adotadas pelas agências reguladoras para corrigir as falhas e omissões encontradas durante as fiscalizações do TCU, em cujo conteúdo do ato do agente público, apesar de seu caráter técnico, também possa haver critério de conveniência e oportunidade.

Palavras-chave: Controle. Legalidade. Discricionariedade.

ABSTRACT

Analysis of the role of the Union Accounts Court on the control of regulatory agencies, with the objective of identifying the limits of the Institution's acting on the aim activities of the agencies, particularly the control limits of the Court on the merits of discretionary administrative actions, taking into account the autonomy of these entities in the model of regulatory state. Analyzes the principle of administrative legality, the control of public administration, state's action in the economy and facing regulatory agencies, their emergence, evolution and characteristics. Includes the study of jurisprudence and doctrinal differences, as for the limits of the powers conferred by the constitutional legislator to Federal Court of Audit, regarding the control of agencies' aim activities, or, in other terms, their regulatory and inspector missions of market, under the principle of administrative legality. Performs analysis, based on case studies involving Court's audits on regulatory agencies. Are appreciated differences within the Institution about the their decisions' effects - imposed or not - as regards the arrangements to be adopted by regulatory agencies to correct the flaws and omissions found during Court's inspections, in which content of the act of public agent, despite their technical nature, can happen the criterion of convenience and opportunity.

Keywords: Control. Legality. Discretionarity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.....	13
2.1 CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	13
2.2 NOÇÃO GERAL SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	18
2.3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.....	25
2.3.1 A Evolução do Princípio da Legalidade Administrativa.....	25
2.3.1.1 O princípio da Legalidade Administrativa no Estado Liberal de Direito.....	25
2.3.1.2 O Princípio da Legalidade Administrativa no Estado Social de Direito.....	28
2.3.1.3 O Princípio da Legalidade Administrativa no Estado Democrático de Direito.....	32
2.3.1.4 O Princípio da Legalidade Administrativa no Período Atual.....	37
2.3.2 A Delegação Legislativa.....	54
2.3.3 Regulamentação e Regulação.....	72
3. O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PODER LEGISLATIVO COM O AUXÍLIO DO TCU.....	79
3.1 DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO.....	79
3.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	84
3.3 O CONTROLE COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO E DA DEMOCRACIA.....	87
3.4 TIPOLOGIA DOS CONTROLES.....	91
3.4.1 Controle Interno.....	92
3.4.2 Controle Externo.....	94
3.4.2.1 Controle Parlamentar Direto.....	95
3.4.2.2 Controle Exercido pelo Tribunal de Contas.....	97
3.4.2.3 Controle Jurisdicional.....	97
3.5 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.....	99
3.5.1 Os Órgãos Precusores dos Tribunais de Contas no Brasil: da Colônia à República.....	99
3.5.2 A Constituição de 1891 e a Criação do Tribunal de Contas.....	101
3.5.3 O Tribunal de Contas na Constituição de 1934.....	103

3.5.4 O Tribunal de Contas na Constituição de 1937.....	105
3.5.5 O Tribunal de Contas na Constituição de 1946.....	105
3.5.6 O Tribunal de Contas na Constituição de 1967.....	106
3.5.7 O Tribunal de Contas na Constituição de 1988.....	108
3.6 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.....	111
3.6.1 Natureza Jurídica e Atribuições do TCU.....	111
3.6.1.1 Natureza Jurídica do TCU.....	111
3.6.1.2 Atribuições do TCU.....	113
3.6.2 A Natureza Jurídica das Decisões do TCU e seus Efeitos.....	116
4. O ESTADO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	122
4.1 EVOLUÇÃO DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA.....	122
4.2 ORIGENS E FUNÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	126
4.3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....	130
4.4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS MODERNAS E SUA TOPOLOGIA.....	139
4.5 CARACTERÍSTICAS E ATRIBUIÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.....	142
4.5.1 Características.....	142
4.5.2 Atribuições.....	144
4.6 A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS.....	146
5. AS ATIVIDADES-FIM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E OS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS.....	151
5.1 AS ATIVIDADES-FIM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	151
5.2 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.....	161
5.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.....	173
5.4 DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.....	182

5.5 CONCEITOS VAGOS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.....	185
6. O CONTROLE SOBRE AS ATIVIDADES-FIM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	191
6.1 AS DIRETRIZES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI).....	191
6.2 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA.....	197
6.2.1 O Reino Unido.....	197
6.2.2 Os Estados Unidos da América.....	199
6.2.3 O Canadá.....	201
6.2.4 Portugal.....	203
6.2.5 A Argentina.....	206
6.3 O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TCU.....	210
6.4 AS DIVERGÊNCIAS DE POSICIONAMENTO QUANTO AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA DO TCU.....	216
6.5 O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO JUDICIÁRIO.....	222
6.6 O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TCU.....	225
6.7 AS FISCALIZAÇÕES DO TCU SOBRE AS ATIVIDADES-FIM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	228
6.8 AS CONCEPÇÕES NO TCU QUANTO AOS LIMITES DO CONTROLE DAS ATIVIDADES-FIM DAS AGÊNCIAS PELO TRIBUNAL E SUA ANÁLISE CONFORME O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.....	234
7. CONCLUSÃO.....	255
8. REFERÊNCIAS.....	264
9. ANEXOS.....	274
9.1 ANEXO A - INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 27, DE 2 DE DEZEMBRO DE 1998..	274
9.2 ANEXO B - INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 43, DE 03 DE JULHO DE 2002.....	282
9.3 ANEXO C - INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 46, DE 25 DE AGOSTO DE 2004.....	290

1. INTRODUÇÃO

Qual brasileiro hoje não está preocupado com a oferta de energia elétrica, com o valor das tarifas, com a qualidade das estradas, com o preço dos pedágios, com a qualidade e segurança dos serviços aéreos e aeroportuários, com os serviços prestados pelas empresas de telefonia? Nesse contexto, o funcionamento das agências reguladoras para vida do País é de grande importância, dentro do modelo de Estado implantado no Brasil a partir de meados da década de 1990.

Por atribuição constitucional, ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), cabe o controle externo na Administração Pública Federal, constituída pelos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, aí incluídas as agências reguladoras federais. Para tal mister, cabe ao TCU realizar fiscalizações contábeis, financeiras, orçamentárias, operacionais e patrimoniais nos referidos entes.

Ante a autonomia conferida pelas leis de criação das agências reguladoras, alçadas ao patamar de autarquias especiais, caracterizadas por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandatos fixos e estabilidade de seus dirigentes, bem como autonomia financeira, estabelecer os limites do controle a ser exercido pelo TCU sobre as atividades-fim dessas agências é tarefa essencial, embora complexa, tendo em vista evitar a descaracterização da missão de órgãos reguladores para a qual foram criadas.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo, com foco na esfera federal, investigar o alcance da competência do Tribunal de Contas da União no controle dos atos discricionários das agências reguladoras ligados à sua atividade-fim e identificar os limites da atuação do Órgão de Controle Externo, à luz do princípio constitucional da legalidade administrativa.

Para alcançar o objetivo proposto dividiu-se o trabalho em capítulos, entre os quais, primeiramente, estudou-se o princípio constitucional da legalidade administrativa, em que se

destaca a evolução do referido princípio ao longo do tempo, bem como os polêmicos temas da delegação legislativa, regulamentação e regulação.

Em seguida, abordou-se o controle externo da Administração Pública, enfocando a importância do controle das funções estatais na democracia, tipos de controle, histórico e regime constitucional do TCU.

Logo depois, tratou-se do Estado e as agências reguladoras, ressaltando-se a evolução da intervenção estatal na economia, as origens e as funções dos entes reguladores; bem como das agências reguladoras brasileiras, frisando suas características e atribuições.

Em seguida, adentrou-se no tema das atividades-fim das agências e os atos administrativos discricionários, sob a ótica do princípio da legalidade administrativa, oportunidade em que se destacou a análise do poder normativo dos entes reguladores, a discricionariedade técnica e os conceitos jurídicos vagos.

Depois, apreciou-se o controle das atividades finalísticas das agências, destacando-se as atividades realizadas pelo TCU; as divergências quanto aos limites de sua competência; a atuação do Judiciário; bem como, baseando-se em fiscalizações realizadas pelo Tribunal, foram expostas e analisadas as diferenças de concepção entre os membros do TCU quanto aos limites do controle do Tribunal sobre as atividades-fim das agências.

Espera-se que o trabalho seja do agrado do leitor, o tema é atual e instigante. Junta-se a ele o sempre polêmico tema do controle da discricionariedade administrativa, agora sob a ótica do dito Estado regulador, tendo como base da interpretação os princípios jurídicos, mas particularmente o da legalidade administrativa.

2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Os princípios jurídicos são os alicerces, as fontes que retratam os principais valores e objetivos que norteiam o Direito.

São eles normas jurídicas, ocupantes de posição hierárquica privilegiada, de onde exercem grande influência no ordenamento.

Neles estão expressos o ideário, os fins, os limites, as balizas, seja de todo o Direito, seja de seus ramos.

De antiga fonte subsidiária nos Códigos¹, passaram os princípios gerais a ocupar, nas Constituições promulgadas desde a segunda metade do século XX em diante, a fonte primária de normatividade, corporificando, ao mesmo tempo, os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional.²

Têm os princípios jurídicos a marca da estabilidade, da segurança, frente à relativa instabilidade das regras jurídicas, as quais podem ser mudadas ao alvedrio do legislador. Isso por conterem eles toda uma experiência de conquistas sociais acumuladas ao longo dos tempos, fruto das lutas do povo, dos grupos sociais, dos pensadores, dos operadores do Direito.

Robert Alexy ressalta que tanto as regras como os princípios jurídicos são normas, tendo em vista que ambos dizem o que deve ser. Destaca que os dois podem ser formulados mediante expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Segundo ele, os

¹ O superado papel secundário dos princípios jurídicos está retratado na Lei de Introdução do Código Civil, de 1942, ao dispor em seu art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Àquela época, os princípios não eram considerados normas jurídicas, mas fonte integradora do Direito, em caso de lacuna. De tão subsidiário era o seu papel, que, mesmo como instrumento integrador, vinham atrás da analogia e dos costumes (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203-204).

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 254.

princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, embora de espécie bastante diferente. Assim, afirma que a distinção entre regras e princípios é, então, uma distinção entre duas espécies de norma.³

Fazendo-se uma breve distinção entre os princípios e as regras jurídicas, ambos pertencentes ao gênero normas jurídicas, pode-se afirmar, segundo Luís Roberto Barroso, que:⁴

a) quanto ao conteúdo, os princípios identificam as decisões políticas fundamentais (República, Estado Democrático de Direito, Federação etc.), valores (dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, estabilidade, moralidade etc.), ou fins públicos a serem realizados (desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, busca do pleno emprego, eficiência etc.). Já as regras jurídicas, ao contrário, são comandos objetivos, são prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição, uma permissão. Não remetem a valores ou fins públicos porque são a concretização dos princípios;

b) quanto à estrutura normativa, os princípios apontam para estados ideais a serem buscados, embora não descrevam de maneira objetiva a conduta a ser seguida. Há muitas formas de respeitar o princípio da dignidade humana, de alcançar a eficiência administrativa etc. É marca singular dos princípios a indeterminação de sentido a partir de certo ponto, assim como a existência de diferentes meios para a sua realização. Já com as regras ocorre o contrário, são descritivas de comportamentos, cabendo menor grau de ingerência do intérprete na atribuição de sentido aos seus termos e na identificação de suas hipóteses de aplicação. Em resumo, os princípios são normas eminentemente finalísticas, enquanto as regras são normas predominantemente descritivas;

³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 205-208.

c) relativamente ao modo de aplicação, enquanto as regras são aplicadas na modalidade *tudo ou nada*, ou seja, caso ocorrendo o fato descrito, deverá incidir, e em caso de não ser feita a sua aplicação à hipótese de incidência, estará a regra sendo violada, não havendo, assim, maior margem de manobra ou valoração para o intérprete. Já os princípios, ao contrário das regras, não são aplicados na modalidade *tudo ou nada*, mas na hipótese de haver princípios apontando em direções diversas [situação natural em uma Constituição que expressa as vontades e interesses de diferentes classes sociais e econômicas] são eles aplicados levando-se em conta a dimensão do peso que assumem na situação específica. Nesse caso, cabe ao interprete, em havendo choque de princípios, proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não à subsunção do fato a uma norma específica.⁵

Ao adentrar-se no estudo do Direito, ou em um de seus ramos, primeiramente, se faz necessário conhecer a princiologia que os rege, pois que ali está estabelecida a concepção que deve guiar as regras jurídicas.

Desrespeitar-se uma regra não chega a ter a gravidade da inobservância de um princípio jurídico, pois se a regra jurídica prima pela especificidade do direcionamento imposto, o princípio jurídico estabelece o ideário, a matriz axiológica, onde estão retratadas as aspirações espirituais, imateriais, do Direito como instrumento para se conquistar a justiça.

Em que pese sua grande carga valorativa, tem o aplicador do Direito o dever de tentar concretizar, em cada situação que se lhe apresenta, os princípios jurídicos aplicáveis ao caso, sob pena de, não o fazendo, estar olvidando a concepção jurídico-filosófica que rege o Direito ou o ramo jurídico em que se enquadra a questão.

⁵ A respeito dos princípios jurídicos e do eventual choque entre eles, Humberto Ávila afirma que os princípios são instrumentos de garantia da justiça individual, considerando que têm por objetivo deixar aberta a solução para um conflito de interesses a ser objeto de uma decisão, por parte do aplicador. Esse procede por meio da consideração das razões privilegiadas pelos princípios que concretamente entrarem em conflito. Em face disso, a sua aplicação deve obedecer a critérios bastante específicos, com o objetivo de diminuir, atenuar a arbitrariedade, mediante a introdução de estruturas argumentativas intersubjetivamente controláveis. ÁVILA, Humberto Bergmann. Regra-Matriz versus princípios. In: SCHOUERI, Luis Eduardo. (Org.). **Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. 1 ed. v. 1., São Paulo: Quartier Latin, p. 67-77, 2008, p. 73.

A respeito da concretização dos princípios, Humberto Ávila declara que para a realização ou preservação de um estado ideal de coisas visado por eles são necessários determinados comportamentos. Nesse sentido, afirma que, para a efetivação de um estado de lealdade e boa-fé, é preciso cumprir o que foi prometido. Para que seja realizado um estado de seriedade, é essencial agir por motivos sérios. Para concretizar uma situação de zelo, faz-se preciso colaborar com o administrado e informá-lo de seus direitos e dos instrumentos de como protegê-los. Para fazer concretizar um estado em que prepondere a sinceridade, é fundamental falar a verdade. Para que seja garantida a motivação, é necessário expressar por que se age. Em resumo, afirma que, sem tais comportamentos, não se contribui para a existência de estados de coisas postos como ideais pela norma, e, por consequência, não se atinge não se atinge um fim. Ou seja, não se concretizam os princípios.⁶

O dever de concretizar os princípios por meio de sua aplicação, dando-lhes a necessária eficácia normativa já está consolidado nos arestos das Cortes Supremas do constitucionalismo contemporâneo. Esse posicionamento revela tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas chaves de todo o sistema jurídico. Observe-se ainda que já de há muito se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, por meio do qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições, em seus valores reverenciais, objetivos básicos e em princípios cardeais.⁷

Nesse sentido, mesmo na temática das agências reguladoras, em sua contemporaneidade no Direito brasileiro, não se dispensa que as questões sobre análise sejam estudadas e aplicadas à luz dos princípios jurídicos. Isso porque, ao se inserirem as agências no âmbito da Administração Pública, jamais se poderia interpretar a matéria desvinculadamente da principiologia jurídica que a rege.

⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78-79.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 257.

Vale destacar que se aplicam às agências todos os princípios, explícitos e implícitos, que vinculam a Administração Pública. Claro que citar todos eles seria tarefa de grande envergadura, certamente sem sucesso, considerando estarem as normas principiológicas espaçadas tanto no âmbito da Constituição, como na legislação infraconstitucional. Nesse sentido, cabe serem destacados os mais importantes.

Iniciando-se pelos elencados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, lá estão insculpidos os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.⁸

Passando-se pelo art. 5º da Lei Maior, ressaltam-se os princípios do devido processo legal (inciso LIV); da ampla defesa e do contraditório (inciso LV); do controle judicial dos atos administrativos (inciso XXXV) e, no art. 37, § 6º, destaca-se o da responsabilidade do Estado por atos administrativos.

Aplicam-se também às agências reguladoras os princípios da legitimidade, face à presunção de legalidade de seus atos; da especialidade; do controle ou tutela; da autotutela; da hierarquia e da continuidade do serviço público.

Ainda se aplicam às agências os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, interesse público, previstos no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29/01/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal.

Elencados os mais importantes princípios aplicáveis às agências reguladoras, vale destacar que o caráter aberto das normas constitucionais e dos princípios permite que a cada

⁸ Segundo Vladimir da Rocha França, os princípios constitucionais possuem força de norma jurídica e são normas jurídicas. São normas constitucionais hierarquicamente privilegiadas, em que o fundamento e/ou diretriz constitucionais encontram-se imperativamente determinados, objetivando o seu conteúdo e tornando-o concretizável juridicamente. FRANÇA. Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**: no regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 56. Tratando ainda do tema princípios constitucionais, o mesmo autor afirma que é a Constituição que determina os valores fundamentais que deverão orientar a dinâmica do sistema de direito positivo, pois é ela que determina a absorção do seja compatível com os valores constitucionais. FRANÇA. Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Melheiros, 2007, p. 30.

interpretação possa-lhes dar “vida nova”,⁹ atualizando-os à luz da dinâmica social e administrativa, dos anseios da cidadania e das necessidades do País. Aí reside a força maior da principiologia jurídica.¹⁰

Nesse sentido, têm-se verificado, ao longo das últimas décadas, grande dinamismo nas interpretações a respeito do tema. Especialmente quanto ao princípio da legalidade, há diferentes correntes, algumas com uma visão mais flexível de sua aplicação, outras com visão mais restrita.

A influência da evolução e da dinâmica da interpretação do princípio da legalidade e suas consequências é deveras importante nas análises e conclusões a que se propõe o presente trabalho, motivo pelo qual se faz necessário tratar especificamente do referido princípio.

2.2 NOÇÃO GERAL SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Direito escrito tem como mais forte razão de ser a necessidade de excluir o arbítrio no desenvolvimento das relações sociais, ensejando que as atividades tenham um regramento, ou seja, uma limitação. Onde existe lei, não pode haver arbítrio¹¹.

Foi com base nessa noção de regramento de condutas, seja do soberano, seja das relações entre as pessoas, que se firmou a noção de legalidade. Surgida para evitar o domínio da força nas relações entre os homens, como instrumento racional de regramento das relações

⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras**: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30.

¹⁰ Segundo Eros Grau:

O Direito é um organismo vivo, peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa a sua força, o seu fascínio, a sua beleza. É do presente, na vida real, que se tomam as forças que lhe conferem a vida. E a realidade social é o presente; o presente é a vida – e vida é movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49.

¹¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. atualizada por BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 115-116.

jurídicas, como anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, a noção de legalidade faz parte da própria evolução da humanidade.

A prática do princípio da legalidade surgiu no regime medieval de assembleias estamentais inglesas¹², desenvolvendo-se no constitucionalismo anglo-saxão, em face do qual passaram a ser votados periodicamente os impostos a serem cobrados e a regulação do sistema de penas e procedimentos penais. A votação em assembleias sobre essas duas matérias chaves impedia a degeneração dos poderes do Rei em tirania¹³.

Costuma-se atribuir à Magna Carta inglesa, de 1215, a origem do princípio da legalidade, ou seja, a exigência de autorização dos contribuintes para legitimar qualquer cobrança de tributos, a necessidade de previsão legal para definir condutas que levassem à prisão, à perda da propriedade, ou tornassem o cidadão fora da lei etc.

Muito embora, em matéria tributária, se tenha notícias de que a origem seja anterior à Magna Carta, pois o Rei, pelo direito consuetudinário, já recebia impostos e obtinha subsídios, que eram exigidos dos vassallos, os quais podiam, em tese, impugná-los, o que, na prática, mostrava-se quase impossível. Além disso, anteriormente a ela, houve eventuais convocações de assembleias para autorizar a cobrança de tributos. Contudo, como texto

¹² O Estado estamental (*Ständestaat*) ou monarquia limitada pelas ordens foi uma forma política de transição situada já no domínio do Estado, mas sem desenvolver ainda todas as potencialidades desse e trouxe consigo algumas sequelas da era medieval. O rei tinha a legitimidade e a efetividade do poder central, mas tinha de contar com os estamentos, corpos organizados ou vindos da Idade Média. A principal forma de participação dos estamentos encontrava-se nas assembleias estamentais (Parlamentos, Estados Gerais, Dietas, Cortes) com particulares formas de representação, divididas ou não em mais de uma câmara e com faculdades ora deliberativas, ora consultivas. Somente na Inglaterra os estamentos, mais evoluídos que no Continente, sobreviveram como grupos políticos, e não somente como meros estratos sociais. Contudo, para tal fim, tiveram de vincular a sua luta contra o Rei a uma causa muito moderna – as das garantias individuais e da representação nacional –. Foram as revoluções inglesas do século XVII que impediram Carlos I e Jaime II de seguir o exemplo dos reis da França. MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 41-42.

¹³ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMON. **Curso de derecho administrativo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 238-239.

escrito, somente a partir do advento da Magna Carta, foi que se exigiu a autorização dos representantes dos contribuintes para legitimar a cobrança dos tributos¹⁴.

Segundo Carl Schmitt, historicamente a Carta Magna não é mais que convênio celebrado entre uma aristocracia feudal com um senhor territorial, a qual renova sua homenagem como contraprestação pelos direitos organizados. Tem a Carta Magna 63 capítulos, contendo limitações da supremacia feudal do Rei; limitações de sua supremacia judicial (nenhum homem livre pode ser preso ou detido, senão por um tribunal legal de pessoas de sua classe e de acordo com o Direito de seu país); limites ao direito de cobrança de impostos; e, sobretudo, estabelecimento de um comitê de resistência, para o caso de essas prescrições não serem mantidas.¹⁵

Não se pode deixar de relatar que, em 1628, foi elaborada a *Petition of Rights* na Inglaterra. Decorrente da luta entre o Rei e o Parlamento, estabeleceu liberdades civis a serem respeitadas pelo Monarca. Por meio dela, também foram impostas ao Rei da Inglaterra, Carlos I, obrigações no sentido de respeitar os direitos dos cidadãos. Contemplou treze preceitos contra os abusos do poder real (destacando-se a não suspensão de leis pelo Rei, o não emprego da prerrogativa real para o levantamento de imposições financeiras, direito de petição dos súditos, a não manutenção do exército sem o consentimento do Parlamento, direito dos súditos protestantes de portar armas, livre eleição dos membros do Parlamento e liberdade de discussão e discurso no Parlamento¹⁶). Registre-se ainda que em 1689, também na Inglaterra, foi aprovado o *Bill of Rights*, que era uma relação de direitos e garantias dadas ao indivíduo contra o poder estatal.

Essas experiências inglesas levaram a intentos teóricos e práticos no sentido de distinguir e separar os distintos campos de atuação do poder estatal. A mais importante foi a

¹⁴ LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios constitucionais tributários**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 34.

¹⁵ SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madri: Alianza, 1996, p. 68.

¹⁶ SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madri: Alianza, 1996, p. 68.

que resultou na distinção da lei como uma norma permanente, obrigatória para todos, inclusive para o próprio legislador e, portanto, geral, que não pode dirigir-se a um caso particular, distinta a respeito dos demais ramos da atividade estatal¹⁷. Surgem aí uma teoria das necessidade de divisão e controle recíproco dos diversos ramos da atividade do Estado¹⁸.

Com o século XVIII, marcado pelo racionalismo filosófico, em que se desenvolveram as teses do contratualismo social, aprofundou-se na França a justificação da doutrina no princípio da legalidade¹⁹, e deram origem ao Estado constitucional, representativo ou de Direito.

Com o advento da burguesia ao poder político, cujo marco maior deu-se com a Revolução Francesa de 1789, o princípio da legalidade passou a ser um dos alicerces no novo regime²⁰. A propósito, a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão estabeleceu que os limites ao exercício dos direitos naturais de cada homem não poderia ser determinados senão pela lei²¹:

Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5.º A lei não proíbe senão as acções nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

¹⁷ Carl Schmitt, ao dissertar sobre o carácter geral da lei, afirma que o império da lei significa, antes de tudo e em primeiro lugar, que o legislador mesmo está vinculado a sua própria lei e que sua faculdade de legislar não é um meio de dominação arbitrária. A vinculação do legislador à lei somente é possível, quando essa detém certas propriedades, como: retidão, razoabilidade e justiça. Mas todas essas propriedades pressupõem que a lei seja uma norma geral. Tudo o que se diga por império da lei ou império da norma, todas as expressões relacionadas com normatividade, são em si mesmas contraditórias e confusas quando desaparece o carácter geral, quando pode passar por norma ou lei qualquer mandato ou medida. SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madri: Alianza, 1996, p. 150 e 152. Segundo Geraldo Ataliba, a lei é, no direito constitucional brasileiro, necessariamente genérica, isonômica, abstrata e irretroativa ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2. ed. 4. tir. atualizada por FOLGOSI, Rosolea Miranda. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 123.

¹⁸ SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madri: Alianza, 1996, p. 186.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 112.

²⁰ Destaque-se que o ponto culminante da mudança de regime foi a Revolução Francesa, mas se deve destacar a importância que assumem nessa mudança a Inglaterra (em que a evolução se desencadeia um século antes e onde tem início a Revolução Industrial) e os Estados Unidos (com a primeira, ou com as primeiras Constituições escritas em sentido moderno). MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44.

²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 29.

De marca estampada nas palavras de ordem do movimento revolucionário francês, o princípio da legalidade passou ao *status* de cláusula constitucional, ao ser inserido no art. 2º, do Capítulo II, do Título III, da Consituição Francesa de 1791: “Não existe na França autoridade superior à da Lei. O Rei reina por ela e não pode exigir a obediência senão em nome da lei”.

A imposição de efetivas restrições ao poder que emana do princípio da legalidade permite aos indivíduos defender-se do arbítrio estatal. Embora ressalte Eros Grau que essa mesma legalidade, meramente formal, preste-se a circundar a propriedade de um cinturão de ferro, preservando-a da ação dos não proprietários. Mas, destaca que a proteção conferida pela legalidade *é um bem humano incondicional*. Ressalta que, conquanto o Direito realize a mediação das relações de classe, tais quais são travadas no seio de cada sociedade, é certo e fora de dúvida que mune os destituídos de poderes de defesa que nem existiriam, caso o poder não estivesse submetido aos regramentos da lei²².

Contudo, a concepção de legalidade não estagnou. Se, em suas origens, tinha como um dos principais objetivos preservar direitos e liberdades individuais contra o poder estatal ou dos soberanos, tendo como esteio o brocardo de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, passou também a desenvolver outra finalidade, a de estabelecer os procedimentos, os parâmetros, as diretrizes, os objetivos e os fins da atuação estatal.

Passou a legalidade a constituir não só um freio à força do poder, mas também um instrumento para que a atuação estatal e de seus dirigentes cumprisse apenas o que a lei estabelecesse, ou seja, para que o Estado e seus agentes procedessem conforme a lei determinasse, previsse. Essa outra roupagem da legalidade passou a perfazer uma garantia de

²² GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 168.

que atuação estatal deveria cumprir o que os representantes do povo estabelecessem por lei. Isso porque, se cabe aos governantes gerir o patrimônio público e perseguir os fins públicos, não poderiam fazê-lo ao seu alvedrio – como se tratassem de bens e interesses particulares –, devendo, pois, cumprir as regras e objetivos estabelecidos pelos representantes do povo, mediante a Constituição e a lei.

Em outras palavras, teve o Estado e seus governantes que concretizar suas ações seguindo o que a lei estabelecesse, passando em seus atos a somente fazer o que a lei previsse, não mais se submetendo ao princípio de que poderiam atuar, definir objetivos e metas que não estivessem proibidos por lei. A essa feição do princípio da legalidade, a qual está submetida a Administração, denomina-se princípio da legalidade administrativa, o qual veio de constituir, a concretizar importante fator de controle da gestão do Estado moderno.

O princípio da legalidade administrativa e o próprio direito administrativo surgiram como manifestação das concepções jurídicas da Revolução Francesa e como uma reação direta contra as técnicas de governos do absolutismo. No absolutismo, a fonte de todo o Direito era a pessoa subjetiva do Rei, em sua condição de representante de Deus na comunidade, o que implicava poder atuar tanto por normas gerais, como por atos singulares, ou por sentenças contrárias àquelas, com grande grau de arbitrariedade. Quando as leis existiam, o que era incerto e não necessário, tratavam-se de um instrumento do poder, produto das circunstâncias concretas, não constituíam instâncias reguladoras do poder, nem pressupostos de sua atuação. Em qualquer caso, das leis políticas nunca derivavam direitos subjetivos para os súditos. Os revolucionários, por sua vez, rechaçaram essa situação, afirmando que: a fonte do Direito não é nenhuma instância supostamente transcendental à comunidade, mas em si mesma, a vontade geral; e que somente há uma forma de expressão

dessa vontade, a lei geral. Tal lei há de determinar todos e cada um dos atos singulares do poder²³.

Uma das teorias que reforça a necessidade de que o exercício do poder estatal esteja coberto por uma lei é o princípio da separação dos poderes, pois ao Executivo cabe a função de executar a lei, por meio de emissão de atos concretos. Entre as distinções das funções exercidas pelo Legislativo frente ao Executivo, destaca-se a de que o primeiro tem a primazia e limita o segundo para que atue dentro no marcos legais traçados previamente por aquele. O mesmo ocorre com o Judiciário, que deixa de ser livre, como suposta expressão direta da soberania e com a mesma força criadora do poder normativo supremo, para ficar definitivamente legalizado, submetido à lei²⁴.

Assim, vale destacar que o que é singular do Direito Público surgido da Revolução Francesa – e para o que aqui se aborda, o Direito Administrativo – foi a mudança radical da concepção do sistema jurídico. A Administração passou a configurar uma criação abstrata do Direito, e não mais uma emanção pessoal de um soberano, passando doravante a atuar submetida necessariamente à legalidade – o que se passou a denominar de princípio de legalidade administrativa. Tal legalidade – de caráter objetivo – sobrepõe-se à Administração e passou a constituir um direito subjetivo dos cidadãos, podendo ser invocada por meio de um sistema de ações, o que expressa o princípio da liberdade instaurado pela Revolução²⁵.

²³ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMON. **Curso de derecho administrativo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 434 e 436.

²⁴ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMON. **Curso de derecho administrativo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 435.

²⁵ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMON. **Curso de derecho administrativo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 436.

2.3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

2.3.1 A Evolução do Princípio da Legalidade Administrativa

2.3.1.1 O princípio da Legalidade Administrativa no Estado Liberal de Direito

Como todos os fenômenos das ciências sociais ocorrem de maneira dialética, onde se digladiam tese e antítese, até se chegar a uma síntese, as concepções e modelos sócio-jurídicos também seguem essa tendência. Conceitos e modelos antigos convivem ao lado de novas concepções, até que estas consigam suplantá-las e firmarem-se como prevaletentes. Tal processo não para, pois, ao longo do tempo, esse novo modelo começa a entrar em processo dialético de superação por um modelo mais recente, vindo a ser superado por este. Assim, por ser fruto das instituições sociais, o mesmo ocorreu com a Administração Pública.

Seguindo o modelo dialético, na fase pós-revoluções liberais, em que se destacou a Revolução Francesa, a concepção de Administração Pública não rompeu radicalmente com as práticas do período absolutista. Muito pelo contrário, pois, trazendo como herança do período do arbítrio absolutista, boa parte do campo de atuação governamental não estava sujeito a nenhum controle jurisdicional, entendendo-se, à época, que tais atos sujeitavam-se absolutamente à discricionariedade dos governantes, não se submetendo, assim, aos controles dos Tribunais.

Enterría e Fernández, a respeito desse fenômeno, afirmam que é fácil verificar a enorme distância que separa a concepção acima e suas radicais consequências dos fundamentos e fórmulas originários da Revolução Francesa, que pregava a ideia da legalização necessária de toda autoridade e de toda competência pública, que deram origem ao tema do princípio da legalidade administrativa²⁶.

²⁶ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMON. **Curso de derecho administrativo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p.439.

A concepção de impossibilidade de controle judicial de amplos campos da atuação administrativa vigorou não só como herança dos regimes absolutistas, em que o monarca não se sujeitava aos limites da lei, mas também por obra da própria concepção de legalidade que deu origem às revoluções sociais dos séculos XVII e XVIII.

Tais revoluções implantaram a noção de que o princípio da legalidade configurava um freio ao poder arbitrário absolutista, uma barreira para a não supressão e ferimentos dos direitos fundamentais individuais, como os da liberdade, da propriedade etc., criando, então, o denominado Estado de Direito, fruto da concepção liberal que norteou essas revoluções. Essa concepção inicial do princípio da legalidade criava todo um espaço propício para que a atuação direta do Estado frente às demandas sociais constituísse mera exceção. Dos organismos estatais esperava-se, à época, que atuasse de maneira negativa, ou seja, de forma a não ferir ou prejudicar os direitos individuais dos cidadãos. Os atos administrativos bastariam inserir-se apenas dentro dos limites legais de proteção a tais direitos individuais, ensejando, assim, boa margem de discricionariedade.

Não se cobrava maior atuação positiva do Estado, mas sua abstenção, no sentido de não turbar a liberdade dos indivíduos. Assim, aceitava-se, como forma de atuação, que o Estado poderia fazer tanto o que a lei expressamente autorizasse, assim como tudo o que não estivesse proibido por ela. Essa última concepção, era aplicada ao Estado, da mesma maneira que os particulares, desde que não ferisse os direitos individuais dos cidadãos. Nessa época, em que vigorava a doutrina liberal do *laissez faire, laissez passer*, o aparelhamento do Estado era mínimo, restringindo-se as atividades administrativas basicamente às áreas de defesa, segurança interna e justiça.

Segundo Di Pietro, embora o Estado de Direito implantado pelas revoluções burguesas adotasse como um de seus dogmas mais importantes o princípio da legalidade, ao qual se submete a Administração no Estado liberal, tal princípio deve uma concepção

diferente daquela que hoje prevalece. Essa concepção era mais restritiva, pois buscava compatibilizar a regra da obediência à lei com a ideia de discricionariedade administrativa, herdada dos denominados Estados de polícia, ou Estados absolutistas, que isentavam do controle judicial uma parte dos atos da Administração. Tal concepção reconhecia à Administração Pública uma esfera de atuação livre de vinculação à lei e livre de qualquer controle judicial²⁷. Enterría e Fernández afirmam que o controle judicial dos atos administrativos operava em uma faixa estreitíssima, ficando completamente comprometida a margem da legalidade e do correspondente controle jurisdicional, pois para ser considerado fora da fiscalização jurisdicional bastava a existência de algum elemento discricionário no ato, mesmo que contivesse algum elemento vinculado²⁸.

A concepção de legalidade que vigorava no Estado liberal de direito, baseava-se numa visão de que a discricionariedade era vista como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial. Essa visão decorrida da doutrina a qual defendia que, entre as três funções do Estado, a que cabia à Administração era apenas a atuação concreta das normas gerais e abstratas contidas na lei. Vigorava, então, um conceito de ato administrativo muito semelhante ao da sentença judicial, ou seja, que seria uma declaração da Administração com o objetivo de aplicar a lei ao caso concreto²⁹.

Tal visão levava à necessidade de compatibilização entre essa ideia de discricionariedade com o princípio da legalidade administrativa. Assim, como consequência, vigorou a adoção de uma concepção de princípio da legalidade administrativa muito mais liberal que a atual, pois se concebia que a Administração podia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, assim como tudo aquilo que a lei não proibisse. Essa visão de

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 26.

²⁸ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMON. **Curso de derecho administrativo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 439.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 27.

discricionariiedade, ou seja, de livre autonomia da Administração em todos os pontos em que a lei não regulou, ficou conhecida como “doutrina da vinculação negativa da Administração”. Isso porque a lei apenas impunha barreiras externas à liberdade de autodeterminação da Administração Pública³⁰.

Essa concepção vigorou até o segundo pós-guerra, quando se consolidou o Estado Social de Direito, fruto das lutas contra o liberalismo econômico.

2.3.1.2 O Princípio da Legalidade Administrativa no Estado Social de Direito

O liberalismo, que caracterizou o período pós-revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, ao ter como doutrina econômica e social a não intervenção direta do Estado na vida econômica, ou, em outras palavras, a intervenção estatal apenas para a preservação dos direitos e garantias individuais de primeira geração, causou uma série de efeitos e distorções, tais como: superexploração da mão de obra operária recentemente criada; concentração de riqueza e de poder nas mãos da classe capitalista; quebra das pequenas unidades de produção; formação de monopólios etc.

A atuação da Administração Pública dava-se em campos muito restritos, como nas áreas de defesa, segurança interna e justiça, espelho do modelo liberal, que defendia a não intervenção do Estado nas esferas econômica e social. Mas, como tudo nas ciências sociais passa por transformações dialéticas, por pressão dos grupos sociais prejudicados pelo liberalismo, particularmente do movimento sindical e político, tiveram início, em meados do século XIX, as reações contra a situação criada, passando-se a cobrar do Estado uma atuação positiva, para a atenuação dos problemas sociais. Assim, tais movimentos lutavam também

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariiedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 27.

por melhorias de caráter coletivo, tais como saúde, trabalho, educação, direito de greve, entre outros, os chamados direitos de segunda geração.

Após a Segunda Guerra Mundial, fruto desse movimento, consolidou-se o Estado Social, também denominado de Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social de Direito. Ao contrário do liberalismo, não mais se pressupunha a igualdade entre os homens, passando-se a conferir ao Estado a missão de buscar essa igualdade. Na busca dessa finalidade, o Estado teve de intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos, tendo como preocupação maior a busca da igualdade, em lugar de liberdade³¹.

Verifica-se, então, que o comportamento perante o Estado serviu de critério distintivo entre as gerações de direitos. Os de primeira geração exigiam abstenções estatais (prestações negativas), enquanto os de segunda exigiram prestações positivas.

Nesse sentido, superou-se a concepção de que a Administração estaria livre para atuar de acordo com seu alvedrio, de forma discricionária, passando, pois, a ter de cumprir o que a lei estabelecesse, fora do círculo definido pela lei, nada seria possível fazer. Perdeu a Administração o poder que dispunha no liberalismo de tudo fazer, desde que não descumprisse a lei, para somente poder agir conforme a lei determinasse. Assim, a doutrina da vinculação negativa vigente no Estado liberal foi substituída pela vinculação positiva da Administração à lei (*positive Bindung*).

No plano teórico, segundo Enterría e Fernandez, deveu-se à teoria kelseniana e, em especial, a Merkl, considerado seu maior expoente no Direito Administrativo, a primeira reação contra a concepção deficiente do princípio da legalidade administrativa provinda do Estado liberal. Isso porque, segundo essa teoria, não se podia admitir nenhum poder jurídico que não fosse o desenvolvimento de uma atribuição normativa precedente, incluindo a

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 29.

discricionarietà. Essa somente poderia explicar-se quando provinda da atribuição antecedente de um poder autônomo conferido pelas normas e não por atributo de caráter pessoal de quaisquer sujeitos que pudessem estar à margem ou isento dessas normas³².

Essa concepção recupera um velho princípio fundamental de ordem político, de que os protagonistas da Revolução Francesa foram conscientes, sendo sentido por uma parte do constitucionalismo atual como uma verdadeira conquista a proteger, passando a ser inserida nas Constituições do Estado Social de Direito, destacando-se como primeira, a Constituição austríaca de 1920, elaborada sob a influência decisiva de Kelsen, que, em seu art. 18, estabeleceu que a Administração Pública não poderia atuar senão *auf Grund der Gesetze*, ou seja, tendo a lei por fundamento³³.

Essa mudança de concepção trouxe consequências importantes no Direito Administrativo. De um lado, ocorreu um grande aumento na estrutura estatal, passando de um Estado mínimo, a uma estrutura complexa, formada de Administração direta e indireta, esta com variada rede de entidades e empresas governamentais. Tudo isso, para cumprir o novo primado de que cabia ao Estado, atuando de forma direta, até mesmo nas atividades econômicas, superar as graves distorções sociais e econômicas advindas do liberalismo.

De outro lado, o próprio Direito Administrativo também sofreu sensíveis transformações. Com o objetivo de por fim às injustiças sociais e econômicas, o Estado trouxe consigo a prerrogativa de limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo; foram conferidos privilégios à Administração, o que se opõe à igualdade de todos perante a lei; foi atribuída função social à propriedade, derogando o seu caráter absoluto da época do liberalismo; surgiu a imposição de normas de ordem pública para reger as relações contratuais; passou-se a aplicar a cláusula *rebus sic stantibus*, atingindo o

³²ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMON. **Curso de derecho administrativo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 440.

³³ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMON. **Curso de derecho administrativo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 441.

princípio da força obrigatória dos contratos; em responsabilidade civil, adotou-se a teoria do risco, em várias hipóteses de danos causados a terceiros, em substituição à teoria da culpa, por ser considerada nem sempre justa; o poder de polícia passou a limitar os direitos individuais, em benefício do interesse público, qualquer que seja a sua natureza, em vez de limitá-los em benefício da segurança etc.³⁴

Como a nova concepção do princípio da legalidade administrativa, que passou a estabelecer que os atos administrativos somente poderiam ser praticados segundo estritamente o que era estabelecido em lei, passou-se a necessitar de grande produção legislativa para prever as inúmeras formas de atuação do Estado.

Mas a produção das Casas Legislativas não conseguia atender essa demanda, pois inúmeras eram as áreas, formas e demandas de atuação estatal. Para suprir essa carência, a produção normativa infralegal acentuou-se enormemente, passando a Administração, muitas vezes, a normatizar sua própria conduta.

Essa distorção, ou seja, a produção legislativa autônoma pelo Executivo, passou ser uma das características do Estado Social de Direito. Se tal Estado, ao contrário do Estado liberal, preocupava-se em atuar ativamente para superar ou atenuar as distorções advindas do modelo anterior, criava um déficit de democracia, por ferir um dos seus principais primados, o sistema de freios e contrapesos advindo da separação dos poderes³⁵.

Segundo Di Pietro, o crescimento das funções a cargo do Estado, que o transformou em Estado prestador de serviços, em Estado empresário, em Estado investidor, redundou no fortalecimento do Poder Executivo, com prejuízos ao princípio da separação dos poderes. O

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discrecionariade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 34-35.

³⁵ A concepção do Estado Social de Direito, embora se possa extrair dela como sendo o Estado que visa criar uma situação de bem-estar geral, é ambígua, pois sujeita a diversas interpretações. Isso porque todas as ideologias têm sua visão própria do social e do Direito. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, os Estados Unidos, em parte, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30, foram "Estados sociais", o que demonstra que o Estado social abrange regimes antagônicos, como a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 184.

Legislativo já não era a única fonte de produção normativa, pois o Executivo, para desincumbir-se das inúmeras funções que lhe foram atribuídas, para não ficar dependendo da lei a cada ato, já que a produção do Legislativo segue procedimentos complexos e demorados, passou utilizar com frequência decretos-leis, leis delegadas e regulamentos autônomos. O Legislativo, em muitas oportunidades, passou a produzir legislação com o caráter de fórmulas gerais, *standards*, a serem completadas pelo Executivo, além de a iniciativa das leis ter passado em grande parte esse Poder.³⁶

2.3.1.3 O Princípio da Legalidade Administrativa no Estado Democrático de Direito

Ante as consequências negativas advindas do Estado Liberal de Direito, tais como geração de grandes disparidades sociais, concentração de renda, criação de monopólios, quebra de pequenos negócios, superexploração da mão-de-obra operária etc., e também, diante do insucesso relativo do Estado Social de Direito, o qual, muitas vezes, além de não conseguir dirimir tais desigualdades, por vezes, descambou para regimes autoritários, passou-se a conceber uma forma de Estado de Direito em que fosse privilegiada a participação popular, o regime democrático.

Assim, verifica-se que o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito, quer como Estado Social de Direito, nem sempre se constituiu como Estado Democrático³⁷. Então, acrescentou-se ao Estado Social de Direito um novel elemento – a participação popular –, tanto no processo político e nas decisões de Governo, como no controle da Administração. Essa concepção de Estado Democrático de Direito foi adotada, entre outras,

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di Pietro. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 31.

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 121.

pelas Constituições alemã (de 1949), espanhola (de 1978), portuguesa (de 1976) e brasileira (de 1988)³⁸.

Assim, passou-se a denominá-lo de Estado de Democrático de Direito, expressão em que se verifica que o próprio adjetivo “democrático” qualifica a figura estatal, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos formadores do Estado, e, pois, também, sobre a ordem jurídica.³⁹ Nesse sentido, privilegia-se, no Estado de Direito, o papel e a grande importância da consulta e participação dos grupos sociais, seja por meio do processo representativo, da participação em várias instâncias ou fóruns, ou mesmo pela participação direta.

Além disso, o princípio da legalidade administrativa sofreu ampliação em sua concepção, pois a Constituição alemã, em seu art. 20, estabeleceu que toda a ação pública está condicionada pela lei e pelo Direito. Nesse mesmo sentido, a Constituição espanhola, em seu art. 103.1, determinou que a Administração Pública deve servir com objetividade aos interesses gerais e atuar com submissão plena à lei e ao Direito. A Constituição portuguesa, no art. 266, item 2, afirma que os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei⁴⁰.

Na concepção do Estado Democrático de Direito reconhece-se que este seja regido pela lei, mas não somente por ela, mas também pelo Direito, abrindo espaço ao entendimento de que a Administração Pública seja regida tanto pelas regras, quanto pelos princípios jurídicos.

Nesse sentido, segundo Di Pietro, o princípio da legalidade vem, na Constituição de 1988, em seu art. 37, expressamente previsto entre aqueles a que se obriga a Administração

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 40.

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 123.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 41.

Pública direta, indireta ou fundacional, de quaisquer dos Poderes e entes federativos. Mas ressalta que não significa que o constituinte tenha optado pelo mesmo formalismo originário do positivismo jurídico. Isso porque do próprio texto constitucional advêm outros princípios que permitem afirmar o retorno (ou a tentativa de retorno) ao Estado de Direito, em substituição ao Estado legal. Como exemplos, afirma que no Preâmbulo da Constituição [além de em vários de seus artigos] está manifestada a intenção de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, colocando como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça⁴¹.

Segundo José Afonso da Silva, o Estado Democrático de Direito, como todo Estado de Direito, sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize os princípios da igualdade e da justiça, mas não pela sua generalidade, contudo, como forma de buscar a igualização dos socialmente desiguais, ou seja, transformadora da sociedade, mediante mudanças sociais democráticas. Isso, por meio de um elemento de transformação do *status quo* – a participação democrática⁴².

Tais valores, nada mais são do que os princípios jurídicos previstos expressamente em vários dispositivos do Texto Constitucional brasileiro, a que se submete a Administração Pública, o que leva Di Pietro a afirmar que a Administração Pública já não mais está submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição⁴³.

Ressalta que todos esses valores são dirigidos ao legislador, ao magistrado e ao administrador público, e, caso uma lei venha a contrariá-los, será inconstitucional. Eles

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 45.

⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 123 e 125.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 46.

valores atuam como limites à discricionariedade administrativa e, se forem inobservados, dão origem a atos ilícitos, passíveis de revisão pelo Poder Judiciário. Assim, a discricionariedade administrativa – como poder jurídico que é – deve ser controlada, limitada, não somente pela lei, em sentido formal, mas também pela ideia de justiça, com todos os valores que lhe são intrínsecos, declarados formalmente ao longo da Constituição⁴⁴.

Desse modo, a compreensão do princípio da legalidade administrativa passou a ampliar-se de maneira significativa, pois, os princípios jurídicos, além de serem considerados mais importantes e amplos do que as regras, estão insculpidos, em grande parte, nas próprias Constituições, as quais ocupam a hierarquia de norma ápice dos sistemas jurídicos nacionais, devendo, pois, serem obrigatoriamente observados na execução dos atos da Administração.

Mas ao conceber o princípio da legalidade administrativa como a observância também dos princípios jurídicos, incorre-se em um dilema, vez que a atuação estatal, tendo como lastro a lei, há de ser compatibilizada com os demais princípios jurídicos, tais como o da igualdade, desenvolvimento, moralidade, eficiência, livre iniciativa etc.

Considerando que as Constituições do Estado Democrático de Direito trazem em seu bojo um elenco de diversos princípios – os quais, algumas vezes, são contraditórios – e que a materialização desses princípios demanda a atividade administrativa, cabe, pois, ao Estado, via Direito Administrativo, e à própria Administração, a concretização, desses princípios jurídicos.

Di Pietro destaca que a maior parte das garantias jurídico-sociais do Estado Democrático de Direito relaciona-se à participação popular. O exercício desse direito, diferentemente dos direitos das liberdades que pressupõem, na maioria das vezes, a não atuação estatal, carece de um conteúdo constante, suscetível de regulamentação prévia. Isso porque o direito à participação popular, em grande parte dos casos, necessita de modulação e

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 46.

diferenciação, vez que somente são razoáveis, por considerados oportunos, necessários e possíveis, segundo a análise do caso concreto. A fixação desses padrões não é estabelecida pela lei ou pelos atos administrativos que tratam do direito sob análise, sendo o motivo pelo qual muitas normas constitucionais relativas ao trabalho, seguro social, ensino, educação, proteção à família, maternidade, juventude são, em grande parte, consideradas programáticas. Por isso, sua concretização cabe ao Legislativo, por meio de leis, e à Administração Pública, por meio de sua atuação nos casos concretos⁴⁵.

Mas para que a atuação do Legislativo e da Administração receba a influência direta das vozes populares, como instrumentos de efetivação do Estado Democrático de Direito, há a necessidade de que mecanismos e processos de participação popular precisam ser ampliados, realmente exercidos ou utilizados pela sociedade. Seja no controle da atividade estatal, pela sociedade, suas instituições ou por órgãos criados para tal fim; seja pela participação em fóruns e organismos colegiados, a importância da efetiva participação dos cidadãos e suas entidades é mecanismo essencial para a concretização do Estado Democrático de Direito⁴⁶.

Canotilho, ao abordar o tema participação popular, afirma haver três graus de participação: a) participação não vinculativa, ou seja, participação nos processos de decisão,

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.49.

⁴⁶ A Constituição Federal de 1988, cumprindo o estabelecido em seu art. 1º, previu vários mecanismos de participação popular, com vista à efetivação do Estado Democrático de Direito, tais como: o direito ao exercício do poder pelo povo, por meio de seus representantes ou diretamente (Parágrafo Único do art. 1º); liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV); direito à informação (art. 5º, XXXIII); direito de reunião (art. 5º, XVI); liberdade de associação (art. 5º, XVII); direito de petição aos Poderes Públicos (art. 5º, XXXIV, “a”); direito ao controle jurisdicional (art. 5º, XXXV); direito a mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, LXIX e LXX); direito ao ajuizamento de mandado de injunção, *habeas data* e ação popular (art. 5º, LXXI, LXXII e LXXIII); direito de greve (art. 9º); direito à participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10); direito ao voto, plebiscito, referendo e iniciativa popular (art. 14); direito à livre criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos (art. 17); direito à publicidade dos atos da Administração Pública (art. 37); direito a participação dos usuários na Administração Pública, mediante acesso a registros, informações e formulação de representações (art. 37, XXII, § 3º); direito a denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (art. 74, § 2º); direito ao ajuizamento de ações, tais como ação direta de inconstitucionalidade, por meio do Conselho Federal da OAB, partido político, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, incisos VII, VIII e IX); direito à participação do cidadão no Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, XIII), direito à participação do produtor e trabalhador no planejamento e execução da política agrícola (art. 187); direito à participação da sociedade e dos Poderes Públicos nas iniciativas referentes à seguridade social e à assistência social (art. 194; 198, III; 204, II); direito à gestão democrática do ensino (art. 206, VI) etc.

que se dá somente por meio de informações, propostas, exposições, protestos etc.; b) participação vinculante, ou seja, participação na própria tomada de decisão e, como consequência, limitação do poder de direção tradicional (por exemplo, a participação popular em conselhos de gestão); c) participação vinculante e autônoma (autogestão), quando há a substituição pura e simples do poder de direção tradicional para outros poderes dentro do respectivo sistema⁴⁷.

No Brasil, embora esteja estampado na Constituição Federal que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, em que pese a crescente participação dos cidadãos e instituições da sociedade civil no processo de político, ainda há um déficit no nível de participação. Isso porque, diferentes camadas da população, seja por falta de educação, esclarecimento, iniciativa, informação, oportunidade ou condição sócio-econômica, ainda não participa, no nível necessário, da formação e controle das decisões e processos de implementação das políticas públicas.

Assim, verifica-se que a materialização do Estado Democrático de Direito ainda está em processo de formação no Brasil, pois somente se pode considerá-lo concretizado quando seu diferencial maior – a efetiva participação popular – fizer grande diferença na formulação e aplicação dos princípios e regras jurídicas, os quais devem reger a Administração Pública.

2.3.1.4 O Princípio da Legalidade Administrativa no Período Atual

O período atual não rompe com o Estado de Direito e continua tendo como sustentáculo do princípio da legalidade administrativa a concepção da necessidade de o Estado agir somente conforme o estabelecido pela lei e pelo próprio Direito, no qual têm bastante relevo os princípios jurídicos.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 1996, p. 426-427.

No entanto, o princípio da legalidade administrativa, em face de pertencer a um fenômeno cultural – o Direito – sofre influências dos processos de globalização, do princípio da subsidiariedade, da Reforma do Estado e das concepções que dela advêm⁴⁸.

Ressalte-se que a economia mundial, nos últimos três decênios, tem sofrido sensíveis mudanças. Entre outros fatores, a crise fiscal dos anos 1980 e início dos anos 1990, que se verificou em diversos países⁴⁹, entre eles no Brasil, levou ao sufocamento das finanças do Estado e, como consequência, à diminuição de suas possibilidades de honrar compromissos, ao aumento da dívida interna e à redução de sua capacidade de investimento. Todo esse quadro redundou em que os investimentos públicos nos órgãos e entidades pertencentes ao Estado sofressem severa diminuição.

Assim, a queda verificada nos investimentos estatais, tanto na Administração direta ou indireta, ocorreu em variadas áreas, seja na aquisição e modernização de equipamentos, seja na implantação ou ampliação de novos projetos, seja diretamente na implementação das políticas públicas de saúde, educação, transporte e infraestrutura. Tal quadro gerou grande ineficiência e enormes defasagens na qualidade dos serviços e produtos prestados ou produzidos pelos órgãos e entidades estatais, tais como nos setores de telecomunicações, energia elétrica, infraestrutura, rodovias, transportes, indústrias de base etc.

Assim, como se verificou anteriormente em países estrangeiros, tal crise gerou a concepção da necessidade de mudança no perfil do Estado perante a economia e do próprio

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discrecionariade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 52.

⁴⁹ A vontade política de reduzir as despesas do Estado deu origem a reformas por meio de métodos de contenção orçamentária. Além disso, as gestões de Reagan nos EUA e de Margaret Thatcher na Inglaterra ilustram estratégias de escolha em favor do liberalismo, fundado na desregulação de atividades, que reduziram sensivelmente o papel do Estado. Na França, durante o período neoliberal do governo Jacques Chirac (1986-1988), com base em um discurso de "menos Estado", também se adotou esse mecanismo, com a privatização de empresas, incluindo aquelas nacionalizadas durante a gestão de Mitterrand. Na gestão de Alain Marie Juppé (1995-1997), houve a necessidade de redução rápida do déficit fiscal francês, para cumprir os parâmetros do Tratado de Maastricht, tendo sido adotadas em 1995 medidas para aumentar os impostos e taxas, cortes orçamentários, com redução de 30.000 empregos e congelamento de salários dos funcionários públicos. Estes vários ajustes orçamentários levaram o governo francês a reformar-se; no entanto, poderiam ser vistos com uma visão mais estratégica, como a reforma de 1995, dando início a um projeto de reforma mais abrangente. MORDACQ, Frank. **La réforme de l'état par l'audit**. Paris: Lextenso, 2009, p. 21.

modelo de gestão pública. Para a realização dessas mudanças, foi elaborado o Plano Diretor da Reforma do Estado, por meio do então Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), aprovado em 21/09/1995.⁵⁰

Quanto à mudança do papel do Estado perante a economia, o Plano previu a sua retirada da atuação direta no mercado de produção de bens e serviços, passando a não mais operar em ramos não considerados típicos de atuação estatal, mediante amplo programa de privatização. Passou o Estado, quanto a esses ramos, a atuar somente na regulação, exercendo misteres de fiscalização, normatização e resolução de conflitos. Assim, a exploração direta dos setores regulados passou, em grande proporção, às mãos da iniciativa privada. Nesse contexto, como reflexo das mudanças, foram inseridas, no ordenamento jurídico, as agências reguladoras, a serem tratadas adiante.

Uma das ideias que sustentou a nova concepção do papel do Estado perante a Economia foi o princípio da subsidiariedade, desenvolvido pela doutrina social da Igreja, o qual defende o respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja dos indivíduos, seja das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal. Nesse sentido, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa, utilizando seus próprios recursos. O referido princípio defende a limitação da intervenção estatal na economia, passando o Estado a apenas fomentar, coordenar e fiscalizar a iniciativa privada⁵¹.

Quanto ao modelo de gestão pública, a concepção do Plano foi transformá-la de “Administração Pública burocrática”, caracterizada pela rigidez, pouca eficiência, prioridade nos controles internos e foco em si própria, em um modelo de gestão denominado

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 41-42.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 52-53.

“Administração Pública gerencial”, a ser caracterizada pela flexibilidade e eficiente, voltada ao atendimento do cidadão.⁵²

Nessa perspectiva, o conceito de Administração Pública gerencial repudia os modelos baseados na burocracia, na hierarquia, no formalismo e na impessoalidade, passando-se a privilegiar a liberdade dos administradores públicos, ampliando-se sua margem de discricionariedade e autonomia, em busca da eficiência.

Além disso, o cidadão, consumidor dos serviços e bens produzidos pelos setores da economia, passou a ser considerado um usuário⁵³ – colocado no centro do cenário do Estado regulador –, usuário o qual, ao lado dos setores produtores e dos órgãos reguladores, passaram a ter bastante espaço na definição e implementação das políticas públicas para esses setores. Isso, por meio de fórmulas consensuais de discussão, composição de conflitos e aprovação de atos e normas que possibilitam a participação dos usuários, como consultas, audiências públicas etc.

No entanto, o Estado, ao deixar a produção direta de bens e serviços, passando a exercer a regulação dos setores privatizados e, posteriormente, a regulação também de outros setores que nunca foram explorados por entes estatais, passou a enfrentar grandes desafios, ante a necessidade de observância do princípio administrativo da legalidade, o qual lhe impunha que somente atuasse, conforme o estabelecido por lei. Em consequência, os mentores da Reforma passaram a defender que tal princípio tolhia a liberdade de atuação dos administradores no Estado regulador, que lhes prejudicava a discricionariedade e a autonomia,

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p 42.

⁵³ Na França, o conceito de usuário aparece na década de 1970. Na Administração, os termos contribuinte (na área fiscal) e segurado (na seguridade social) gradualmente dão lugar às palavras usuário ou cidadão, na ausência do conceito de "cliente" que não é ainda aceito. O termo usuário contempla a noção de que é aquele que deve receber um serviço público com base na qualidade, facilidade de acesso geográfico, acessibilidade ao desenvolvimento tecnológico (celular, computador, internet etc.) e, ainda com simplificação de linguagem e de procedimentos. MORDACQ, Frank. **La réforme de l'état par l'audit**. Paris: Lextenso, 2009, p. 30-31.

o que comprometeria, assim, a eficiência da atuação estatal, objetivo maior da Reforma do Estado.

Em outras palavras, passaram a defender que o princípio da legalidade administrativa atrapalhava a modernização do Estado brasileiro e o desempenho de sua atuação regulatória.

Segundo Di Pietro, os mentores da Reforma defendem que o princípio da legalidade estrita – o qual determina que a Administração somente pode fazer o que a lei permite – impede ou dificulta a introdução do modelo gerencial na Administração Pública. Isso porque essa nova concepção de gestão repousa sobre ideias de maior autonomia e maior responsabilidade para os dirigentes de órgãos e entidades da Administração Indireta, substituindo controles formais por controles de resultados. Nesse sentido, os paradigmas em que se baseia o direito administrativo, elaborados no liberalismo, teriam ficado incompatíveis com o Estado Social e Democrático de Direito, especialmente quanto à estrita legalidade, limitação da discricionariedade e sujeição ao controle judicial, pois essas restrições constituiriam óbices à implantação do modelo gerencial⁵⁴.

Assim, os mentores da Reforma do Estado e seus discípulos passaram a arguir a não submissão da discricionariedade – destacando-se a discricionariedade técnica – ao controle judicial, a defender a possibilidade de amplo poder normativo dos entes reguladores, mesmo sem a respectiva submissão a uma lei formal.

Embora não se concorde com a essa posição, reconhece-se que a dinâmica da vida social e econômica dos tempos atuais exige dos órgãos reguladores, cada vez mais, a necessidade de versarem, por meio de atos administrativos e normas de regulação, a respeito de assuntos técnicos específicos, cuja dinâmica da produção legislativa, muitas vezes, não consegue acompanhar.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 57-58.

Di Pietro informa que muito críticos do direito administrativo têm defendido que a legalidade pode ser afastada em benefício da eficiência, ampliando-se a discricionariedade. Afirma que tal visão influenciou bastante a implantação, no Brasil, das agências reguladoras, apelando para a fórmula norte-americana, em que legislam nos vazios deixados pela lei, de acordo com as conveniências administrativas⁵⁵.

Porém, não se pode defender que possa o Estado atuar à margem do Direito, ou seja, sem a observância do que determina a lei. Isso porque, entre outras consequências, a História tem demonstrado que atuação estatal desarraigada dos limites legais redundava em autoritarismo ou em privilégios a setores próximos do Poder, o que, em última instância, faz retroagir os paradigmas do Estado de Direito à época anterior à Revolução Francesa.

Assim, o princípio da legalidade administrativa, no período atual, levando em conta que persiste a necessidade de atuação dos órgãos estatais conforme o estabelecido em lei – e aí se inserindo as agências reguladoras –, há que obedecer ao estatuído nos marcos legais e nos princípios do Direito, para que possa continuar representando uma conquista do Estado Democrático de Direito.

Mesmo reconhecendo a ampliação da margem de discricionariedade – principalmente técnica – no Estado regulador, há de se reconhecer que essa discricionariedade há de respeitar os marcos legais e os princípios do Direito. Jamais, em um Estado Democrático de Direito, em que se privilegiam os mecanismos de participação popular, entre eles, os que resultaram na elaboração da lei e a da Constituição, se poderia entender que os atos e processos administrativos estariam desvinculados da observância do estatuído em lei ou dos valores dos princípios jurídicos, como forma de atingir a tão visada eficiência.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 58-59.

Mas, reconhece-se que o princípio da legalidade administrativa há de ser interpretado de maneira evolutiva, adequando-o às demandas econômico-sociais do mundo atual e à necessidade de a Administração atuar em consonância com a grande dinâmica exigida, principalmente na regulação econômica. Deve ser também levado em conta que a produção de leis, fruto do processo legislativo, em que se privilegia o necessário e salutar debate democrático, muitas vezes, não acompanha as necessidades de regramento que a sociedade atual requer.

Mas ante todo esse quadro, longe de se defender a abdicação do princípio de legalidade administrativa, em prol da dita eficiência. A solução é lembrar que para aplicação do princípio da legalidade administrativa, há diversos graus de vinculação da Administração. Segundo a previsão legal, por vezes, dispõe o agente público de grande margem de discricionariedade; porém, em outras situações, sua discricionariedade é mais limitada. Mas, em qualquer das situações, sempre deve ser observado se atos administrativos ou as normas editadas respeitam os marcos legais, as regras e os princípios constitucionais.

Di Pietro faz importante abordagem da atual concepção do princípio da legalidade administrativa, bem consentânea com a dinâmica e necessidades da Administração Pública nos dias de hoje. Nesse sentido, afirma que, para sua observância, não significa que, para cada ato administrativo, cada decisão, cada medida, deva haver uma norma legal expressa vinculando a autoridade em todos os aspectos. Ressalta que o princípio da legalidade administrativa tem diferentes amplitudes, que admitem maior ou menor rigidez, e consequentemente, maior ou menor grau de discricionariedade.

Destaca que é por essa razão que se distingue “legalidade” de “reserva da lei”. A primeira, permitindo que o legislador estatua de forma mais genérica, de maneira a conferir maior discricionariedade para a Administração Pública regular a matéria. Já a segunda exige legislação mais detalhada, com pouca margem de discricionariedade administrativa. Neste

caso, denominada “estrita legalidade”, cabendo à Constituição reservar a matéria à competência do legislador⁵⁶.

Odete Medauar afirma que o princípio da legalidade administrativa traduz-se, de modo simples, pela expressão: “a Administração deve sujeitar-se às normas legais”, mas ressalta que essa aparente simplicidade oculta relevantes questões quando o aplica na prática⁵⁷.

Assim, com vista a esclarecer as nuances das questões envolvidas na sua aplicação, a doutrinadora apresenta a seguinte classificação para os sentidos que têm o princípio da legalidade administrativa, levando em conta o grau crescente de vinculação da Administração à norma legal:⁵⁸

a) no primeiro sentido, a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei. Equivale à forma com que o princípio da legalidade é aplicado aos particulares, ou seja, que podem fazer tudo o que a lei não vede, tendo pouca aplicação na Administração Pública brasileira;

b) no segundo sentido, a Administração somente pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza. Aqui se exige que a Administração receba habilitação legal para expedir atos e medidas, de forma que possa justificar suas decisões por uma disposição legal, ou seja, exige-se base legal para que possa exercitar seus poderes. Ressalta a doutrinadora que esse sentido é que prevalece e que se aplica de forma geral à maior parte das atividades da Administração Pública brasileira. Contudo, destaca que tal sentido contém gradações em sua aplicação, pois, às vezes, a habilitação legal assume a forma somente de norma de

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 59.

⁵⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 127.

⁵⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 127.

competência, ou seja, trata-se de norma que atribui poderes para a prática de certos atos, ficando o agente público com certa margem de escolha no tocante à substância da medida. Outras vezes, a lei estabelece estreito vínculo do conteúdo do ato ao teor da norma, o que reduz significativamente a liberdade de escolha do administrador;

c) no terceiro sentido, apenas são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado pela lei. Expressa uma concepção rígida do princípio da legalidade administrativa, ou seja, a de que a Administração é apenas uma executora da lei. Afirma a doutrinadora que atualmente não se concebe que a Administração tenha somente esse encargo. Destaca que esse sentido não predomina na maioria das atividades administrativas, conquanto no dia-a-dia da Administração possam haver decisões similares a uma concretização da hipótese legal abstrata;

d) no quarto sentido, a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer. Caso predominasse essa concepção, o Poder Público ficaria engessado, paralisado, pois teria que haver uma lei específica, estabelecendo cada ato ou medida da Administração, hipótese que inviabilizaria a atuação estatal.

Ante a classificação supra, constata-se que a vinculação da Administração à lei obedece a graus variados e, à medida que cresce, implica na diminuição *pari passu* do grau de liberdade do gestor ao praticar atos ou tomar decisões.

No entanto, apesar de ter a faculdade de editar normas com graus variados de vinculação do administrador à lei, conforme exposto anteriormente, frisa Di Pietro que, por vezes, o próprio Legislador nacional é que compromete a aplicação do princípio da eficiência. Isso porque tem a oportunidade de promulgar leis com maior poder de autonomia aos administradores, mas frequentemente não o faz, optando por admitir a permanência ou editar leis excessivamente formais e detalhistas, que castram um maior grau de discricionariedade que poderia ser-lhes conferido. É o que ocorre, por exemplo, com a Lei de Licitações (Lei nº

8.666, de 21/06/1993) e com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000), as quais colocam os agentes públicos, de todos os níveis, em comportas estanques, restringindo ainda mais a discricionariedade administrativa que os adeptos da Reforma desejariam ampliar⁵⁹.

Frisa que essa dubiedade de procedimentos, entre a defesa de uma Administração gerencial e a edição ou manutenção de leis extremamente detalhadas e formalistas, contribui para o distanciamento entre o discurso e a prática, entre as leis e os fatos, em desprestígio do princípio da legalidade e da própria Constituição que o consagra⁶⁰.

De outra parte, lembra Di Pietro que, por mais tentadores que sejam os modelos inspirados no Direito estrangeiro, o princípio da legalidade há de ter aplicado conforme previsto no Direito interno de cada país. Lembra que nos EUA, cuja Constituição de princípios dá grande margem à interpretação judicial, e na França, em cuja jurisdição administrativa o juiz desempenha relevante papel de órgão criador do Direito, há importante processo de legitimação dos atos da Administração Pública pelo Judiciário, o que no Brasil não ocorre. Aqui, com a Constituição Federal grandemente detalhista e distribuindo rigorosamente as competências entre os três Poderes, há mesmo limites à própria discricionariedade do Legislador⁶¹.

Ressalta que, no Brasil, o princípio da legalidade é imposto à Administração no art. 37, *caput*, e 5º, inciso II, da Constituição, devendo-se interpretar que o primeiro dispositivo não define o conteúdo do princípio, ficando a cargo do legislador dispor sobre as matérias de competência da Administração com maior ou menor grau de discricionariedade. Nesse sentido, nos espaços deixados pelo legislador, o Chefe do Poder Executivo, no exercício da

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 61-62

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 61-62.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 60 e 62.

competência constitucional exclusiva, pode preenchê-los com norma de natureza regulamentar, e que poder semelhante foi dado a algumas agências reguladoras pelos arts. 21, inciso XI, e 177, § 2º, inciso III, da Constituição Federal⁶².

Destaca, porém, que no caso do dispositivo contido no 5º, inciso II, há previsão mais restrita do princípio da legalidade, porque impede à Administração de impor obrigações ou proibições por iniciativa própria, sendo necessário para fazê-lo prévia previsão legal. Em outras palavras, os atos que impliquem restrição ao exercício de direitos têm que ter previsão em lei formal, ou em atos que disponham da mesma força, tais como medida provisória ou lei delegada⁶³.

Assim, jamais se poderia defender, nos tempos atuais, em que a Carta Constitucional ganha relevância máxima, que a análise da discricionariedade dos atos administrativos poderia estar desvinculada da distribuição de competências entre os Poderes, do princípio constitucional da legalidade e dos demais princípios a ele relacionados.

Nesse sentido, nos dias atuais, a observância do princípio da legalidade administrativa abrange muito mais do que a adequação do ato aos ditames literais estabelecidos em lei, mas também a conformidade com o próprio Direito. Para isso, requer-se do interprete que verifique se o ato cumpriu as finalidades legais, se não foi desarrazoado ou desproporcional, se constaram as motivações, os fundamentos que ensejaram a execução do ato, além de se constatar se, em tendo causado danos a terceiros, responsabilizou-se o Estado pelas perdas verificadas. Em síntese, a análise da legalidade dos atos administrativos, atualmente, perquire não apenas os aspectos estritamente legais, mas também princípios que decorrem da legalidade, que a complementam, que a reforçam, que a legitimam, conforme entende Celso Antônio Bandeira de Melo.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 60.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 60.

Segundo esse doutrinador, o princípio de legalidade administrativa tem como implicações ou decorrências os princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado⁶⁴. O que se permite entender que para a observância daquele, esses devem ser devidamente observados. Interpretação essa que casa com a feliz expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) tudo aquilo que se encontra em um princípio é tão certo e verdadeiro quanto ele”, ao se reproduzir frase de Henry Campbell Black, no sentido de que tanto faz parte da lei o que nela se encontra explícito quanto o que nela implicitamente se contém⁶⁵.

Assim, na análise da compatibilidade dos atos da administração ao princípio da legalidade administrativa, deve-se verificar se visou ao atingimento da finalidade prevista na lei, à sua razão de ser, ao objetivo em vista do qual a lei foi editada. Tal finalidade, como em toda lei, é o interesse público, mas também a finalidade específica da lei a que se está dando execução. Ao se utilizar uma lei para o atingimento de finalidades desconformes com o objetivo legal – a que estão obrigados todos os agentes públicos⁶⁶ –, está-se desvirtuando-a, burlando-a, o que constitui desvio de poder ou de finalidade, o que implica a nulidade do ato.⁶⁷

Em síntese, a verificação da persecução da finalidade da lei é um de seus componentes imprescindíveis para verificar se o agente público que a aplica está observando o princípio da legalidade administrativa.

A observância do princípio da razoabilidade também é imprescindível de ser verificada para analisar-se se o ato do agente público observou o princípio da legalidade.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 75.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 112.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 2. tir. São Paulo, 2007, p. 13.

⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 106-107

Atos administrativos discricionários, que fogem aos padrões da razoabilidade, do aceitável, do adequado aos níveis de conduta exigidos do homem médio pertencente à sociedade a que se destina também ferem o princípio da legalidade administrativa. Não pode o agente público, dentro da margem de discricionariedade que lhe foi conferida, agir ao alvedrio de suas paixões, de suas preferências pessoais desarrazoadas, de seus humores, causando efeitos não pretendidos pela lei.

Assim, no exercício do poder discricionário, há de ser verificado se o ato do agente público atendeu a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida⁶⁸.

Nesse sentido, são não apenas inconvenientes, mas ilegítimas e juridicamente invalidáveis, condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações ou circunstâncias que deveriam ser observadas caso detivesse atributos de prudência, sensatez e acatamento das finalidades previstas pela lei que conferiu a discricionariedade⁶⁹.

Destaca Celso Antônio Bandeira de Melo que, longe de se pensar que a análise da razoabilidade de um ato administrativo invade o âmago de seu mérito, ou seja, invadiria o campo de “liberdade” da Administração conferido pela lei, para decidir sobre a conveniência e oportunidade. Isso não ocorre porque a liberdade conferida é a “liberdade dentro da lei”, ou seja, segundo as possibilidades que ela comporta, o que não compreende a adoção de atos desarrazoados, pois estes transbordam os limites legais. Mas ressalta que, havendo a discricionariedade conferida pela lei e respeitados seus limites, cabe ao administrador e não

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 108

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 108.

ao juiz [ou aos órgãos de controle] decidir qual a alternativa a tomar⁷⁰. Ou seja, dentro dos limites da razoabilidade cabe ao agente público escolher o que considera a alternativa adequada a ser adotada, escolha essa que deve ser respeitada, sob pena de ferir o princípio da separação dos Poderes.

A observância do princípio da legalidade administrativa também se deve dar quanto à proporcionalidade dos atos dos agentes públicos. O respaldo desse princípio não é outro senão o art. 37, conjuntamente com os arts. 5º, inciso II, e 84, inciso IV, da Constituição Federal⁷¹, pois dentro da margem de discricionariedade conferido pela lei à Administração, tem ela opções de agir de maneira a alcançar os objetivos visados pela norma jurídica. Contudo, principalmente, quando da aplicação de medidas restritivas de direitos, deve o agente público utilizar de meios ou medidas proporcionais aos resultados pretendidos. Assim, por exemplo, ao aplicar uma multa ou penalidade, ou estabelecer uma restrição de direito, no sentido de resguardar um bem ou interesse público, devem as medidas adotadas pela Administração guardar relação de proporcionalidade com os fins a que se destinam, com a finalidade prevista em lei.

Não basta que o ato administrativo cumpra as regras processuais e os procedimentos legais para considerar-se que observou a legalidade administrativa, mas a medida aplicada deve ser proporcional, ou seja, deve haver proporcionalidade entre a medida aplicada e os fins pretendidos pela lei.

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 109.

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 112.

Assim, os atos cujos conteúdos superem o necessário para atingir os fins visados pelo interesse público são ilegítimos, por desproporcionais, pois extrapolam os limites que naqueles casos lhes corresponderiam os fins visados pela lei, sendo, portanto, ilegais⁷².

Na análise dos casos concretos, à luz do princípio da proporcionalidade, devem-se observar os seguintes aspectos: a) “a adequação dos meios aos fins”, ou seja, que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a persecução do fim ou fins a ele subjacentes; b) “a necessidade”, ou a “menor ingerência possível”, que estabelece ser preciso a prova de que não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão; c) a “proporcionalidade em sentido estrito”, a qual determina que deve ser questionado se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma, devendo, então, os meios e fins serem colocados em equação, mediante um juízo de ponderação, visando aferir-se se o meio empregado é ou não desproporcional em relação ao fim.⁷³

O princípio da legalidade administrativa também há de ser verificado à luz do princípio da motivação do ato administrativo, ou seja, para ser considerado legal, o ato precisa ser motivado, devendo constar as razões que o fundamentam, e essas razões devem estar albergadas pelo Direito.

Mas não basta que o ato esteja motivado, pois tal motivação há de ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. No caso dos atos vinculados, por haver pequena margem de interferência de juízos subjetivos do administrador, basta a exposição do fato e da regra de Direito aplicanda. Porém, no caso de atos discricionários ou naquelas situações em para a prática do ato vinculado haja a necessidade de aprofundada apreciação e sopesamento dos

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 109.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 1996, p. 382-383.

fatos e das regras jurídicas, também se faz necessário motivação detalhada, tais como em contenciosos administrativos ou em processos de licitatórios⁷⁴.

O fundamento jurídico para a necessidade de observância do princípio da motivação não é outro senão a cidadania, fundamento do Estado Democrático de Direito, além do poder popular e do direito ao controle jurisdicional, previstos nos arts. 1º, inciso II, e Parágrafo Único, e 5º, inciso XXXV, da Lei Maior, respectivamente. Assim, a motivação do ato administrativo permite aos cidadãos exercer o poder político de saber os “porquês” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito, com o fim de verificar se se ajustam à lei. Caso não haja tempestiva e suficiente fundamentação, os atos administrativos são ilegítimos e invalidáveis⁷⁵, ferindo o princípio da legalidade administrativa.

A observância do princípio da legalidade administrativa também deve ser verificada pelo exame do cumprimento princípio da ampla responsabilidade do Estado. Em outras palavras, a constatação da legalidade há de ser analisada à luz de sua contrapartida – a ilegalidade. Isso porque, ao praticar ilegalidade incorre o Estado no dever de reparar os danos causados, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal. Assim, não teria sentido ou alcance jurídico algum o princípio da legalidade se a responsabilidade do Estado, em matéria de atos administrativos, não fosse o seu reverso⁷⁶.

Por fim, para encerrar a exposição sobre a concepção atual do princípio da legalidade administrativa, na visão de Celso Antônio Bandeira de Melo, vale destacar que a lei, ou mais precisamente, o sistema legal, é o fundamento de toda e qualquer ação administrativa. Assim, a expressão legalidade deve ser entendida como “conformidade à lei” e, por consequência, conformidade com as subsequentes normas que a Administração expeça para regular mais

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 112.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 112-113.

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80.

estritamente sua própria discricionariedade, o que faz a expressão legalidade adquirir um sentido mais amplo⁷⁷. Nesse sentido, declara que a submissão do Estado de Direito aos parâmetros da legalidade vai desde as disposições constitucionais, passando pelos termos das leis e, por último, pelos atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público.⁷⁸

Assim, é desdobramento do princípio da legalidade administrativa o respeito, pela Administração, quando praticar atos individuais, aos atos genéricos que expediu com base na lei, para regular seus comportamentos ulteriores⁷⁹.

Tal entendimento também é corroborado por Eros Grau, quando afirma que a Administração vincula-se à lei, mas às normas jurídicas, inclusive às que tiver editado, em decorrência de lei⁸⁰.

Em outras palavras, o princípio da legalidade administrativa também deve ser observado, ao se verificar se os entes estatais cumpriram, em seus atos administrativos, os dispositivos normativos infralegais por eles expedidos, para regular sua própria conduta. Isso porque é reconhecido que a lei, em várias oportunidades, ao regular abstratamente as situações, confere ao administrador o encargo de eleger, no caso concreto, a solução que entenda ajustar-se, com perfeição, às finalidades da norma, situação a qual requer, caso a caso, a análise da conveniência e oportunidade⁸¹.

Defender que, no Estado atual, por desempenhar função marcadamente reguladora, e em face da necessidade de cumprimento do princípio da eficiência, não deve haver a

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 76-77.

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 2. tir. São Paulo, 2007, p. 10-11.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 77.

⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p.181.

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 77.

observância do princípio da legalidade administrativa, equivale a querer fugir dos limites e controles próprios do sistema de freios e contrapesos do regime democrático.

Isso posto, afirma-se que essa será a concepção do princípio da legalidade administrativa que servirá de alicerce à análise dos limites do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo TCU. Em outras palavras, a análise levará em conta que, mesmo reconhecendo haver graus variados de vinculação da Administração à norma legal, está ela sujeita à observância do referido princípio – inclusive submetendo-se às suas implicações ou decorrências, como os princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado, além de que, mais do que a lei, o sistema legal é o fundamento de toda e qualquer ação administrativa, conforme o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Ressalte-se que se respeita, embora que não se concorde, com a corrente que defende o grande afrouxamento do controle dos atos discricionários, mormente dos entes reguladores. No entanto, afirma-se que a interpretação esposada nas linhas anteriores mostra-se muito mais consentânea com o modelo de Estado Democrático de Direito e com a valorização e respeito às regras e princípios da Carta Constitucional brasileira.

2.3.2 A Delegação Legislativa

As cartas constitucionais dos diversos países, ou mesmo o costume jurídico, por vezes, estabelecem a possibilidade de a função legislativa ser delegada a membros de outros Poderes, para que possam emitir normas primárias.

Entre os motivos para delegação legislativa, destaca-se o de estabelecer mecanismos para regular situações urgentes e relevantes, ou para sanar a necessidade de regramento de situações especiais ou específicas. Como um dos principais motivos para a delegação figura o

argumento de que o processo legislativo clássico, imanente à produção normativa pelo Poder Legislativo, composto por várias etapas de discussão e votação, muitas vezes, não pode atender, de maneira mais célere e com grau de detalhamento necessário, o que a necessidade específica requerer.

Ressalte-se, porém, que não se deve confundir delegação legislativa com regulamentação, visto que o exercício do poder regulamentar, pelo Executivo, não decorre de uma delegação legislativa. O poder regulamentar provém da função normativa do Poder Executivo de expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Já a delegação legislativa é a autorização, para outro Poder, normalmente o Executivo, emitir normas primárias, ou seja, leis ou normas com força de leis.

Destaque-se ainda que a delegação legislativa relaciona-se diretamente ao princípio constitucional da legalidade administrativa, constituindo exceção à clássica divisão das funções entre os três Poderes, própria dos regimes democráticos, motivo pelo qual será apreciada nesse trabalho. Acrescente que tal fenômeno é uma realidade em diversos países, pois, na verdade, o Legislativo jamais exerceu, com exclusividade, a função de elaborar normas jurídicas.

Adiante, o tema terá como foco a realidade brasileira, segundo as disposições constitucionais e doutrinárias pátrias, de modo que a interpretação sobre o assunto possa realizar-se segundo os limites, regras e princípios constitucionais em vigor no Brasil, e não no estrangeiro. Far-se-á, porém, remissão ao instituto da delegação legislativa em outros países, mas somente quando imprescindível à exposição da temática em relação ao Brasil.

Nesse sentido, passando em vista outros países, apresentam-se três formas pelas quais ocorre a delegação legislativa a outros Poderes do Estado, para que editem normas primárias.

A primeira forma, denominada “delegação sem previsão constitucional”, tem como maior exemplo os Estados Unidos da América, país em que os princípios da separação dos poderes e da indelegabilidade de atribuições foram sofrendo, ao longo do tempo, reinterpretações que possibilitaram a ampliação da atividade normativa do Executivo⁸². Destaque-se, porém, que a delegação legislativa nos EUA, para ser considerada aceitável, requer que seja feita por uma lei formal de delegação que especifique as fronteiras materiais e objetivas dentro das quais a autoridade delegada pode legislar, de modo a evitarem-se riscos desmensurados de restrições indevidas à liberdade. Ao contrário, se a delegação legislativa importa em total abdicação da função constitucional do legislador, ficando a autonomia individual ao alvedrio da autoridade delegada, tal delegação é tida por abusiva e inconstitucional⁸³.

A segunda forma, nominada de “delegação com assento constitucional”, prevista nas Cartas Constitucionais mais modernas, tem como exemplos a Itália, Portugal, França, Espanha e Reino Unido, cujas Constituições e, no caso do Reino Unido, o Parlamento, autorizam o Governo a exercer a função de legislar normas primárias, sobre matérias específicas, seguindo princípios e critérios determinados⁸⁴.

A terceira, denominada “função legislativa decorrente de atribuição”, é que trata da possibilidade de o Executivo, em situações graves e excepcionais, deter o poder de legislar sobre determinadas matérias, sem a necessidade de prévia autorização do Poder Legislativo. É considerada fruto do mundo contemporâneo, que reclama do Executivo, em situações especiais, o poder de legislar diretamente sobre determinadas matérias.

Como um dos exemplos de “função legislativa decorrente de atribuição” apresenta-se a Alemanha, cuja Constituição prevê a possibilidade de decretação, pelo Presidente da

⁸² CLÈVE, Clémerson Merlin. **Medidas provisórias**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 22

⁸³ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. **O congresso e as delegações legislativas**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 81.

⁸⁴ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Medidas provisórias**. 2. ed. ver. ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 23-26.

República, do estado de emergência legislativa. Nessa situação, poderá ser adotado um projeto de lei rejeitado pelo Parlamento Federal e, em caso de o Legislativo rejeitá-lo novamente ou aprovar uma versão considerada inaceitável pelo Governo Federal, o projeto torna-se lei, desde que obtenha a aprovação do Conselho Federal. Também se torna lei se o projeto não for votado pelo Parlamento Federal, em quatro semanas depois de novamente proposto. A França também constitui outro exemplo, pois sua Constituição estabelece matérias que são tratadas por lei e outras por regulamento. Nesse sentido, o art. 34 da Constituição francesa prevê assuntos reservados à lei, enquanto os demais temas, de forma residual, devem ser tratados por regulamentos, nos termos do art. 37. Esses constituem regulamentos autônomos, materialmente têm o caráter de verdadeiras leis, pois podem inovar na ordem jurídica⁸⁵.

Mas mesmo enfocando a realidade brasileira, tratar do tema delegação legislativa é matéria árdua, pois a doutrina não é uníssona em relação ao assunto. Muito pelo contrário, há profundas divergências entre os autores. Ou seja, há pontos de vista doutrinários para todos os gostos, sobre os quais se apresentará adiante uma síntese, sem prejuízo de expor, ao final, aquele que mais se adéqua à concepção do subscritor deste trabalho.

Antes, contudo, deve ser ressaltado que o tema da delegação legislativa não pode ignorar a realidade, pois o papel do direito constitucional e de seu astro maior, a Constituição, não é o mesmo do século XVIII. Tal direito, concebido inicialmente como forma de frear o poder absoluto dos governantes, dos soberanos, passou, de uma feição garantista, absenteísta, típica do Estado liberal, a desempenhar papéis de diversas finalidades. Assim, o modelo atual de Estado passou a intervir, prestar serviços e atuar nos diversos segmentos sociais, coordenando-os, de acordo com as diretrizes e princípios das cartas constitucionais. Isso porque o Estado, por força dos movimentos sociais, vem sendo pressionado a realizar

⁸⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Medidas provisórias**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 27-29.

políticas públicas, sendo-lhe cobradas posturas positivas e participativas. Isso para que venha a possibilitar, além da liberdade e da igualdade, vida digna aos cidadãos, aos administrados, aos jurisdicionados⁸⁶.

No Brasil, como dois exemplos clássicos de delegação legislativa, com previsão constitucional, apresentam-se as medidas provisórias e as leis delegadas.

As primeiras, segundo o art. 62 da Constituição Federal, editadas em casos de relevância e urgência, pelo Presidente da República, têm força de lei, devendo ser submetidas de imediato ao Congresso Nacional. Têm vigência de sessenta dias, contados da edição, prazo que pode ser prorrogado, uma vez, por igual período. Destaque-se que há vedações quanto aos temas sobre os quais podem versar, pois é vedado disporem sobre matérias relativas à nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; direito penal, processual penal e processual civil; organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; detenção ou seqüestro de bens, poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; lei complementar; bem como matéria disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Mesmo sujeitas a limitações quanto à matéria, tempo de vigência e eficácia, previstas nas disposições do art. 62 da Constituição Federal, as medidas provisórias têm sido utilizadas com extremo excesso e abuso, não só por, na prática, não respeitarem os requisitos de urgência e relevância⁸⁷, mas também por versarem sobre temas que poderiam ser discutidos e votados no Parlamento. Isso tem causado grande fortalecimento do Poder Executivo, o qual

⁸⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras**: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 104.

⁸⁷ ALVES FILHO, Garibaldi. Garibaldi: medidas provisórias deveriam ser editadas apenas em casos excepcionais. Agência Senado. mar. 2008. **Direito2.com.br**, Brasília, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.direito2.com.br/asen/2008/mar/19/Garibaldi:medidasprovisóriasdeveriamserseditadasapenasemcasosexcepcionais>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

além de administrar, passou a deter papel destacado na elaboração de normas, com força de legislação primária, o que, concomitantemente, tem causado o enfraquecimento, o aviltamento do papel do Legislativo. Tal fenômeno tem causado distorções importantes no equilíbrio de forças entre os Poderes.

Na prática, tudo – ou quase tudo⁸⁸ – é objeto de medida provisória, pois basta que a matéria seja do interesse do Chefe do Poder Executivo, ou dos grupos com forte influência no Planalto, para que seja expedida uma medida provisória, pois são raríssimos os casos em que o Congresso Nacional as tem rejeitado por ausência de relevância e urgência.

Outro instituto clássico de delegação legislativa no Brasil são as leis delegadas, previstas no art. 68 da Lei Maior. São elaboradas pelo Presidente da República, após solicitar delegação ao Congresso Nacional, e receber dele autorização por meio de resolução, que deve especificar seu conteúdo e os termos de seu exercício. Também há limites quanto às matérias que podem versar, pois não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

Entretanto, pouquíssimas vezes foram editadas leis delegadas⁸⁹, pois, na prática, as medidas provisórias propiciam ao Chefe do Executivo muito mais liberdade para legislar, porque independem de autorização prévia do Legislativo e não se sujeitas à delimitação de conteúdo, exceto as vedações constitucionais. Além disso, as medidas provisórias, assim

⁸⁸ ARAKAKI, Allan. Brasil: o país das medidas provisórias. **Jus Vigilantibus**, Vitória, abr. 2010. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/31014>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

⁸⁹ Segundo dados da Presidência da República, desde 1962 até 2010, foram editadas apenas treze leis delegadas, sendo onze delas no ano de 1962, pelo Presidente João Goulart. BRASIL. Leis Delegadas. **Planalto**, Brasília, abr. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Ldl/Quadro_LDL.htm>. Acesso em: 11.04.2010.

como os antigos decretos-leis, afinam-se muito mais com a tradição autoritária brasileira, marcada pelo enorme peso do Executivo, frente aos demais Poderes.

Mas, caso não houvesse exacerbação do uso das medidas provisórias, as leis delegadas poderiam efetivamente constituir importante instrumento de delegação legislativa. Isso porque haveria clara articulação entre o órgão delegante e o delegado, mediante requerimento prévio do Executivo, em que exporia as necessidades da delegação, seguida da demarcação de seu conteúdo e dos termos de seu exercício, sem o aviltamento das funções parlamentares, que ocorre com o excesso de medidas provisórias.

Mas as medidas provisórias e leis delegadas não constituem, para uma parte de doutrinadores, os únicos exemplos de delegação legislativa. Isso porque, embalados pela concepção de que o Estado Democrático de Direito é hoje regido não só pela lei, mas também pelo Direito, alguns juristas têm defendido que a Administração Pública poderia receber delegação legislativa também de outras formas.

Tais ideias baseiam-se no argumento de que o Parlamento, por si só, não é capaz de sozinho enfrentar os problemas da sociedade de massas do final do século XX e do XXI, pois não são descabidas as críticas pela falta de dinamismo, direção e diretrizes políticas que deveriam advir do Legislativo, para resolver os problemas sociais e econômicos do mundo atual.

Antes de expor o ponto de vista de doutrinadores, para facilitar a exposição do assunto, importante apresentar a classificação das normas, feita por Marcelo Figueiredo, quanto à hierarquia: “normas superprimárias”, que são as normas constitucionais; “normas primárias”, as editadas pelo Poder Legislativo, leis delegadas e atos normativos do

Parlamento e “normas secundárias”, que são os regulamentos, categoria genérica, ou decretos⁹⁰.

Marcelo Figueiredo afirma que a engenhosidade dos homens acaba construindo meios tortuosos de burlar o sistema constitucional e seus comandos, criando mecanismos, nem sempre constitucionais, que aumentam mais ainda concentração de poderes no Executivo. Exemplificando, afirma haver delegações abertas e irresponsáveis conferidas pelo Legislativo ao Executivo; atentados à reserva legal; delegações “travestidas” que acabam conferindo poderes ao Executivo, sem limites pré-estabelecidos; ou o “simples” abuso no uso da delegação, pelo Poder Executivo, que a pretexto de implementá-la, confere a si próprio poderes e competências que a lei jamais lhe conferiu.⁹¹

Afirma o autor que tal fenômeno é tormentoso e não pertence somente à realidade brasileira. Declara que o preocupa, desde logo, a tendência de ver, no poder normativo do Executivo, um novo desenho, uma nova competência, que estaria a conferir poderes hauridos diretamente do texto da Constituição ao Poder Executivo e seus agentes, para criar direito novo, ou seja, inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações, mesmo ausente norma infraconstitucional a disciplinar a hipótese. Outra matéria que Marcelo Figueiredo questiona é se seria legítima e constitucional a passagem de poderes e competências a outras entidades autônomas e quais os fundamentos e limites.⁹²

⁹⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras**: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 142.

⁹¹ FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras**: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa. São Paulo: Malheiros, 2005, p.145-146

⁹² FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras**: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa. São Paulo: Malheiros, 2005, p.146.

Essas novas concepções de delegação legislativa conduzem ao tema das agências reguladoras, sua produção normativa e seus limites. O que afirma constituir a principal dificuldade da matéria, quando em confronto com a teoria constitucional⁹³.

A temática das agências reguladoras aqui vem à tona, em face de as normas constitucionais que a preveem e as leis que as instituíram estabelecerem que elas têm a função de órgãos reguladores dos setores em que atuam, ou seja, que dispõem de poder normativo. Mas, os significados das palavras “regular” e de seus derivados “regulador” e “regulação” têm aberto margem a diversas formas de interpretação sobre os limites do poder normativo das agências, matéria a ser tratada à frente. Adiante-se, porém, que o poder normativo dos entes reguladores – autarquias que são – relaciona-se intrinsecamente com o princípio constitucional da legalidade administrativa, devendo, pois, ser analisado à sua luz.

Di Pietro afirma que a palavra “regulador” não confere funções legislativas propriamente ditas às agências, com possibilidade de inovar na ordem jurídica, pois isso contrariaria o princípio da separação dos Poderes e a norma [princípio] constitucional que estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Acrescenta que ao falar em órgão regulador, a Constituição reconhece às agências – e ressalta somente às previstas na Lei Maior – a possibilidade de regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios, *standards*, como as agências norte-americanas⁹⁴.

Lúcia Valle Figueiredo também expressa o mesmo posicionamento de Di Pietro, ressaltando que a lei não pode outorgar às agências reguladoras papel normatizador em sentido estrito, mas destaca que ao exercer atividade subconstitucional ou *sub legem*, poderão as agências, dentro das estritas balizas legais e constitucionais, estabelecer parâmetros técnicos. Nesse sentido, afirma que não vê proibição de as agências reguladoras, em face do

⁹³ FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 148.

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.157.

interesse público, editarem normas modificando alguns *standards* técnicos, por exemplo, em questões de grande mutabilidade técnica, como em matéria de saúde pública⁹⁵.

Alexandre Aragão apresenta posicionamento muito mais amplo quanto ao poder normativo da Administração Pública, o qual denomina de poder regulamentar. Chega a afirmar a possibilidade de haver regulamentação não somente de leis ordinárias, mas da própria Constituição, sem a necessidade daquelas leis. Em outras palavras, admite esse doutrinador que se há a previsão constitucional de que leis ordinárias sejam regulamentadas, não poderia a Lei Maior excluir a si própria de ser regulamentada, por normas infralegais editadas pela própria Administração, como forma de cumprir os fins previstos constitucionalmente. Assim, admite a possibilidade de que se tal órgão deve realizar tal serviço público (fim), receberia poderes implícitos diretamente da Carta Constitucional para adotar as providências necessárias – entre elas, a de editar atos normativos – para cumprir tal fim, independentemente da necessidade de lei ordinária. Assevera que mesmo recebendo poderes implícitos, estaria a Administração a executar o espírito da lei ou do sistema jurídico como um todo, o que não deixa de ser a regulamentação de *standards* ou finalidades gerais⁹⁶.

Claro está que o posicionamento de Alexandre Aragão apresenta sérios perigos ao Estado Democrático de Direito, por poder resultar na falta de balizamentos para que possa haver controle sobre o poder normativo dos entes da Administração. Por esse motivo, faz a ressalva de que a possibilidade de poder normativo ser conferido em termos amplos e, às vezes, implícitos não pode isentá-lo de serem apresentados os parâmetros suficientes para que a legalidade e/ou a constitucionalidade dos regulamentos sejam aferidos⁹⁷.

⁹⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 144-145.

⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 410-411.

⁹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 411.

Eros Roberto Grau também tem entendimento bem amplo quanto ao poder normativo da Administração Pública. Considera que o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição deve ser tomado em termos relativos, admitindo que não haveria descumprimento do princípio quando a Administração, utilizando dos poderes normativos, explícita ou implicitamente a ela conferidos, chega a editar ato normativo não legislativo, porém regulamentar (ou regimental), que venha a definir obrigações de fazer ou não fazer alguma coisa a seus destinatários. Isso porque considera que, somente quando a Lei Maior é explícita, quanto à necessidade de lei em sentido formal, é que o referido princípio deve ser tomado em termos absolutos⁹⁸.

Assim, segundo o autor, somente quando a Constituição determina expressamente a necessidade de lei é que o princípio da legalidade deveria ser considerado em termos absolutos. Em outras palavras, somente haveria a necessidade de lei formal para os casos expressamente previstos na Lei Maior, como se dá para a previsão de crimes ou penas, para a instituição de tributos e nos casos em que seja necessária a autorização por lei para o exercício de atividade econômica etc. (arts. 5º, inciso XXXIX; 150, inciso I, e 170, Parágrafo Único, respectivamente). Nos demais casos, considerando que a Constituição não contém palavras inúteis, não haveria a necessidade de lei em sentido formal, segundo Eros Grau.

Declarando sua preocupação com o uso sistemático e massificado do poder normativo pela Administração, no mundo atual, Marcelo Figueiredo afirma que tal fenômeno afeta sensivelmente a vida social e o desenvolvimento humano. Isso porque fere o direito subjetivo público de o cidadão brasileiro, o indivíduo, ter suas condutas e ações previamente

⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 247.

debatidas e previstas em abstrato pelos poderes instituídos, nos limites e nas disposições constitucionais⁹⁹.

Adianta que, ao se levarem às últimas consequências essas tendências de exacerbação do poder normativo aos órgãos do Executivo, como parece ser uma inclinação da realidade contemporânea, todo e qualquer ato jurídico, “autorizado por uma lei”, ainda que vagamente, poderia criar direitos, obrigações e deveres jurídicos. Tais medidas, sem os controles demarcados em uma norma jurídica democrática e constitucional, não se afinam com os padrões do Estado Democrático de Direito¹⁰⁰.

Nesse sentido, afirma Marcelo Figueiredo que, segundo o atual regime constitucional brasileiro, ao contrário do norte-americano, não haveria como criar “entidades intermediárias”, com poderes legislativos, para edição de normas primárias for falta de espaço, assento ou previsão constitucional. E para que isso fosse possível, necessária se faria a convocação do poder constituinte originário para implantar um modelo que o permitisse.¹⁰¹

Embora não aceitem haver a possibilidade de delegação legislativa para a edição de normas primárias ou normas que tenham seus efeitos, Marcelo Figueiredo¹⁰² e Marçal Justen Filho¹⁰³ afirmam claramente que entendem possível que haja o exercício de delegação normativa secundária do Legislativo ao Executivo. Em outras palavras, aceitam os autores que o legislador, dentro do espaço normativo que lhe foi atribuído pela Constituição, poderá exercer sua competência de forma exaustiva ou não. Ou seja, poderá, em certas matérias, haver um espaço normativo de delegação.

⁹⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras**: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 132 e 136

¹⁰⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras**: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 135 e 138.

¹⁰¹ FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras**: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 176.

¹⁰² FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras**: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 186.

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 513.

Esse espaço normativo de delegação, segundo o Marcelo Figueiredo, pode ser interpretado pelos conceitos de “supremacia geral” e “supremacia especial”, apresentados por Celso Antônio Bandeira de Mello, os quais podem ser aplicados para explicar ou interpretar quais os limites do poder normativo das agências reguladoras, o papel e a postura jurídica desses entes, seu poder (competência) jurídica, sua quintessência.¹⁰⁴

A “supremacia geral” é o poder de que detém a Administração, por ser a executora das leis administrativas, de exercer autoridade sobre todos os cidadãos que estejam sujeitos ao império dessas leis. Ou seja, é o poder de a Administração exercer seu poder de polícia, tendo por instrumento atos administrativos, que se aplicam a todos que estejam sujeitos às leis administrativas gerais¹⁰⁵.

Deve ser destacado que a Administração, com base na “supremacia geral”, como regra, não possui poderes outros para agir, senão extraídos diretamente da lei. Ou seja, as leis gerais, aplicáveis a todos os destinatários, em regra, somente permitem que a Administração aja, estritamente, segundo as disposições expressas na lei. Já quando amparada na “supremacia especial”, poderia atuar, tendo por base poderes não extraídos diretamente da lei, mas de relação específica que lhe conferisse essa prerrogativa.¹⁰⁶

Segundo, Celso Antônio Bandeira de Mello, inserem-se na denominada “supremacia especial” os atos que atingem os usuários de um serviço público, por eles atingidos por conta deste especial relacionamento; os atos relativos aos servidores públicos ou aos concessionários dos serviços públicos, tanto quanto os de tutela sobre as autarquias.

Assim, a “supremacia especial”, também denominada de “relação especial de sujeição” é o poder de que dispõe a Administração de agir, tendo com base uma relação

¹⁰⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras**: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 282 e 286.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 810.

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 810-811.

específica, da qual extrai o fundamento jurídico atributivo de sua atuação. É o que se dá quando o Estado mantém relações específicas com um círculo de relações muito diversas das que mantém com a generalidade das pessoas, em que se fazem necessárias atribuições e poderes especiais, exercitáveis, dentro de certos limites, pela própria Administração¹⁰⁷.

Como exemplos de relações sujeitas à “supremacia especial”, Celso Antônio Bandeira de Melo cita: a relação mantida entre o Estado e o servidor público, que se diferencia da relação mantida com as demais pessoas; a relação entre uma faculdade pública com os alunos nela matriculados, diferentemente da que mantém com aqueles que não são matriculados; a relação mantida entre asilos ou hospitais públicos ou mesmo estabelecimentos penais com quem neles esteja internado, relação distinta da que mantêm com quem não ali esteja; da relação mantida entre uma biblioteca pública com seus usuários, relação diferente da mantida com pessoas que nunca nela entraram ou não se interessaram em ali se matricular¹⁰⁸.

Para reger tais relações, sujeitas à “supremacia especial”, necessário se faz que os entes estatais nelas envolvidos estabeleçam regras para o funcionamento dos estabelecimentos, para normatizar sua disciplina interna, as quais podem conter tanto restrições, como certas disposições benéficas, tais como: as disposições relativas à vida funcional dos servidores públicos; as regras dos estabelecimentos de ensino dirigidas aos alunos, estabelecendo horários, disposições disciplinares, sanções, outorgas de benefícios e prêmios; ou normas relativas à boa ordem, higiene e segurança dirigidas aos internados, bem como a horários de visitas em hospitais; regras concernentes à utilização dos livros em uma biblioteca, como o número de dias para empréstimo, sanções por atrasos na devolução,

¹⁰⁷ B MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 811.

¹⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 811-812.

obrigação de silêncio nas suas dependências; o mesmo valendo para normas internas de disciplinas e funcionamento de albergues, de prisões e manicômios¹⁰⁹.

Realmente, fugiria ao bom senso, à razoabilidade, que para reger todas as diversas situações envolvendo os estabelecimentos públicos acima indicados houvesse a necessidade de leis e, unicamente, de leis específicas e minudentes sobre todos os aspectos de sua relação com seus usuários. Tal demanda tornaria um caos o processo de produção legislativa, pois este teria que acompanhar diurnamente a evolução dos problemas, das demandas e das particularidades de todos os órgãos e entidades da Administração Pública e do público que com ela mantivesse relações. Tais regras, se fossem possíveis de ser editadas pelo Legislativo, certamente, instaurariam uma série de contrassensos e ficariam logo defasadas, o que configuraria situações impróprias e inadequadas.

Mas o cenário altera-se quando se vislumbram certas atividades privadas, tais como as áreas de planos de saúde e de previdência privada, pois nessas situações não se verificam, a princípio, explicitamente, vínculos diretos entre a atuação do particular e o Estado. Mas, apesar da estranheza que possa causar, segundo Marçal Justen Filho, basta considerar a estreita relação entre certas atividades privadas e o interesse coletivo, para que tal surpresa possa ser superada. Assim, defende o autor que também há uma relação de “supremacia especial” nessas situações, porque o Estado tem o dever de intervir no âmbito do domínio econômico, para assegurar, quer a desnaturação dos processos de mercado, quer a realização de valores sociais e políticos fundamentais. Em consequência, defende que se a iniciativa privada comporta a disciplina regulatória por parte do Estado, tal disciplina dar-se por meio de competência vinculada ou discricionária¹¹⁰.

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 813.

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 536.

Comunga do mesmo pensamento Alexandre Aragão, ao afirmar que ante as atividades privadas de interesse público, em que são prestados serviços particulares mediante uma relação contratual relacional com os consumidores, há a necessidade de uma regulação normativa. Isso porque tais consumidores são colocados em uma posição de assimetria informacional e econômica em relação aos prestadores de serviços, o que faz mister a ingerência de uma entidade ou órgão regulador para controlar, regular, essa relação que se prolonga no tempo¹¹¹.

Então, para as relações acima descritas, não se vê como o Legislativo possa dar cabo de produzir normas específicas e minudentes, afora preceitos legais gerais. Ao ver de Marcelo Figueiredo¹¹², – posição com que também se concorda – essa situação pode ser aplicada ao universo da relação entre as agências reguladoras e as empresas que atuam nos setores regulados. Ou seja, o poder normativo das agências reguladoras estaria albergado pelo que a doutrina denomina de “supremacia especial”, também chamada de “relação especial de sujeição”, da qual a própria entidade estatal – no caso as agências – extrai poderes para editar normas reguladoras das condutas dos entes regulados.

Alexandre Aragão, ao tratar das relações especiais de sujeição, afirma que o princípio da legalidade não incide sobre elas com a mesma rigidez com que é aplicado nas relações de “supremacia geral”. Isso porque há uma relação prévia entre o administrado e a Administração, para a qual o primeiro teria, via de regra, consentido, por meio, por exemplo, da celebração de um contrato de concessão ou do requerimento de uma autorização¹¹³.

Mas, deve ser sempre ressaltado que, nos regimes democráticos, cabe à figura da lei – em sentido formal – o papel de norma estabelecadora das restrições das condutas dos

¹¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 394-395.

¹¹² FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 282.

¹¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 140.

particulares, por isso, necessário se faz firmar os limites em que os poderes normativos decorrentes da “supremacia especial” podem ser exercidos.

Nesse sentido, são importantes os seguintes condicionamentos, considerados indispensáveis, estabelecidos na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, para reger os poderes (sejam restritivos, sejam ampliativos) decorrentes da denominada “supremacia especial”:¹¹⁴

a) têm que encontrar seu fundamento último em lei que, explícita ou implicitamente, confira aos estabelecimentos e órgãos públicos em questão atribuições de expedir regimentos, os quais constituirão especificações dos comandos legais;

b) os poderes devem ter com fundamento imediato as mesmas relações de sujeição especial, como, por exemplo, poderes contratuais encontram fundamentos no contrato;

c) restrinjam suas disposições ao que for instrumentalmente necessário ao cumprimento das finalidades que regem as ditas relações especiais;

d) devem manter-se rigorosamente afinados com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de maneira que todo excesso constitua ato inválido;

e) devem conservar seu objeto ao que for relacionado tematicamente e, em geral, tecnicamente, com a relação especial em causa;

f) não podem infirmar qualquer direito ou dever, ou seja, não podem contrariar ou restringir direitos, deveres ou obrigações decorrentes de norma (princípio ou regra) constitucional ou legal, nem prevalecer contra a superveniência desses;

g) não podem, de maneira alguma, exceder em nada, absolutamente nada, o que seja estritamente necessário para o cumprimento da relação de “supremacia especial” em causa;

¹¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 814-815.

h) não podem produzir, por si próprias, consequências que venham a restringir ou afastar interesses de terceiros, ou os coloquem em situação de dever, pois da “supremacia especial” somente resultam relações circunscritas à intimidade do vínculo mantido entre a Administração e quem nele se encontra internado. Ressaltem-se, somente, as decisões cujos efeitos, por simples consequência lógica, repercutam na situação de um terceiro.

Verifica-se, pois, que a teoria da “supremacia especial” é capaz de explicar o poder normativo de que dispõem as agências reguladoras, pois as agências mantêm com as empresas que atuam nos setores regulados relações especiais, para as quais necessária se faz a edição de normas reguladoras. Tais normas têm a qualidade de poder acompanhar especificamente, quanto aos setores em que atuam, sua evolução, particularidades, constantes modificações de demandas e advento contínuo de novas tecnologias.

Essa dinâmica as leis em sentido formal não conseguiriam contemplar, cabendo, pois, ao Legislativo, como se vem verificando atualmente, editar preceitos gerais, *standards*, por simples impossibilidade prática de exercer sua competência de forma exaustiva.

Contudo, deve ser sempre ressalvado que não se coaduna com a ordem constitucional que uma lei restrinja-se a estabelecer certos padrões abstratos e genéricos (*standards*), remetendo às agências reguladoras o poder de normatizar integralmente a matéria. Cabe, pois, a tal lei estabelecer parâmetros suficientes para que a legalidade e a constitucionalidade das normas editadas pelos entes reguladores possam ser aferidas¹¹⁵. Desse modo, preservam-se as conquistas do Estado Democrático de Direito, sem prejuízo de conferir agilidade e eficiência às agências reguladoras.

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 524.

Por fim, por ser assunto que sempre permeia os temas de delegação legislativa e poder normativo da Administração Pública – aí incluídas as agências reguladoras –, cabe ainda breve apreciação sobre a diferença – se é que há – entre regulamentação e regulação.

2.3.3. Regulamentação e Regulação

Adentrar na busca da definição dos termos “regulamentação” e “regulação” é cada vez mais mergulhar em assuntos em que a doutrina também apresenta sérias divergências.

De maneira simples, poderia considerar-se que “regulamentação” é o poder conferido ao Presidente da República para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis, conforme estabelecido no art. 84, inciso IV, da Constituição Federal.

Já a palavra “regulação”, é mais complexa, pois seu conceito abrange várias acepções e não provém do Direito, passando a ser muito utilizada no Brasil, após o advento das agências reguladoras. Normalmente, em Direito Econômico, transmite o sentido da atividade conferida aos órgãos estatais reguladores, compreendendo os misteres de normatização, resolução de conflitos, de fiscalização e aplicação de sanções nos setores regulados, conforme estabelecido nas leis que criaram ou instituíram as referidas agências.

Seria muito fácil se a doutrina fosse concorde com essas definições tão simplistas, o que, em se tratando de matéria de Direito, constituiria um caso raro. Assim, conforme esperado, os doutrinadores também apresentam divergências sobre os termos.

Há os que consideram que as normas expedidas pelas agências seriam regulamentos setoriais e, assim, os entes reguladores também exerceriam atividades de “regulamentação”. Há também quem entenda que cabe exclusivamente ao Presidente da República expedir regulamentos, enquanto há os que reconhecem competência para a expedição dessas normas por diversos órgãos do Poder Executivo.

Se não bastassem todas essas dissonâncias, há correntes que afirmam somente serem cabíveis no ordenamento jurídico pátrio os denominados decretos de execução, previstos no art. 84, inciso IV, da Lei Maior; enquanto outras vêm nas normas e princípios constitucionais poderes implícitos conferidos ao Executivo para expedir regulamentos, mesmo sem a existência de uma lei ordinária prévia.

Enfim, diante do cipoal de entendimentos doutrinários, cabe ao estudioso do Direito apresentar as principais correntes existentes, para, ao final, apontar a que abraça. *In caso*, para facilitar o entendimento dos sentidos dos termos “regulamentação” e “regulação”, quando vierem a ser utilizados nesta dissertação.

Di Pietro destaca que no Direito brasileiro esses termos não têm o mesmo significado. Para ela, “regulamentar” significa ditar regras jurídicas, atribuição que no Brasil é competência exclusiva do Poder Executivo e, nos termos do art. 84, inciso IV, é atribuição que não pode ser delegada, conforme o Parágrafo Único desse artigo¹¹⁶.

Já para a autora, “regular” significa estabelecer regras, independentemente de quem as edite, seja o Legislativo ou o Executivo, mesmo por meio de órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta. Afirma que o termo “regulação” constitui vocábulo de sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação em sentido mais estrito¹¹⁷.

Para Alexandre Aragão, a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, por meio das quais o Estado, mediante medidas restritivas da liberdade privada ou por atos indutivos, determina, controla, ou influencia no comportamento dos agentes econômicos, com o fim de evitar que

¹¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2002, p. 151.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2002, p.150.

sejam lesados os interesses sociais estabelecidos na Constituição, bem como os orienta em direções socialmente desejáveis¹¹⁸.

Esse autor afirma que a regulação envolve basicamente três poderes, quais sejam: o de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações. Sob a perspectiva de quaisquer desses poderes, declara que há três searas principais: a) a regulação dos monopólios, nas situações em que a competição é restrita ou inviável, de modo a evitar que eles lesem a economia popular, por meio do controle de preços e da qualidade dos serviços ou produtos; b) a regulação para a competição, como forma de assegurar a livre concorrência no setor privado e, no caso das atividades econômicas sensíveis ao interesse público, para o seu direcionamento a esse fim; c) regulação dos serviços públicos, com o objetivo de assegurar a sua universalização, qualidade e preço justo¹¹⁹.

Especificamente quanto aos regulamentos, é importante destacar as grandes divergências encontradas na doutrina pátria. Conforme informado, há posicionamentos bem restritivos, enquanto outros doutrinadores têm visão bastante ampliada do poder regulamentar.

Di Pietro destaca que há dois tipos de regulamentos: o regulamento executivo e o regulamento independente ou autônomo. O primeiro completa a lei, ou seja, “para sua fiel execução”, conforme o art. 84, inciso IV, da Constituição, não podendo estabelecer normas *contra legem* ou *ultra legem*. Também não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, tendo em vista que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, nos termos do art. 5º, inciso II, da Lei Maior¹²⁰.

¹¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 37.

¹¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 24-25.

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2002, p. 151.

Já quanto ao regulamento autônomo, destaca que inova na ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei prévia. No entanto, ressalta que a Constituição Federal limitou consideravelmente o poder regulamentar, não admitindo o regulamento autônomo. Como exceção, cita a previsão, implantada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001, que, alterando o art. 84, inciso VI, prevê que o Presidente da República, mediante decreto, possa “dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei”.¹²¹

Celso Antônio Bandeira de Mello também tem posicionamento na mesma linha de Di Pietro quanto aos regulamentos. Afirma que a interpretação do instituto do regulamento no Brasil, não pode dar-se à luz do direito alienígena, mas de acordo com o direito constitucional pátrio. Nesse sentido, afirma que o regulamento é ato geral e, de regra, abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei. Assim, assevera que, em nosso atual panorama constitucional, somente são cabíveis os regulamentos executivos ou de execução, destinados, portanto, à fiel execução da lei¹²².

O mesmo doutrinador é taxativo em declarar que as hipóteses previstas no art. 84, inciso VI – que afirma vêm sendo equivocadamente tratadas por alguns como de situações de regulamentos autônomos ou independentes – constituem apenas uma limitadíssima exceção, pois conferem poderes muito limitados ao Chefe do Executivo, situação totalmente dispare dos verdadeiros regulamentos independentes ou autônomos do Direito europeu¹²³.

Eros Grau tem posição bem diferente das de Di Pietro e Celso Antônio, pois afirma que o quadro constitucional brasileiro admite a edição de três tipos de regulamentos. Além

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2002, p.151-152.

¹²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 334 e 337.

¹²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 337.

dos “de execução”, assevera que podem ser editados os denominados “regulamentos autorizados” e os “regulamentos autônomos ou independentes”.¹²⁴

Regulamentos autorizados são os decorrentes de atribuição explícita da função normativa, por meio de ato legislativo, devendo tal poder normativo respeitar os limites da atribuição legal, podendo inclusive ser criada obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa. A título de exemplo, de regulamentos autorizados, Eros Grau cita o disposto no art. 153, § 1º, da Constituição Federal, que faculta ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos de importação, exportação, sobre produtos industrializados e operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários. Afirma que se inserem também nas hipóteses de regulamentos autorizados os decorrentes de leis ordinários que contemplam disposições do tipo “fica o Poder Executivo autorizado a regulamentar as atividades (...)”.¹²⁵

Os regulamentos autônomos ou independentes decorrem de atribuição do exercício de função normativa implícita no texto constitucional. Implicam o exercício da função normativa pelo Executivo, para o fim de viabilizar a atuação dele, no desenvolvimento de função administrativa, podendo também criar obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Eros Grau exemplifica-os com adequados às situações em que a Constituição assinala a competência da União – por meio do Executivo – para explorar determinados serviços públicos, quando a exploração dar-se mediante autorização, permissão ou concessão, hipóteses em que se impõe a edição de regulamento autônomo para regulamentar a exploração

¹²⁴ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 253.

¹²⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 252-253.

dos serviços. Cita também como exemplos de utilização de regulamentos autônomos as situações previstas nos incisos IX, X e XII, do art. 84 da Lei Maior¹²⁶.

Gustavo Binенbojm tem posição semelhante à de Eros Grau quanto aos regulamentos, defendendo, inclusive, a mesma tese para admitir também a existência do regulamento autônomo no Direito brasileiro¹²⁷. Vale ainda destacar que aquele autor considera que regulamentos não são apenas atos normativos editados pelo Presidente da República, mas também as normas emanadas das entidades administrativas dotadas de poder normativo. Afirma que a interpretação que restringe a edição de regulamentos a apenas a figura do Chefe do Executivo não condiz com a necessidade de uma Administração Pública descentralizada, que tem fundamento não só na previsão constitucional que possibilita a criação de autarquias e entidades reguladoras de setores específicos (art. 37, inciso XIX, e arts. 21, inciso XI, e 177, § 2º, inciso III, da Constituição), como também no princípio da eficiência. Assim, defende que o regulamento é um gênero, do qual são espécies o regulamento presidencial e o regulamento setorial. Afirma que enquanto o regulamento presidencial tem caráter mais geral e de maior alcance, o regulamento setorial tem como campo de incidência normativa o setor (econômico ou social) regulado¹²⁸.

Diante de tudo o que se expôs, pode-se afirmar que, para os fins desta dissertação, os termos regulamentação e regulação são considerados de sentidos distintos, embora relacionados. A regulamentação é a produção normativa infralegal utilizada tanto pelo Chefe do Executivo, como por órgãos e entidades da Administração Pública – aí incluídas as agências reguladoras – para regulamentar a lei, ou mesmo para concretizar e especificar os fins previstos nas cláusulas gerais ou *standards* previstos em leis. Ou, ainda, nas hipóteses

¹²⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 253.

¹²⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 171.

¹²⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 153-155.

supra-apresentadas, em que há a possibilidade de expedição de regulamentos autônomos, para diretamente executar as finalidades e princípios previstos na Constituição.

Já como conceito de regulação, sob a ótica da atuação estatal, pode-se interpretar que constitui um conjunto de atribuições de variada espécie, em que estão contempladas atividades relativas à normatização, resolução de conflitos, fiscalização e aplicação de sanções nos setores regulados. Isso porque, conforme entende Alexandre Aragão, o termo regulação contempla medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelos quais o Estado, mediante medidas restritivas da liberdade privada ou por atos indutivos, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos. Ou seja, a regulação envolve as atribuições de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações no setor regulado.¹²⁹

Feitas essas considerações, às quais se inserem na temática geral do princípio constitucional da legalidade administrativa, considera-se agora que se esteja apto a adentrar em outros temas relacionados ao escopo desta dissertação, Entre eles, o papel do Tribunal de Contas da União, matéria do capítulo seguinte.

¹²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 24-25 e 37.

3. O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PODER LEGISLATIVO COM O AUXÍLIO DO TCU

3.1 DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO

Ao se abordar o tema controle da Administração Pública, não se pode deixar de tratar de Democracia e Estado de Direito, pois é no seio dos regimes democráticos e nos Estados de Direito, que os mecanismos de controle encontram espaço ideal e devem fazer-se mais ativos, visando evitar os excessos no exercício do poder estatal.

Toda a concepção de controle da Administração Pública em uma Democracia tem a finalidade de tornar acessíveis os dados, a gestão, os rumos e as despesas a toda a população, a seus representantes e aos diversos órgãos e mecanismos de controle. Tudo com o objetivo de que o povo, o verdadeiro detentor do poder em um regime democrático, possa acompanhar a gestão estatal, verificando se os princípios e regras regedores da Administração Pública estão sendo observados.

Cabe também lembrar que os gestores dos recursos públicos, ao terem as entidades que dirigem fiscalizadas e suas contas sob apreciação, dentro do regime democrático, devem ter o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa. Tais fundamentais, não se esqueça, são um dos alicerces da democracia.

Assim, a conceituação de democracia é requisito fundamental antes de adentrar-se no tema controle da Administração Pública, embora a doutrina não seja uniforme quanta a sua definição, figurando o termo entre um dos mais polêmicos da ciência política.

Abraham Lincoln apresentou um dos conceitos que melhor retratam, em uma simples e ao mesmo tempo profunda expressão, o que seja democracia: "Democracia é o governo do povo, para o povo, pelo povo"¹³⁰. Tal definição tem o mérito de estabelecer, de ressaltar, de

¹³⁰ LINCOLN, Abraham. Lincoln's Address Gettysburg. **American civil war.com** Disponível em: <http://americancivilwar.com/north/lincoln.html>. Acesso em 29 set. 2010.

frisar, principalmente aos muitos "desavisados", que às vezes se encastelam no poder, sem lembrar que ali estão por meio do voto popular, sobre quem, em última instância, está (ou deveria estar governando), para quem se governa (ou para quem se deveria governar), e em nome de quem se governa (ou se deveria governar).

Hans Kelsen apresentou um conceito dinâmico da palavra, no sentido de que a democracia é sobretudo um caminho: o da progressão para a liberdade.¹³¹

É célebre a frase de Churchill a respeito do regime democrático: "A Democracia é a pior forma de governo, excetuando todas as outras formas que foram tentadas ao longo dos tempos".

Joaquim José Gomes Canotilho, ao falar sobre democracia representativa, afirma que a dimensão representativa do princípio democrático constitucional não pode ser concebida como uma simples "ideologia da classe burguesa", pois nela devem reconhecer-se aspirações de racionalização e de qualidade das prestações políticas (orientação de *outputs*).¹³² Verifica-se que o mestre português aborda a democracia relacionando-a com a qualidade das prestações políticas, o que inexoravelmente se materializa na qualidade dos serviços prestados pela Administração Pública.

Outro tema que não pode ser olvidado quando se aborda a concepção de democracia no Estado moderno é o de Estado de Direito. Concorda-se com José Afonso da Silva que afirma ser o conceito de democracia mais abrangente do que o de Estado de Direito, por realizar valores de convivência humana¹³³. O estudo desse último tema tem importância também singular. Isso porque não adianta o povo ter acesso ao poder, estar ali representado, se as regras estatuídas não são respeitadas, se o caráter mais importante da lei, sua

¹³¹ HANS, Kelsen. *Wesen und wert der demokratie*. **Wiener Juristische Gesellschaft**, Viena, set. 2010. Disponível em: <www.wjg.at/docs/wesen.doc>. p. 1-6 Acesso em: 27 set. 2010.

¹³² CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 402-403.

¹³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 116.

generalidade, não é observado, se a Administração Pública não respeitar os princípios constitucionais e adotar providências de caráter imoral, pessoal, não observando o Direito democraticamente posto.

O Estado de Direito, em uma Democracia, ao estabelecer o primado da lei, legitimamente promulgada, e o respeito às regras estatuídas, representa grande avanço sobre o arbítrio, sobre as decisões pessoais. Construído como importante marco para impor limites ao poder do soberano nos regimes absolutos, por implantar o respeito à lei, o Estado de Direito ainda se mostra como um processo em construção.

Ressalte-se que a expressão Estado de Direito normalmente apresenta um conceito tipicamente liberal, ou seja, contrapõe-se aos Estados absolutos, em que vigorava não a vontade da lei, democraticamente posta, mas a vontade do soberano. Considerando o conceito eminentemente liberal da expressão. Estado de Direito, esse se caracterizava por: submissão ao império da lei, divisão de poderes e pela presença de enunciados e garantias dos direitos individuais, conforme José Afonso da Silva.¹³⁴

Para Carl Schmitt, segundo a significação geral, a expressão Estado de Direito refere-se a todo Estado que respeite, sem condições, o Direito objetivo vigente e os direitos subjetivos que existem, o que significa legitimar e eternizar o *status quo*. Nesse sentido, poderiam ser considerados Estados de Direito o Império Alemão e o Império Romano da Nação Alemã.¹³⁵

Segundo esse autor, Max Weber afirma que o Estado de Direito da Idade Média foi um Estado de Direito com direitos subjetivos, um emaranhado de direitos bem adquiridos,

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 116.

¹³⁵ SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madri: Alianza, 1996, p. 141.

mas o moderno Estado de Direito é uma ordenação jurídica objetiva, ou seja, um sistema de regras abstratas.¹³⁶

Carl Schmitt afirma ainda que o conceito de Estado burguês de Direito recebe um sentido preciso quando, não se contentando com os princípios gerais da liberdade burguesa e de defesa do Direito, estabelecem-se certos critérios orgânicos que o sustentam como verdadeiro Estado de Direito. Seu fundamento geral é o princípio da distinção dos poderes, mas há conseqüências desse princípio que acentuam características especiais, tais como:¹³⁷

a) só valerá como Estado de Direito aquele em que não se podem intentar-se ingerências na esfera de liberdade pessoal senão com base em uma lei, ou seja, aquele Estado em que a Administração está dominada pela reserva da lei;

b) só valerá como Estado de Direito aquele cuja atividade total esteja compreendida em uma soma de competências rigorosamente fixadas previamente;

c) tem singular importância a independência judicial, não só em direito privado e penal, mas quanto ao controle dos meios de poder próprios do governo, ou seja, o controle judicial da Administração.

Comentados, embora a vôo de pássaro, os conceitos de democracia e de Estado de Direito, cabe destacar que a Constituição Federal brasileira, logo de início, em seu primeiro artigo, estabelece, como pórtico de todo o conteúdo constitucional, que "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito".

Verifica-se que essa expressão une os dois conceitos acima comentados em uma só construção - democracia e Estado de Direito. Tal união não foi sem motivo e tem o objetivo

¹³⁶ SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madri: Alianza, 1996, p. 141. De fato, segundo Max Weber, ao tratar da dominação patrimonial e especialmente da patrimonial-estamental, próprias da Idade Média, os direitos senhoriais e as correspondentes oportunidades, de todas as espécies, são, em princípio, tratados da mesma maneira que as oportunidades privadas, e que os poderes de mando, dentro das imbricadas associações feudais estão, em regra, submetidos a ordens particulares. WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Vol. 1. 3. Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 155 e 169.

¹³⁷ SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madri: Alianza, 1996, p. 141-142.

de mostrar que o Estado de Direito, construído após 21 anos de ditadura militar, e inaugurado pela Carta de 1988, foi erigido tendo por base a democracia. Declara que a nova ordem caracteriza-se por ser democrática e não um simples Estado de Direito (pois mesmo a ditadura poderia ser assim considerada, segundo o conceito de Schmitt, vez que tinha todo um ordenamento jurídico – embora com fundamentos autoritários – que lhe dava suporte).

Refletindo esse mesmo posicionamento, José Afonso da Silva descreve a evolução do perfil do Estado brasileiro, de ditatorial para democrático. Segundo ele, a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes; mas que não fica só nisso, pois os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*¹³⁸.

Destaca ainda José Afonso que é nesse contexto em que se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.¹³⁹

¹³⁸ SILVA. José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 123.

¹³⁹ SILVA. José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 123.

3.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Sendo a separação dos poderes um dos primados do Estado de Direito, a abordagem dessa temática também se mostra imprescindível ao desenvolvimento do presente trabalho. Isso porque o que não é o controle da Administração Pública pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, que uma das formas de exercício do sistema de pesos e contrapesos (*checks and balances*), tão característico do princípio da separação dos poderes?

Em que pese alguns pensadores que o precederam terem tratado do tema separação dos poderes, deve-se ao gênio de Montesquieu, por meio de sua obra “O Espírito das Leis”, de 1748, a melhor sistematização do princípio, o qual passou a constituir um dos alicerces de maior prestígio do Estado liberal. Tal princípio tornou-se uma garantia das liberdades individuais ou, mais especificamente, dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia, frente ao antigo poder das realezas absolutas. Conforme a versão de Paulo Bonavides, afirma o mestre francês que, em todos os Estados, há três espécies de poder público: o Poder Legislativo, o Executivo, para assuntos exteriores e o Executivo para a política interna. Pelo primeiro, o príncipe ou autoridade emite novas leis para um certo tempo ou para sempre, ou acresce ou derroga as antigas. Por meio do segundo, declara a paz ou a guerra, envia embaixadas e as recebe, vela pela segurança e previne-se dos ataques dos inimigos. Por meio do terceiro, castiga os crimes e dirime os litígios civis. Esse último é o Poder Judiciário.¹⁴⁰

Ressalte-se que o princípio da separação dos poderes, ao lado dos direitos fundamentais, passou a caracterizar o conteúdo mais marcante das constituições modernas, após o advento da burguesia ao poder político. Nesse sentido, foi insculpido no art. 16 da Constituição Francesa de 1791, na parte relativa à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a frase: "Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação de poderes, não possui constituição".

¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 142.

Destaque-se que, entre as experiências estrangeiras iniciais mais marcantes de separação dos poderes, deve-se citar a Constituição dos Estados Unidos, de 1787. Essa Carta, não só acolheu a tese, pondo em prática conscientemente um sistema de freios e contrapesos, bem como implantou efetiva separação estrutural das funções estatais. Sobressai também a Constituição Francesa de 1791, que foi a primeira que expressamente adotou a expressão "separação de poderes", no lugar de divisão.

Assim, estabeleceu-se o clássico princípio da divisão ou separação dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais, respectivamente, detêm as funções precípua de elaborar as leis, executar as leis e fazer cumpri-las. No Brasil, esse princípio está expresso no art. 2^a da Lei Maior, o qual dispõe que são poderes da União, independentes e harmônicos. Ressalte-se que, na prática, cada um dos Poderes, embora subsidiariamente, exerce funções típicas dos outros, tais como, no Brasil: o Executivo edita medidas provisórias, exercendo, assim, função de legislar; o Judiciário elabora seus regimentos internos, exercendo, assim, também a função de legislar; o Executivo julga processos administrativos, exercendo, dessa forma, função judicante; e o Legislativo julga crimes de responsabilidade de alguns agentes políticos, exercendo, nesse sentido, função também judicante.

Cabe destacar que a expressão "divisão de Poderes" mostra-se imprópria, vez que o poder estatal ou poder político, materializado na soberania do Estado é uno, indivisível e indelegável, conforme afirma José Afonso da Silva.¹⁴¹ Mais correta seria a denominação "funções do Poder". Para o referido autor, divisão dos poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e judiciária) a órgãos diferentes, os quais tomam o nome das respectivas funções.¹⁴² No entanto, em que pese a impropriedade da

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 111.

¹⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 112.

denominação divisão (separação) dos poderes, por força da tradição, no presente trabalho, far-se-á uso dessa expressão.

Carl Schmitt afirma que a distinção dos poderes há de considerar dois pontos de vista: primeiramente a separação das autoridades superiores do Estado e de sua competência; depois, o estabelecimento de um sistema de pesos e contrapesos recíprocos entre esses Poderes diferenciados. Ressalta, porém, que certa separação é necessária, sem, contudo, haver um isolamento.¹⁴³

Nesse sentido, o sistema de freios e contrapesos destina-se a assegurar, a por em prática, a moderação e o controle de todos os órgãos do poder do Estado, colocando um Poder frente aos outros, de modo a alcançar um equilíbrio, um contrabalanceamento de forças.

Ressalta Carl Schmitt que a idéia de equilíbrio, de contrapeso de forças opostas, já dominava o pensamento europeu desde o século XVI, por meio da teoria do equilíbrio internacional (primeiramente, os cinco Estados italianos entre si, depois, o equilíbrio europeu), a idéia de equilíbrio de importações e exportações na balança do comércio, a teoria do equilíbrio entre egoístas e altruístas na filosofia moral de Shaftesbury e o equilíbrio da atração e repulsão na teoria da gravitação de Newton.¹⁴⁴

No Brasil, o sistema de freios e contrapesos, ou seja, de controles recíprocos de um Poder sobre outro está expresso em diversos dispositivos de nossa Carta Constitucional, podendo-se citar, a título de exemplo: a nomeação dos membros dos tribunais judiciários pelo Chefe do Poder Executivo; o controle judicial dos atos administrativos e legislativos; o poder de veto do Chefe do Executivo sobre as leis emanadas do Poder Legislativo; a apreciação de medidas provisórias pelo Poder Legislativo etc. Assim, estabelecem-se mecanismos em que um Poder exerce controles sobre outro, de forma a imprimir um equilíbrio de forças entre os titulares das funções estatais.

¹⁴³ SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madri: Alianza, 1996, p. 189.

¹⁴⁴ SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madri: Alianza, 1996, p. 187.

Nesse contexto, conforme já afirmado, o controle externo da Administração Pública pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, constitui mais um dos diversos exemplos do sistema de freios e contrapesos entre os Poderes, característico dos Estados de Direito.

3.3 O CONTROLE COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO E DA DEMOCRACIA

O controle de um Poder sobre outro, denominado sistema de freios e contrapesos, é um dos mecanismos criados para estabelecer um equilíbrio de forças entre o exercício das diferentes funções estatais. Possibilita tal sistema o controle, por parte de agentes políticos e órgãos de um Poder, sobre o exercício das funções estatais pelos agentes políticos e órgãos pertencentes a outro Poder. Por tal mecanismo, dificulta-se a extrapolação das competências e atribuições legais, o desvio de finalidades e abusos, tudo, com vistas a contribuir para o atingimento dos fins legalmente estabelecidos, a observância dos princípios e regras e, em última instância, o respeito ao interesse público.

Vale salientar que não apenas o controle de um Poder sobre outro constitui mecanismo de fiscalização das funções estatais, mas também o controle efetuado no seio do próprio Poder (controle interno), além do efetuado por órgãos não pertencentes à estrutura desse Poder (controle externo), especialmente criados para tal fim.

Marques Oliveira informa que a palavra controle surgiu etimologicamente da língua francesa *controlê* (registro, fiscalização), como assimilação do prefixo *contro* (contra, encostado) somado ao substantivo *rôlo* (lista, rol, papel) e significa o ato de conferir mediante a apresentação do rol ou lista que vinha anexo à mercadoria.¹⁴⁵

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Modesto Marques de. **O controle, esse desconhecido**. São Paulo: Resenha Tributária e Revista dos Tribunais, 1983. p. 23-24.

Para Hely Lopes Meirelles, controle da Administração Pública é a faculdade de vigilância e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.¹⁴⁶

A palavra controle pode assumir variados sentidos, ora o sentido de fiscalização, ora o sentido jurídico-operacional¹⁴⁷, nas palavras de Alexandre Aragão. Segundo Odete Medauar, pode ter as acepções de dominação, direção, limitação, vigilância ou fiscalização, verificação e registro.¹⁴⁸

Cabe também destacar que, na atualidade, não há como existir país democrático sem a presença de órgãos de controle para fiscalizar a gestão dos entes públicos. Seria descabido não pensar em formas de controle, pois totalmente incompatível com a essência do regime democrático-republicano, conforme afirma Paula Joyce de Carvalho Andrade de Almeida.¹⁴⁹

José Nagel, versando sobre a necessidade de sistemas de controle em regimes democráticos, afirma não ser possível admitir que nas democracias qualquer pessoa, órgão ou entidade pública ou privada, desde que envolvidos dinheiros, bens ou valores públicos possa ficar excluído dos controles criados pelo Estado. Ressalta, porém, que as modalidades, extensão, abrangência e formalidades dependem dos sistemas políticos e do contexto dos respectivos países.¹⁵⁰

¹⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 575.

¹⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 589-590.

¹⁴⁸ MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 14-15.

¹⁴⁹ ALMEIDA, Paula Joyce de Carvalho Andrade de. **O controle da atuação das agências reguladoras federais brasileiras**. São Paulo, 2007. 154 p. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie, p. 73.

¹⁵⁰ NAGEL, Jose. A fisionomia distorcida do controle externo. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 31, n. 86, out./dez. 2000, p. 26.

O Decreto-Lei n° 200, de 25/02/1967, estabelece que o controle é um dos princípios fundamentais da Administração Pública, ao lado do planejamento, da coordenação, da descentralização e da delegação de competência.¹⁵¹

Conforme se verifica no referido Decreto-Lei, a aplicação do princípio do controle na Administração Pública envolverá diversos níveis e entidades, tendo, portanto, larga aplicação, sendo exercido desde a chefia imediata até pelos órgãos especialmente criados para tal finalidade:

Art. 13 O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente:

- a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado;
- b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares;
- c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria.

A Carta de 1988, objetivando efetivar o princípio do controle sobre a Administração Pública, estabeleceu, no art. 70, que esse se dará mediante fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, de modo que seja aferida a legalidade, legitimidade e economicidade da gestão pública. Tal fiscalização visa assegurar o cumprimento dos princípios e regras que regem a Administração pelos agentes políticos, servidores e funcionários, o atingimento das metas e objetivos estabelecidos, para que sejam obtidos padrões de qualidade satisfatórios e níveis de segurança adequados na prestação da atividade estatal.

Di Pietro declara que a finalidade do controle é assegurar que a Administração atue em sintonia com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade. Afirma

¹⁵¹ É interessante notar que o Decreto-Lei n 200/1967 foi editado no mesmo dia do Decreto-Lei n° 199, 25/02/1967, tendo este por objetivo, exatamente, estruturar e organizar o Tribunal de Contas da União, um dos pilares da função controle. ROCHA. Lincoln Magalhães da Rocha. A função controle na administração pública: controle interno e externo. **Fórum Administrativo**. ano 1, n. 2, abr. 2001. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 123.

ainda que, em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito, o qual diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.¹⁵²

José Afonso da Silva, quando à finalidade do controle, realizada por meio de fiscalizações, afirma que o princípio de que a Administração se subordina à lei – princípio da legalidade – constitui uma das conquistas mais expressivas da evolução do Estado. Porém afirma que o controle seria ineficaz, se não se previssem meios de fazê-lo valer na prática. Ressalta que a função de fiscalização contempla tais meios, os quais se preordenam no sentido de impor à Administração o respeito à lei, quando sua conduta é analisada à luz desse dever, ao qual se adiciona o dever de boa administração, que fica também sob vigilância dos sistemas de controle.¹⁵³

Resta ainda asseverar que, embora o presente trabalho trate apenas dos sistemas estatais de controle, não deve ser esquecido que, nos sistemas democráticos, a despeito dos referidos sistemas, uma das formas mais eficazes de acompanhamento da gestão da máquina pública é o controle social, exercido pelos cidadãos e pelas organizações não governamentais, cujas capilaridade e dinamicidade superam em muito as estruturas dos órgãos estatais de controle.¹⁵⁴

¹⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 598.

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 727.

¹⁵⁴ Corroborando com esse posicionamento, Benjamin Zymler afirma que o modelo constitucional brasileiro afigura-se como um terreno fértil ao desenvolvimento de mecanismos de controle. Não apenas do controle estatal, mas do corpo social. Tudo em uma visão republicana do Estado brasileiro, cuja Constituição estabelece a prestação de contas dos agentes públicos que cuidam da *res publica*, como um princípio sensível, ou seja, como um princípio cuja violação enseja a intervenção federal (art. 34, V, *d*, e 35, II). ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. **Fórum Administrativo**. ano 2, n. 11, jan. 2002, p. 4.

3.4 TIPOLOGIA DOS CONTROLES

A Administração Pública, direta e indireta, sujeita-se a dois tipos de controles estatais – o interno e o externo. Controle interno é o exercido por órgãos da própria Administração, ou seja, integrantes do respectivo Poder. Já o controle externo é o exercido por órgãos alheios ao Poder sob fiscalização.

Di Pietro afirma que o tipo de controle a ser exercido – interno ou externo – estabelece-se consoante decorra de órgão integrante ou não da própria estrutura na qual se insere o órgão controlado. Declara que é interno o controle que cada um dos Poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes. Já controle externo é o controle exercido por um dos Poderes sobre um outro.¹⁵⁵

Hely Lopes Meirelles assim define os dois tipos de controle:¹⁵⁶

a) controle interno é todo aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade, no âmbito da própria Administração. Desse forma, qualquer controle efetuado pelo Executivo sobre seus serviços ou agentes é considerado interno, assim como também o é o controle do Legislativo ou do Judiciário, por meio de seus órgãos de administração, sobre seu pessoal e os atos administrativos que pratique;

b) controle externo é o que se realiza por órgão estranho à Administração responsável pelo ato controlado. A apreciação das contas do Executivo e do Judiciário pelo Legislativo; a auditoria do Tribunal de Contas sobre a efetivação de determinada despesa do Executivo; a anulação de um ato do Executivo por decisão do Judiciário e a sustação de ato normativo do Executivo pelo Legislativo, são exemplos de controle externo (CF, art. 49, V).

Antes, porém, de adentrar na exposição específica sobre cada tipo de controle, cabe ainda ser destacado que o detalhamento adiante formulado tomará por base a Administração

¹⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 600.

¹⁵⁶ MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 577.

Pública Federal. Isso não prejudicará que a referida tipologia seja aplicada aos Estados e Municípios, *mutatis mutandis* e no que couber, ante o princípio da simetria.

3.4.1 Controle Interno

A Constituição Federal determina no art. 74 que os três Poderes deverão instituir sistemas de controle interno, que deverão funcionar de maneira integrada, tendo por finalidade as a seguir elencadas:¹⁵⁷

- I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
- II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
- III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
- IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

O controle interno deverá exercer seu mister por meio de fiscalizações contábeis, financeiras, orçamentárias e operacionais nas entidades da Administração Pública Federal direta e indireta, conforme estabelece o art. 70 da *Lex Legum*. Devem os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dar ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária, conforme determina o § 1º do art. 74.

Lincoln Magalhães da Rocha afirma que, em termos práticos, a existência do controle interno na Administração objetiva que se evite e ou se minimize a prática de erros, desperdícios e abusos; que se evite, de maneira preventiva, a prática de fraudes; que se

¹⁵⁷ Tanto o controle interno, como externo são fundamentais na gestão democrática da *res publica*. Conquanto perfaçam atividades de fiscalização em âmbitos diferentes, a atuação dos dois controles deve ser complementar, de modo a propiciar efetivo exame da gestão financeira, tanto sob a ótica da otimização dos resultados, como no que tange à prestação de contas aos contribuintes. Atento à necessidade de que os controles interno e externo trilhem os mesmos caminhos, o constituinte de 1988 introduziu a novidade de estabelecer que o controle interno seja integrado, do qual participam, de forma sistêmica, os três Poderes. Assim, resta assegurada a integração administrativa, por meio da coligação harmônica dos referidos sistemas controladores. MONTEBELLO, Mariana. Os tribunais de contas e o controle das contas públicas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. vol. 31, n. 2, abr/jun. 1999, p. 01-302, p. 144-145.

assegure a observância das normas legais e regulamentares aplicáveis; que se permita a implementação de projetos e programas, a fim de que ocorra eficiência, eficácia e economicidade na aplicação dos recursos; bem como que se verifique a legalidade dos atos decorrentes da execução orçamentária.¹⁵⁸

Hely Lopes Meirelles apresenta um panorama dos fundamentos do controle interno, o qual ele denomina de controle administrativo, afirmando que deriva do poder-dever de autotutela que a Administração tem sobre seus próprios atos e agentes. Informa que o controle interno é normalmente exercido pelos órgãos superiores sobre os inferiores (controle hierárquico próprio das chefias e corregedorias), com o auxílio de órgãos incumbidos do julgamento de recursos (controle hierárquico impróprio) ou, ainda, de órgãos especializados em determinadas verificações (controle técnico de auditorias etc.). Destaca que todos são integrantes da mesma Administração, motivo pelo qual se caracterizam como controle interno, considerando que o externo é sempre atribuído a órgão estranho ao Executivo.¹⁵⁹

No âmbito da União, no Poder Executivo, o sistema de controle interno tem como órgão central a Secretaria Federal de Controle Interno, conforme estabelece a Lei nº 10.180, de 06/02/2001, que organizou e disciplinou os sistemas federais de planejamento e de orçamento, de administração financeira, de contabilidade e de controle interno do Poder Executivo. A Secretaria Federal de Controle Interno pertence à estrutura da Controladoria-Geral da União (CGU).

A Controladoria-Geral da União é o órgão do Governo Federal responsável por assistir direta e imediatamente o Presidente da República quanto aos assuntos que, no âmbito do Poder Executivo, sejam relativos à defesa do patrimônio público e ao incremento da

¹⁵⁸ ROCHA. Lincoln Magalhães da Rocha. A função controle na administração pública: controle interno e externo. **Fórum Administrativo**. ano 1, n. 2, abr. 2001, p. 126.

¹⁵⁹ MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 580.

transparência da gestão, por meio das atividades de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria.

Segundo estabelece o art. 21 da Lei nº 10.180/2001, o sistema de controle interno do Poder Executivo federal compreende as seguintes atividades: “avaliação do cumprimento das metas previstas no plano plurianual, da execução dos programas de governo e dos orçamentos da União e de avaliação da gestão dos administradores públicos federais, utilizando como instrumentos a auditoria e a fiscalização”.

Mas não só no âmbito do Poder Executivo há sistema de controle interno. No Poder Legislativo federal, a Câmara dos Deputados e o Senado também possuem Secretarias de Controle Interno.

Já no âmbito do Judiciário federal, na Justiça Federal, cabe ao Conselho de Justiça Federal a coordenação central e a padronização do sistema de controle interno da Justiça Federal de primeiro e segundo graus. Destaque-se também que, tanto as Seções Judiciárias nos Estados, quanto os Tribunais Regionais Federais possuem setores de controle interno. Com estruturas semelhantes contam as Justiças do Trabalho, a Eleitoral e a Militar.

3.4.2 Controle Externo

Conforme já exposto, o controle externo é o realizado por órgãos fora da órbita do Poder sob fiscalização, constituindo mais um dos mecanismos do sistema de freios e contrapesos, visando equilibrar as forças no exercício das funções estatais.

Vale destacar que o controle externo da Administração Pública caracteriza-se pela maior isenção na análise dos atos fiscalizados, quando comparado com o controle interno, em face de encontrar-se fora da estrutura do Poder fiscalizado, o que advém do maior distanciamento entre o órgão de controle e os controlados.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o controle externo compreende o controle parlamentar direto, o controle exercido pelo Tribunal de Contas (órgão auxiliar do Legislativo nessa matéria) e o controle jurisdicional.¹⁶⁰

Maria Sílvia Zanella Di Pietro denomina como espécies do controle externo o controle legislativo e o controle judiciário.¹⁶¹

Assim, utilizando a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, serão descritas características e atribuições dos órgãos exercentes do controle externo na esfera federal.

3.4.2.1 Controle Parlamentar Direto

A previsão de controle direto do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo está contida na Constituição Federal, em seu art. 49, inciso X, o qual estabelece como competência do Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração indireta.¹⁶²

Analisando os demais dispositivos constitucionais, podem-se relacionar as seguintes atribuições do Legislativo para o exercício do controle parlamentar direto sobre o Poder Executivo, conforme elencado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

a) a sustação de atos e contratos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, inciso V);

¹⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 924.

¹⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 611.

¹⁶² Embora o Parlamento exerça atividades de controle, vale destacar as palavras do Ministro Carlos Ayres Brito quanto à estrutura do Poder Legislativo, em que ressalta que o TCU não é órgão do Congresso Nacional, ou seja, não é órgão do Poder Legislativo, afirmando que quem assim o autoriza a afirmar é a própria Constituição Federal, que estabelece, com todas as letras em seu artigo 44: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”. Assim, assevera que o Parlamento brasileiro não se compõe do TCU. Ressalta que a Corte de Contas federal não faz parte da estrutura orgânica ou formal do Legislativo, devendo o mesmo ser dito para a dualidade Poder Legislativo/Tribunal de Contas, no âmbito das demais pessoas estatais de base territorial e natureza federada. BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional do tribunal de contas. In: CARDOZA, José Eduardo Martins. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 631.

b) convocação de Ministro de Estado e requerimentos de informações, recebimento de petições, queixas e representações de administrados e convocação de qualquer autoridade ou pessoa para depor (art. 50, *caput*, e § 2º, e art. 58, § 2º, incisos IV e V);

c) comissões parlamentares de inquérito, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (art. 58, § 3º);

d) autorizações ou aprovações do Congresso Nacional necessárias para atos concretos do Executivo, tais como resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão, aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares e aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares (art. 49, incisos I, XII, XVI e XVII);

e) poderes controladores privativos do Senado Federal, tais como: aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de alguns magistrados, ministros do TCU indicados pelo Presidente da República, presidentes e diretores do Banco Central e o Procurador-Geral da República; aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente; autorizar operações externas de natureza financeira de interesse da União, Estados e Municípios, etc. (art. 52, incisos III a IX);

f) julgamento das contas anuais do Executivo (art. 49, inciso IX);

g) suspensão e destituição (*impeachment*) do Presidente da República e Ministros de Estado, em caso de crimes de responsabilidade (arts. 51, inciso I, e 52, inciso I).¹⁶³

¹⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 924-927.

3.4.2.2 Controle Exercido pelo Tribunal de Contas

A análise do papel exercido pelo TCU como órgão de auxílio ao Parlamento no controle externo da Administração Pública federal, sua natureza jurídica, atribuições, tipos e efeitos de suas decisões etc. será efetuada em capítulo vindouro específico, ante a importância desses assuntos sobre o tema do presente trabalho.¹⁶⁴

3.4.2.3 Controle Jurisdicional

O controle judicial constitui, ao lado do princípio da legalidade, um dos pilares do Estado de Direito, conforme afirma Di Pietro.¹⁶⁵ De que adiantaria a Administração Pública sujeitar-se ao princípio da legalidade (art. 37 da *Lex Legum*), se seus atos não estivessem sujeitos ao controle de um órgão com características de imparcialidade, para apreciar os eventuais atos ilícitos por ela praticados?

Ressalte-se que o controle jurisdicional, ao apreciar a adequação dos atos da Administração aos princípios constitucionais, em especial ao da legalidade, constitui uma garantia dos cidadãos frente ao poder estatal e uma forte contribuição à liberdade do povo.

Para esse mister, o Brasil adotou o sistema de unidade de jurisdição, por meio do qual a lei proíbe que seja excluída da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, conferindo, pois, ao Judiciário o poder de monopólio da função jurisdicional, conforme prescreve o art. 5, inciso XXXV, da Constituição Federal. Assim, qualquer que seja o autor da lesão, mesmo a Administração Pública e seus agentes, estão sujeitos ao controle do Poder Judiciário.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Ao longo dos últimos anos o TCU tem realizado, por iniciativa própria, diversas atividades de fiscalização na área de regulação. Além disso, tem recebido várias demandas externas sobre o tema, principalmente das Casas Legislativas e do Ministério Público Federal. ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. **Fórum Administrativo**. ano 2, n. 11, jan. 2002, p. 3. Isso demonstra que a atividade de controle tem de seguir a evolução da estrutura da máquina administrativa, para que possa contribuir para o aprimoramento do papel dos diversos órgãos e entidades, conforme demonstram os exemplos práticos apresentados adiante, no que concerne às agências reguladoras.

¹⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 616.

Com vistas a concretizar o controle jurisdicional sobre a Administração Pública, estão elencados na Lei Maior e na legislação infraconstitucional diversos tipos de ações, entre as quais se destacam:

a) o *habeas corpus*, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5, inciso LXVIII);

b) o mandado de segurança, individual ou coletivo, para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, inciso LXIX);

c) o *habeas data*, para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (art. 5º, inciso LXXII);

d) o mandado de injunção, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, inciso LXXI);

e) a ação popular, para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII),

f) a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, inciso III);

g) a ação direta de inconstitucionalidade, contra lei ou ato normativo federal ou estadual frente à Constituição Federal (art. 102, alínea “a”).

3.5 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

3.5.1 Os Órgãos Precursores dos Tribunais de Contas no Brasil: da Colônia à República

O estabelecimento e a organização de meios e procedimentos de controle dos gastos públicos tiveram início no período colonial.¹⁶⁷

Em 1549, juntamente com a implantação do sistema de governadores-gerais, foi criado o cargo de provedor-mor das contas. Suas funções eram: a) proceder à guarda dos livros de registro da receita e despesa e dos regimentos sobre arrecadação de direitos e b) exigir as prestações de contas anuais dos provedores das capitanias, tomando providências contra os que não apresentassem tais prestações de contas.¹⁶⁸

Em 1780, foram criadas as Juntas das Fazendas nas Capitanias e no Rio de Janeiro, sob a jurisdição da Coroa Portuguesa, com a finalidade de fazer a verificação dos livros de receita e despesa da Fazenda Pública.¹⁶⁹

A partir da chegada da família portuguesa, em 1808, foi adotada uma série de medidas sobre o controle das contas públicas. Entre elas, destacam-se a criação do Erário Régio, composto por um presidente, um tesoureiro e três controladores gerais, e do Conselho Fazendário, os quais tinham como objetivo desempenhar, atividades voltadas para coordenar e controlar todos os dados referentes ao patrimônio público.¹⁷⁰

Destaque-se que, por meio da Lei nº 657, de 4/10/1831, foi criado o Tribunal do Tesouro Público Nacional. Era uma tentativa de resolver um problema gerencial – o controle

¹⁶⁷ SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União de ontem e hoje. In: **A história do Tribunal de Contas da União: prêmio Serzedello Corrêa 1998 – monografias vencedoras**. Brasília. TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p. 147-149.

¹⁶⁸ SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União de ontem e hoje. In: **A história do Tribunal de Contas da União: prêmio Serzedello Corrêa 1998 – monografias vencedoras**. Brasília. TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p. 147.

¹⁶⁹ SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União de ontem e hoje. In: **A história do Tribunal de Contas da União: prêmio Serzedello Corrêa 1998 – monografias vencedoras**. Brasília. TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p. 148.

¹⁷⁰ SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União de ontem e hoje. In: **A história do Tribunal de Contas da União: prêmio Serzedello Corrêa 1998 – monografias vencedoras**. Brasília. TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p. 148-149.

limitado que o Ministro das Finanças tinha sobre a gestão financeira dos administradores –, que resultava na não garantia do bom uso dos recursos públicos naquela época.¹⁷¹

Esse Tribunal agrupou as atividades de controle e fiscalização do Tesouro Nacional e do Conselho de Fazenda, ficando encarregado de administrar a despesa e a receita públicas, a contabilidade e os bens nacionais, receber as prestações de contas anuais de todas as repartições públicas, analisar os empréstimos e a legislação fazendária, inspecionar as repartições da Fazenda, ainda que dependentes de outros ministérios e demitir funcionários públicos considerados inidôneos e inabilitados à ocupação dos cargos. O Tribunal do Tesouro Público Nacional era composto de quatro membros, sendo três de nomeação do Imperador. Compunha-se de um presidente, que correspondia ao próprio Ministro da Fazenda, um inspetor-geral, que era seu vice-presidente, um contador-geral do Tesouro e um procurador-fiscal. Este era nomeado, por proposta do inspetor-geral, pelo próprio Tribunal.¹⁷²

Um dos traços da época era que as iniciativas para a criação de um órgão assemelhando a um tribunal de contas durante o Império partiram do Executivo, e não do Parlamento. Essas iniciativas tinham preocupações mais gerenciais (otimizar e racionalizar o uso dos recursos públicos) do que o cuidado liberal em limitar o poder dos governantes.¹⁷³

Verifica-se que a preocupação liberal de contenção do poder ainda não estava na ordem do dia. Essa preocupação começou a materializar-se em 1835, por meio de uma proposta do deputado Manoel de Nascimento Castro e Silva, que propugnava pela criação de uma instituição de controle que dialogasse diretamente com o Legislativo. Tal proposta

¹⁷¹ SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União**: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000. p. 38.

¹⁷² SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União de ontem e hoje. In: **A história do Tribunal de Contas da União: prêmio Serzedello Corrêa 1998 – monografias vencedoras**. Brasília. TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p. 151.

¹⁷³ COTIAS E SILVA, Artur Adolfo. O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). In: **Monografias vencedoras do Prêmio Serzedello Corrêa 1998**. Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 19-141, 1999. p. 30.

demonstrava que o Parlamento começava a preocupar-se em controlar as atividades dos governantes. Contudo, esse projeto não obteve êxito, pois, à época, a preocupação maior de diversos Ministros da Fazenda era a de aperfeiçoar mecanismos de controle sobre os fundos públicos.¹⁷⁴

Até o final do Império, vários projetos de criação de um tribunal ou órgão de controle de contas foram também rejeitados pelo Legislativo, ressaltando-se que, em sua maior parte, as propostas partiam de Ministros da Fazenda ou de outras autoridades públicas ligadas ao Executivo.¹⁷⁵

3.5.2 A Constituição de 1891 e a Criação do Tribunal de Contas

Proclamada a República em 1889, deve-se a Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda do Governo Provisório, a criação de um órgão superior de controle no Brasil, mais atuante e independente, por meio do Decreto n.º. 966-A, de novembro de 1890. No entanto, esse Decreto não chegou a ser regulamentado, pois Rui deixou o Ministério dois meses depois, conforme Tiago Cacique Moraes.¹⁷⁶

Depois, na Assembléia Constituinte, em fevereiro de 1891, o próprio Rui Barbosa fez incorporar à redação final da primeira Constituição republicana a instituição do Tribunal de Contas, em seu art. 89:

É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros desse Tribunal serão nomeados pelo presidente da República, com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença.¹⁷⁷

¹⁷⁴ MORAES, Tiago Cacique. **O processo de modernização dos tribunais de contas no contexto da reforma do estado no Brasil**. São Paulo, 2006. 110 p. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo). Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, p. 27.

¹⁷⁵ MORAES, Tiago Cacique. **O processo de modernização dos tribunais de contas no contexto da reforma do estado no Brasil**. São Paulo, 2006. 110 p. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo). Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, p. 27.

¹⁷⁶ MORAES, Tiago Cacique. **O processo de modernização dos tribunais de contas no contexto da reforma do estado no Brasil**. São Paulo, 2006. 110 p. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo). Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, p. 28.

¹⁷⁷ MORAES, Tiago Cacique. **O processo de modernização dos tribunais de contas no contexto da reforma do estado no Brasil**. São Paulo, 2006. 110 p. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo). Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, p. 28.

Segundo Marianna Montebello, o Tribunal de Contas tinha estatura de órgão fiscal. Foi disciplinado pelo Decreto provisório n. 1.166, de 17/12/1892, que regulamentou a Lei nº 23/1891, na parte referente ao Ministério da Fazenda, transformando-se no primeiro regulamento do Tribunal de Contas. Entre suas atribuições, cabia-lhe, por meio de registro prévio com veto impeditivo absoluto, tornar os atos governamentais ineficazes, e esta decisão tinha força de coisa julgada.¹⁷⁸

Segundo Hamilton Fernando Castardo, a instalação definitiva do Tribunal de Contas somente ocorreu em 17/01/1893, graças ao empenho do Ministro da Fazenda do governo de Floriano Peixoto, Tenente-Coronel Inocêncio Serzedello Corrêa.¹⁷⁹

Importa frisar que a fiscalização implantada determinava limites aos atos do governo; a execução orçamentária deveria ser observada conforme aprovado, portanto, limitava a realização das despesas; além de que os contratos, para terem validade, precisavam do visto do Tribunal. Tais restrições incomodavam alguns, e forças contrárias pressionavam pela definição de poderes de fiscalização com menor ingerência. Houve movimentos para extinguir a fiscalização prévia e o veto absoluto, declarou Pontes de Miranda.¹⁸⁰

Na defesa da permanência e cumprimento das atribuições legais do Tribunal de Contas esteve o Ministro da Fazenda, Tenente-Coronel Inocêncio Serzedello Corrêa, que, em represália, demitiu-se. Um dos fatos mais marcantes da história do Tribunal de Contas ocorreu em abril de 1903, quando Serzedello Corrêa apoiou o Tribunal de Contas, que negou registro, por ausência de dotação orçamentária, à nomeação, por Floriano Peixoto, então Presidente da

¹⁷⁸ MONTEBELLO, Mariana. Os tribunais de contas e o controle das contas públicas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. vol. 31, n. 2, abr/jun. 1999, p. 01-302. p. 164.

¹⁷⁹ CASTARDO, Hamilton Fernando. **Natureza jurídica do tribunal de contas no ordenamento brasileiro**. Piracicaba, 2007. 190 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, p. 49.

¹⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**. tomo III. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 246.

República, do irmão de Marechal Deodoro da Fonseca, Pedro Paulino, como servidor público no Ministério da Viação.¹⁸¹

Depois, a austeridade e o poder do Tribunal de Contas foram modificados para controle *a posteriori*, por determinação do então Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto.

Por meio da Lei n. 3.421, de 12/12/1917, os membros do Tribunal de Contas passaram a denominar-se Ministros. Pela Lei n. 3.454, de 06/01/1918, o Tribunal estruturava-se como corpo deliberativo, passando a contar com o Ministério Público, nomeado pelo Presidente da República. Pelos dispositivos de regência, estavam obrigadas a prestar contas todas as pessoas que guardavam, tinham gestão e administração quanto a dinheiro, valores ou bens públicos, bem como havia o exame prévio e o exame posterior.

A Revolução de 1930 modificou o cenário político, passando o governo a agir por decretos, retirando-se algumas atribuições do Tribunal de Contas. Entre as mudanças, ressalta-se o Decreto n. 20.393, de 10/09/1931, que instituiu o registro *a posteriori* das despesas, conforme Hamilton Fernando Castardo.¹⁸²

3.5.3 O Tribunal de Contas na Constituição de 1934

Na Constituição de 1934, o Tribunal de Contas, juntamente com o Ministério Público, Conselhos Técnicos e a Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, passou a classificar-se entre os "Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais". Houve ampliação de suas atribuições, outorgando-lhe competência ainda mais ampla que

¹⁸¹ SANTOS, Luis Wagner Mazzaro Almeida. As sementes do controle externo nas bases do pensamento do "Águia de Haia". In: Brasil. Tribunal de Contas da União. **Prêmio Serzedelo Corrêa 1999 – Monografias Vencedoras – 3º lugar**. Brasília: Instituto Serzedelo Corrêa, 2000. p. 166.

¹⁸² CASTARDO, Hamilton Fernando. **Natureza jurídica do tribunal de contas no ordenamento brasileiro**. Piracicaba, 2007. 190 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, p. 53.

aquela conferida pela Constituição de 1891. Tiago Cacique Moraes afirma que com a Constituição de 1934 deu-se a revitalização do Tribunal de Contas.¹⁸³

Competia-lhe acompanhar a execução orçamentária e julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. Os contratos que, por qualquer modo, interessassem imediatamente à receita ou à despesa, só seriam reputados perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas, e a recusa do registro suspendia a execução do contrato até o pronunciamento do Poder Legislativo. Também registrava qualquer ato de Administração Pública, de que resultasse obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste, e emitia parecer prévio, no prazo de trinta dias. Cabia-lhe ainda emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados.¹⁸⁴

A Carta de 1934 também previa que quanto à organização do seu Regimento Interno e da sua Secretaria, o Tribunal de Contas tinha as mesmas atribuições dos tribunais judiciários.

Pedro Roberto Decomain comenta que a Constituição de 1934 conferiu atribuição ao Tribunal de Contas que muito se aproximava do controle prévio da despesa pública, que Rui Barbosa, desde o início, pretendeu atribuir-lhe, ao outorgar-lhe a atribuição de realizar o prévio registro dos contratos e atos da Administração que resultassem em despesa. Ressalta, porém, que esse perfil de atribuições pouco durou.¹⁸⁵

¹⁸³ MORAES, Tiago Cacique. **O processo de modernização dos tribunais de contas no contexto da reforma do estado no Brasil**. São Paulo, 2006. 110 p. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo). Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, p. 31.

¹⁸⁴ MORAES, Tiago Cacique. **O processo de modernização dos tribunais de contas no contexto da reforma do estado no Brasil**. São Paulo, 2006. 110 p. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo). Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, p. 32.

¹⁸⁵ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de contas no Brasil: natureza jurídica e alcance das suas funções, à luz dos princípios constitucionais da administração pública**. Itajaí, 2005. 379 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade Vale do Itajaí – UNIVALI, p. 20.

3.5.4 O Tribunal de Contas na Constituição de 1937

A Constituição de 1937 inaugurou um Estado autoritário, representou um retrocesso quanto à responsabilização do Executivo pelos seus atos. Durante o período em que vigorou, segundo Tiago Cacique Moraes, o Tribunal de Contas atuou mais como um órgão de assessoramento do Poder Executivo de que como instituição fiscalizadora dos gastos públicos.¹⁸⁶

Em linhas gerais, embora de maneira lacônica, pois somente versou sobre o tema em um único artigo, manteve as mesmas atribuições conferidas ao Tribunal de Contas pela Carta de 1934. Importantes exceções foram a exclusão do dever de prestar contas do Presidente da República, omissão coerente com o perfil autoritário implantado; bem com a extinção da função de registro prévio de atos administrativos que importassem despesa, e com ela a possibilidade de, em negando esse registro, sustar os efeitos do mencionado ato.¹⁸⁷

3.5.5 O Tribunal de Contas na Constituição de 1946

Findo o período autoritário do Estado Novo, e restabelecidos novos ventos democráticos, a Constituição de 1946 teve como característica ampliar as atribuições do Tribunal de Contas, destacando-se entre suas inovações:

- a) inseriu a Corte de Contas no capítulo do Poder Legislativo;
- b) restabeleceu o dever de o Presidente da República prestar contas ao Legislativo e a atribuição de o Tribunal de Contas apresentar parecer prévio a respeito das contas antes de sua apreciação pelo Congresso Nacional;

¹⁸⁶ MORAES, Tiago Cacique. **O processo de modernização dos tribunais de contas no contexto da reforma do estado no Brasil**. São Paulo, 2006. 110 p. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo). Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, p. 32.

¹⁸⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de contas no Brasil: natureza jurídica e alcance das suas funções, à luz dos princípios constitucionais da administração pública**. Itajaí, 2005. 379 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade Vale do Itajaí – UNIVALI, p. 22.

c) determinou que os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputariam perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas, e que a recusa do registro suspenderia a execução do contrato até que se pronunciasse o Congresso Nacional;

d) sujeitou a registro, prévio ou posterior, pelo Tribunal de Contas, conforme a lei o disciplinasse, qualquer ato de Administração Pública de que resultasse obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste. Determinou que, em qualquer caso, a recusa do registro por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio teria caráter proibitivo. Conforme afirma Decomain, a Constituição de 1946 permitiu que a lei que o viesse disciplinar desse-lhe um perfil mais próximo ou mais distante do sistema de controle prévio da legalidade da despesa pública alvitado por Rui Barbosa;

e) foi inserida a atribuição de julgar a legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões;

f) foram incluídas no rol de jurisdicionados ao Tribunal as autarquias.¹⁸⁸

3.5.6 O Tribunal de Contas na Constituição de 1967

Cabe destacar, conforme ressalta Hamilton Fernando Castardo, que o Congresso Nacional foi fechado em outubro de 1966 pelo regime militar. Reabriu para aprovar a Constituição de 1967, com regras determinadas pelo Ato Institucional nº 4, de dezembro de 1966, e elegeu o candidato único, Marechal Costa e Silva, para a Presidência da República.¹⁸⁹

A partir de 1968 inclusive, com o Ato Institucional nº 5, foram conferidos amplos poderes ao Presidente da República para interferir em quaisquer outros setores do Estado,

¹⁸⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de contas no Brasil**: natureza jurídica e alcance das suas funções, à luz dos princípios constitucionais da administração pública. Itajaí, 2005. 379 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade Vale do Itajaí – UNIVALI, p. 22.

¹⁸⁹ CASTARDO, Hamilton Fernando. **Natureza jurídica do tribunal de contas no ordenamento brasileiro**. Piracicaba, 2007. 190 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, p. 69.

podendo inclusive fechar o Congresso Nacional. Tais poderes extraordinários tornavam de bem menor monta quaisquer poderes de controle que o texto original conferisse ao Tribunal de Contas da União.

No plano formal, porém, a Constituição de 1967, manteve várias das atribuições conferidas ao Tribunal de Contas pela Carta de 1946, destacando-se as seguintes inovações:

a) caso o Tribunal, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, verificasse ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deveria: assinar prazo razoável para que o órgão da Administração Pública adotasse as providências necessárias ao exato cumprimento da lei. No caso do não atendimento, deveria sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos. Na hipótese de contrato, deveria solicitar ao Congresso Nacional que determinasse a sustação da avença, ou outras providências que julgasse necessárias ao resguardo dos objetivos legais. O Congresso Nacional deveria deliberar sobre a sustação do contrato, no prazo de trinta dias, findo o qual, sem pronunciamento do Poder Legislativo, seria considerada insubsistente a impugnação do Tribunal de Contas. O Presidente da República poderia ordenar a execução do ato impugnado pelo Tribunal *ad referendum* do Congresso Nacional;

b) retirou-se do Tribunal o exame e julgamento prévio dos atos e contratos geradores de despesas.

Tiago Cacique Moraes destaca que uma das inovações trazidas pela Constituição de 1967 foi a introdução de um sistema de controle interno. Tal controle era realizado pelo próprio Executivo, por meio de inspetorias localizadas em cada ministério e repartição a ele

vinculada. Tinha como função organizar a prestação de contas e dar parecer prévio sobre a sua legalidade, antes que elas fossem encaminhadas ao Tribunal de Contas.¹⁹⁰

Com o advento da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que teve o caráter de verdadeira nova Constituição, as atribuições do Tribunal de Contas da União não se alteraram. Contudo, apareceu, como novidade, em tema de tribunais de contas, a previsão indireta de que fossem criadas Cortes de Contas pelos Estados. Isso porque no art. 13, inciso IX, da referida Emenda, no capítulo que tratava dos princípios da organização dos Estados e Municípios, constava que deveriam aplicar-se aos membros dos Tribunais de Contas dos Estados as regras dos incisos I a III, do art. 114, da mesma Emenda Constitucional, que estabeleciam vedações aos juízes.

3.5.7 O Tribunal de Contas na Constituição de 1988

Saída a sociedade brasileira de 21 anos de ditadura militar, todos os sonhos de liberdade, de democracia, de debate de idéias francas fluíam para a necessidade de criação de uma nova ordem constitucional, cujo ápice deu-se com a instalação de uma Assembléia Nacional Constituinte, em 1º/02/1987, sob a presidência do deputado Ulysses Guimarães (1916-1992).

Promulgada em 05/10/1988, a Constituição refletiu o arranjo das forças políticas em vigor à época, sem perder suas características de marco de rompimento com uma ordem autoritária por uma ordem democrática. A Assembléia Nacional Constituinte era composta das diversas camadas do tecido social: banqueiros, operários, ex-cassados, funcionários públicos, pequenos e grandes empresários e proprietários de terras, enfim, compunha-se das mais diversas matizes da sociedade brasileira. Todos queriam fazer-se presente, implantar na nova Carta seus anseios, sua ideologia.

¹⁹⁰ MORAES, Tiago Cacique. **O processo de modernização dos tribunais de contas no contexto da reforma do estado no Brasil**. São Paulo, 2006. 110 p. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo). Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, p. 34.

Sabedores os constituintes de que os mecanismos de controle representam, nos regimes democráticos, importantes instrumentos para equilíbrio de forças no desempenho das funções estatais, e tendo insculpido no corpo da novel Constituição importantes princípios regedores da Administração Pública, à época: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, fazia-se necessária a previsão de órgãos de controles eficientes e autônomos, para dar cabo do controle da complexa estrutura estatal brasileira.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União foi deveras prestigiado na Carta de 1988, tendo seu leque de atribuições enormemente ampliado e o rol de jurisdicionados alargado, conforme expressa Evandro Martins Guerra. O TCU passou a ser munido de absoluta autonomia funcional, administrativa e financeira, não se subordinando, hierarquicamente, a nenhum outro órgão ou Poder. Ao mesmo tempo, teve ampliadas suas competências e aumentado seu campo de atuação. Passou a não mais haver ato de administração que esteja isento de fiscalização do Tribunal, nem conta pública que não lhe deva ser prestada. Mas deve ser ressaltado que se é verdade que sua função fiscalizadora auxilia o Congresso Nacional em sua missão de controle externo, não é menos verdade que a maior parte desse auxílio depende da eficiência que o Tribunal vier a apresentar em sua atuação.¹⁹¹

Entre as principais inovações ocorridas, destacam-se algumas, que revelam o novo perfil democrático adotado pela Constituição de 1988:

a) a perda do poder do Presidente da República ordenar a execução dos atos impugnados pelo Tribunal *ad referendum* do Congresso Nacional;

b) a extinção da insubsistência de impugnação de contrato feita pelo Tribunal de Contas, por decurso de prazo, quando o Poder Legislativo não deliberasse pela sustação da

¹⁹¹ GUERRA, Evandro Martins. Funções e atividades do controle externo. **Fórum de contratação e gestão pública**. ano 1, n. 2, mar. 2002, p. 302.

avença no prazo de trinta dias, passando o Tribunal a decidir a respeito se o Congresso Nacional ou o Executivo não adotarem providências no prazo de noventa dias;

c) o rol de jurisdicionados ao Tribunal de Contas da União foi ampliado, pois da previsão, na Constituição de 1967, apenas das unidades administrativas dos três Poderes da União, passou a qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária (com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 1988). Como ressalta Hamilton Fernandes Castardo, uma associação civil que receba uma subvenção social está obrigada à prestação de contas e, se não aplicar os recursos devidamente, será condenada a ressarcir o valor do dano. Além disso, poderá essa associação civil ser fiscalizada *in loco* quanto à aplicação dos recursos.¹⁹²

d) a fiscalização do TCU, que na Constituição de 1967 realizava-se somente sob os aspectos financeiros e orçamentários, ou seja, sob o aspecto da legalidade *stricto sensu*, passou a ser contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, exercida quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, o que demonstra a preocupação do constituinte com o desempenho das atividades governamentais e com a melhoria da eficiência na aplicação dos recursos públicos;

e) o Presidente da República perdeu o monopólio sobre a indicação dos nove Ministros do TCU, passando a indicar apenas um terço, enquanto o Congresso Nacional ficou responsável pela indicação dos outros dois terços. Além de os nomes indicados pelo Presidente da República não mais ficarem ao seu livre alvedrio, devendo agora, de cada três membros indicados pelo Chefe do Executivo, dois serem recrutados entre Auditores de carreira do próprio Tribunal e representantes do Ministério Público junto à Corte.

¹⁹² CASTARDO, Hamilton Fernando. **Natureza jurídica do tribunal de contas no ordenamento brasileiro**. Piracicaba, 2007. 190 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, p. 71.

As inovações supra apenas demonstram o caráter democrático das mudanças sofridas pelo TCU na Constituição de 1988, porém não exaurem as várias modificações imprimidas pela Carta Constitucional. Os capítulos vindouros aprofundam um pouco mais as características da Corte de Contas Federal para que se tenha maior detalhamento de sua missão constitucional.

3.6 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

3.6.1 Natureza Jurídica e Atribuições do TCU

3.6.1.1 Natureza Jurídica do TCU

Definir a natureza jurídica do TCU não é tarefa fácil, vez que, a depender dos autores, a classificação em que é enquadrado é bastante influenciada pela variedade de suas atribuições.

De maneira geral, pode-se afirmar que é consenso de que o TCU não possui personalidade jurídica própria, estando estruturado como um órgão da pessoa jurídica União, sem pertencer a nenhum dos três Poderes federais.

Embora com suas atribuições previstas no Capítulo I – Do Poder Legislativo, na Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, não pertence a esse Poder, pois é unânime a doutrina que entende que o Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe somente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 44 da Lei Maior.

Se não é parte do Poder Legislativo, também não é órgão auxiliar, no sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional, conforme afirma o Ministro Carlos Ayres Britto, que declara gozar a Corte de Contas de altaneiro *status* de autonomia.¹⁹³

¹⁹³ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional do tribunal de contas. In: CARDOZA, José Eduardo Martins. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 633.

Outra classificação objeto de controvérsia é se o TCU seria ou não um tribunal administrativo. Carlos Ayres Britto não o considera, afirmando que nenhum tribunal de contas é singelamente administrativo, pois é um órgão cujo regime jurídico é centralmente constitucional, ou seja, tem quase todo o seu arcabouço normativo montado no Poder Constituinte, tanto no que concerne às suas atribuições, quanto no que se relaciona aos agentes que o formam. Por isso, classifica as Cortes de Contas como de tomo político e administrativo, a um só tempo.¹⁹⁴

Fundamentando mais sua classificação das Cortes de Contas como órgãos políticos e administrativos, Carlos Ayres Britto, afirma que:

E salta à razão que, se os Tribunais de Contas não ostentassem dimensão política, não ficariam habilitados a julgar as contas dos administradores de qualquer dos três Poderes estatais, nos termos da regra insculpida no inciso IV do art. 71 da Carta de Outubro (salvantes as contas anualmente prestadas pelo chefe do Poder Executivo). Sequer receberiam o nome de ‘Tribunais’, e nunca teriam em órgãos e agentes judiciários de proa seu referencial organizativo-operacional.

Esse o *pano-de-fundo* para uma proposição complementar: a proposição de que os processos instaurados pelos Tribunais de Contas têm sua própria ontologia. São *processos de contas*, e não processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos. Que não sejam processos parlamentares, nem judiciais já ficou anotado e até justificado (relembrando, apenas, que os Parlamentos decidem por critério de oportunidade e conveniência). Que também não sejam processos administrativos, basta evidenciar que as instituições de contas não julgam da própria atividade (quem assim procede são os órgãos administrativos), mas da atividade de outros órgãos, outros agentes públicos, outras pessoas, enfim. Sua atuação é consequência de uma precedente atuação (a administrativa), e não um proceder originário. E seu operar constitucional não é propriamente um tirar competência da lei para agir, mas ver se quem tirou competências da lei para agir estava autorizado a fazê-lo, e em que medida.¹⁹⁵

Pontes de Miranda afirma que o Tribunal de Contas no plano material é corpo julgante, porque julga; já no plano formal é corpo auxiliar do Congresso Nacional, porque coopera na sua missão de controle da execução orçamento.¹⁹⁶

¹⁹⁴ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional do tribunal de contas. In: CARDOZA, José Eduardo Martins. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 639.

¹⁹⁵ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional do tribunal de contas. In: CARDOZA, José Eduardo Martins. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 641.

¹⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à constituição de 1946**. vol. 2. 3. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 93.

Humberto Guimarães Souto, ex-Ministro do TCU, por sua vez, afirma que à luz da Constituição de 1988, o Tribunal é uma corte administrativa, dotada de autonomia, vinculada ao Poder Legislativo.¹⁹⁷

Tentando fazer uma síntese dos autores citados, e respaldando-se no posicionamento de Carlos Ayres Brito, pode-se afirmar que a natureza jurídica do TCU é ser um órgão da União, não pertencente a nenhum dos Poderes, auxiliar do Congresso Nacional, sem inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional, autônomo, com perfil político-administrativo.

3.6.1.2 Atribuições do TCU

As atribuições constitucionais do TCU são consequência do estabelecimento de sua missão de auxílio ao Congresso Nacional na realização do controle externo da Administração Pública Federal, pela conjugação dos seguintes artigos:

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

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (...).

Cabe, pois, ao Congresso Nacional, com o auxílio do TCU, o exercício do controle externo da Administração federal, estando sujeito ao referido controle não somente os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, mas também todas aquelas pessoas, físicas ou jurídicas, que tenha manipulado recursos financeiros, bens e valores públicos.

¹⁹⁷ SOUTO, Humberto Guimarães. Congresso nacional, tribunal de contas e controle externo. **Revista do tribunal de contas da união**. Brasília. v. 30, n. 79. jan./mar. 1999, p. 34.

Verifica-se, assim, a ampliação do rol dos denominados jurisdicionados ao TCU, em relação à Constituição de 1967 e à Emenda Constitucional nº 01/1969, passando a prever a submissão à fiscalização de um leque maior de legitimados, incluindo-se pessoas físicas e jurídicas fora da órbita da Administração. Tal ampliação demonstra o caráter democrático da Carta de 1988, que buscou eliminar eventuais hipóteses de não sujeição à atuação do controle externo.

Evandro Martins Guerra, ao comentar a ampliação do rol de jurisdicionados ao TCU, afirma que a regra geral estabelece que o controle atinja todos aqueles que, de uma forma ou de outra, administrem recursos públicos. Assim, estão aí incluídas as entidades paraestatais e as subvencionadas, isto é, aquelas que recebam algum tipo de auxílio pecuniário de determinado ente público. Incluem-se, também, os particulares responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, ou seja, os que, mediante quaisquer meios, tais como convênio, contrato, subvenção, subsídio, recebam repasse do erário. Também estão incluídas as empresas ou sociedades subsidiárias e as concessionárias e permissionárias de serviços públicos.¹⁹⁸

Os particulares que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, também são alcançados pela Carta Fundamental. Dessa sorte, o controle externo, destinado precipuamente à Administração Pública, atinge a pessoa que cause dano ao erário, pois esta, ao manipular ou administrar recursos públicos, foi inserido no conceito mais amplo da Administração Pública, mesmo que de forma efêmera.

Verifica-se, também, que a fiscalização a ser realizada abrange diversas áreas da Administração, a contábil, a financeira, a orçamentária, a operacional e a patrimonial, para que seja analisada a conformidade dos atos ao ordenamento jurídico, a persecução do interesse público e a economicidade na utilização dos recursos do Erário. Assim, ficou para

¹⁹⁸ GUERRA, Evandro Martins. Funções e atividades do controle externo. **Fórum de contratação e gestão pública**. ano 1, n. 2, mar. 2002, p. 543-544.

trás a época em que o controle externo apenas tinha como alvo a legalidade *stritu sensu*. Atualmente e cada vez mais, cresce em importância a verificação da eficiência e eficácia das despesas e políticas públicas, sem o que o Estado brasileiro não dará o saldo de que precisa rumo à melhoria da prestação dos serviços à população.

Quanto às atribuições do TCU, propriamente ditas, encontram-se basicamente elencadas nos dispositivos dos art. 71 e 72 da Constituição Federal e detalhadas em sua Lei Orgânica (Lei nº 8.443, de 16/07/1992). Para fins de melhor visualização, serão classificadas em funções, oito no total, quais sejam: fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria, conforme apresentadas por Humberto Guimarães Souto:¹⁹⁹

a) função fiscalizadora: realizar auditorias e inspeções nas unidades de todos os órgãos e entidades da Administração direta e indireta dos três Poderes da União; examinar a regularidade de atos de admissão de pessoal e aposentadoria, reforma e pensão; fiscalizar as contas nacionais de empresas supranacionais de que a União participe; fiscalizar a aplicação de recursos federais repassados a Estados e Municípios, mediante convênio; controlar declarações de bens e rendas de autoridades públicas; calcular percentuais de participação de Estados e Municípios no Fundo de Participação dos Estados e no Fundo de Participação dos Municípios, além de fiscalizar a respectiva entrega e controlar arrecadação e renúncia de receitas;

b) função consultiva: analisar as contas do Presidente da República e emitir parecer prévio, a fim de subsidiar seu julgamento pelo Congresso Nacional; responder consultas feitas por determinadas autoridades sobre dúvidas atinentes a assuntos de competência do Tribunal;

c) função informativa: prestar informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por suas Casas ou suas respectivas Comissões; representar ao Poder competente sobre

¹⁹⁹ SOUTO, Humberto Guimarães. Congresso nacional, tribunal de contas e controle externo. **Revista do tribunal de contas da união**. Brasília. v. 30, n. 79. jan./mar. 1999, p. 34-35.

irregularidades apuradas; encaminhar ao Congresso Nacional relatórios trimestrais e de atividades;

d) função julgante: julgar contas de administradores públicos e de outros responsáveis por bens e valores públicos ou por prejuízos ao erário;

e) função sancionadora: condenar o responsável ao recolhimento do débito ou da multa; afastar do cargo dirigente responsável por obstrução de auditoria; declarar a indisponibilidade de bens; declarar a inabilitação para exercício de funções de confiança por 5 (cinco) a 8 (oito) anos; declarar a inidoneidade para participar de licitação por até 5 (cinco) anos; solicitar à Advocacia-Geral da União providências para o arresto de bens de responsável em débito;

f) função corretiva: fixar prazo para adoção de providências para cumprimento da lei; sustar ato impugnado quando não forem adotadas as providências determinadas;

g) função normativa: expedir instruções e atos normativos sobre matéria de competência do Tribunal e sobre organização de processos que lhe devam ser submetidos;

h) função de ouvidoria: receber denúncia oferecida por responsável pelo controle interno, por cidadão, partido político, associação ou sindicato; bem como representação feita por órgão ou autoridade e representação sobre irregularidades em licitação.

Assim, ante a tamanha amplitude das atribuições do TCU, verifica-se a relevância do papel por ele desempenhado perante o Estado e a sociedade brasileira.

3.6.2 A Natureza Jurídica das Decisões do TCU e seus Efeitos

Tramitam no TCU vários tipos de processos. Entre eles, são de maior interesse para este trabalho os a seguir conceituados:

a) processos de contas, classificados em:

- tomada de contas: processo de contas relativo à avaliação da gestão dos responsáveis por unidades jurisdicionadas da Administração federal direta;

- prestação de contas: processo de contas relativo à avaliação da gestão dos responsáveis por unidades jurisdicionadas da Administração federal indireta e por aquelas não classificadas como integrantes da Administração federal direta;

- tomada de contas especial: processo instaurado em caso de omissão no dever de prestar contas, não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, a prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

b) processos de fiscalização de atos e contratos: destinados a assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetua a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição.

A Lei Orgânica do TCU (nº 8.443/1992) assim define os tipos de decisões em julgamento de processos de contas:

Art. 15. Ao julgar as contas, o Tribunal decidirá se estas são regulares, regulares com ressalva, ou irregulares.

Art. 16. As contas serão julgadas:

I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao erário;

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

a) omissão no dever de prestar contas;

b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

§ 1º O Tribunal poderá julgar irregulares as contas no caso de reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas.

Quanto à natureza jurídica das decisões do TCU em processos de contas, pode-se assim considerar:

a) quando as contas forem julgadas regulares, o acórdão terá natureza jurídica de quitação plena ao responsável, significando que as contas sob análise expressam, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável, nos termos dos arts. 16, inciso I, c/c o art. 17, da Lei Orgânica do TCU;

b) quando as contas forem julgadas regulares com ressalva, o acórdão terá natureza jurídica de quitação ao responsável, com determinação (obrigação de fazer ou não fazer), dirigida ao gestor ou a quem lhe haja sucedido, para a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes, conforme o art. 16, inciso II, c/c o art. 18, da citada Lei Orgânica;

c) quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe penalidade, constituída por multa, sendo que o instrumento da decisão terá natureza condenatória e considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução, nos termos do art. 16, inciso III, c/c o art. 19, da referida Lei Orgânica.

Vale ressaltar que é pacífico na doutrina pátria que os julgamentos de mérito das contas dos gestores e responsáveis efetuados pela TCU têm efeito de coisa julgada, ou seja, tem efeitos de irretratabilidade próprios das decisões judiciais com trânsito em julgado. Assim, tais julgamentos não podem ser reabertos, reapreciados pelo Judiciário, à exceção de casos em que se comprove ilegalidade no julgamento, o que resulta na anulação judicial da decisão da Corte de Contas.

Em outras palavras, cabe ao TCU, com exclusividade, a atribuição de julgar as contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos, ou que deram causa a prejuízos ao Erário, ou seja, julgar a gestão orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e

operacional, não cabendo ao Poder Judiciário entrar no mérito do julgamento realizado, nem julgar novamente a gestão, conforme Carlos Ayres Britto.²⁰⁰

Nesse mesmo sentido, o posicionamento de Seabra Fagundes, ao comentar o art. 70, § 4º, da Emenda Constitucional nº 01/1969, mas que se coaduna com a Carta atual, quando afirma que o referido dispositivo comete ao TCU o julgamento da regularidade “das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos”, o que implica investi-lo no parcial exercício da função judicante. Contudo, afirma que isso se dá não bem pelo emprego da palavra *julgamento*, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte. Isso porque se a regularidade das contas pudesse dar lugar à nova apreciação (pelo Judiciário), o pronunciamento da Corte de Contas resultaria em mero e inútil formalismo. Destaca ainda que, sob esse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União), o TCU decide conclusivamente. Os Órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para fazê-lo.²⁰¹

Conforme já aludido, não só processos de contas tramitam no TCU, mas também de fiscalizações de atos e contratos, entre outros. Conforme ressalta Maria Cristina Nogueira Vieira, nos processos, quando detectada a ocorrência de falhas de natureza formal ou de outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis, ou que não configurem indícios de débito, assim como quando não apurada transgressão à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, o TCU expede determinações (de cumprimento compulsório, de natureza jurídica de condenação em obrigação de fazer ou não fazer). Por meio dessas determinações, impõe ao responsável, ou a quem lhe haja sucedido, a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades ou

²⁰⁰ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional do tribunal de contas. In: CARDOZA, José Eduardo Martins. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 638.

²⁰¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. atualizada por BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 170.

faltas identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes (artigos 18 e 43, inciso I, da Lei nº 8.443/1992).²⁰²

Destaque-se ainda que o descumprimento de decisão do Tribunal, salvo motivo justificado, bem como a reincidência no descumprimento de decisão, propiciam a aplicação da multa de que trata o artigo 58, inciso VII, da Lei Orgânica do Tribunal.

Destaque-se ainda que, caso o TCU verifique a ocorrência de ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; não atendimento a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal, no prazo estabelecido; obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas; sonegação de processo, documento ou informação e reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal, determinará a audiência (direito ao contraditório) do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa. Caso não elidido o fundamento da impugnação, o Tribunal aplicará ao responsável penalidade, constituída de multa, prevista no art. 58 de sua Lei Orgânica.

Ressalte-se que, em processos de fiscalização de atos e contratos, verificadas oportunidades de melhoria de desempenho do órgão ou entidade, o TCU pode expedir recomendações (estas de natureza não compulsória) tendentes à adoção de providências por parte dos jurisdicionados, conforme estabelece o art. 250, inciso III, do Regimento Interno.

Cabe ainda destacar que, conforme prescreve a Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 71, § 3º, as decisões do TCU de que resulte imputação de débito ou de multa

²⁰² VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. **O controle do tribunal de contas da união sobre os atos discricionários das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais**. Brasília, 2004. 94. p. Monografia (Especialização em Controle Externo). Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União, p. 44.

têm eficácia de título executivo extrajudicial, cabendo, pois, à Advocacia-Geral da União ajuizar a respectiva ação de execução.

4. O ESTADO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

4.1. EVOLUÇÃO DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

Em meados do século XIX, tiveram início as reações contra o Estado Liberal, em face de suas graves conseqüências de ordem econômica e social, pois as grandes empresas haviam-se transformado em grandes monopólios, aniquilando as empresas de pequeno porte e surgido uma nova classe social – o proletariado –, em péssimas condições de vida.

Dáí surgiu a defesa da pronta atuação do Estado na economia, como forma de combater as desigualdades criadas, denominado Estado Social, Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado Social de Direito.

O acréscimo de funções a cargo do Estado transformou-o em Estado prestador de serviços, em Estado empresário, em Estado investidor etc. Esse fenômeno provocou o crescimento exagerado de sua máquina e de seu intervencionismo, caracterizado pela grande estrutura administrativa, crescimento da burocracia, aumento de regras limitadoras das liberdades econômicas e sociais, estruturação de monopólios estatais, bem como grande participação estatal, isolada ou majoritária, no capital social de empresas industriais e comerciais.²⁰³ Após a crise mundial dos anos 1970, com as duas crises do petróleo, o papel do Estado de bem-estar (*welfare state*), provedor de direitos sociais, numa fase de crescimento da economia capitalista no mundo, deu lugar a um quadro de crescimento e ineficácia das antigas estruturas.²⁰⁴

Com as reformas liberais empreendidas por Ronald Reagan, nos Estados Unidos, e Margareth Teatcher, na Inglaterra, na década de 1980, bem como com a queda do Muro de Berlim em 1989, as experiências de forte presença estatal na economia abriram espaço para a

²⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 23

²⁰⁴ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 153.

hegemonia do modelo de desenvolvimento capitalista. Tal hegemonia foi baseada em privatizações de empresas estatais, globalização do capital, grande circulação de riqueza, modificações essas que muito influenciaram no perfil do Estado frente à economia.

Luís Roberto Barroso, ao comentar o perfil original da Constituição Brasileira de 1988 e a influência da nova ordem mundial sobre suas disposições, afirma que o texto aprovado reservava para o Estado o papel de protagonista em áreas diversas, tendo sido estabelecidas restrições à iniciativa privada e, sobremaneira, ao capital estrangeiro. No entanto, ressalta que, depois de um ano da promulgação da Constituição, ruiu o Muro de Berlim e com ele começaram a cair os regimes que praticavam o socialismo real. Ao mesmo tempo, a globalização, marcada pela forte interconexão entre os mercados e a livre iniciativa de capitais, impôs, mundo afora, a ruína dos pressupostos estatizantes e nacionalistas que inspiraram parte das disposições da Constituição Federal.²⁰⁵

Não se olvide que o novo perfil do Estado, ao deixar o modelo intervencionista e assumir o de regulador, foi fomentado pela assunção de uma visão ideológica que privilegiava a retirada do Estado da prestação direta de bens e serviços, substituindo-o pela prestação privada, baseada no primado de que os particulares são muitos mais eficientes nesse mister.²⁰⁶ Tal modelo ideológico foi o sustentáculo dos processos de privatização e de globalização da economia.

A respeito da influência da ideologia nas opções de “quanto” o Estado deve intervir da Economia e “onde”, ou seja, em que medida e em quais áreas deve fazê-lo, as respostas para essas questões não se encontram exatamente no campo da ciência, ou no campo das opções puramente técnicas, mas no campo das ideologias. Na verdade, a ideologia é a matéria prima

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Revista jurídica Consulex**. A reconstrução democrática do Brasil. Anexo XIII. Nº 281. 30/09/2008. Brasília: Consulex, 2008, p. 23.

²⁰⁶ BEMERGUY, Marcelo. **O papel do controle externo na regulação de serviços de infra-estrutura no Brasil**. Brasília: 2004. 43 p. Monografia (Especialização em Controle Externo). Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União, p. 5.

da doutrina, sendo esta, no fundo, uma ideologia bem vestida pela roupagem do conhecimento.²⁰⁷

Cabe trazer a baila os ensinamentos de Ferdinand Lassale, pois na mudança do arcabouço constitucional brasileiro que marcou a transformação do Estado intervencionista para o Estado regulador ocorreu nitidamente o conflito entre as chamadas “duas constituições de um país”: entre a Constituição real e efetiva, composta pelos fatores reais e efetivos que regem a sociedade (os fatores reais de poder), e a Constituição escrita, a qual, para distinguir da primeira, chamou o mestre alemão de “folha de papel”.²⁰⁸ Desse conflito, saiu vitoriosa a primeira.

No Brasil, as mudanças no perfil da economia mundial influenciaram preponderantemente modificações na ordem econômica interna, que foram materializadas por Emendas Constitucionais, notadamente entre 1995 e 1998, principalmente quanto aos monopólios, durante o Governo Fernando Henrique Cardoso.

Luís Roberto Barroso divide as recentes reformas estruturais no arcabouço jurídico da ordem econômica brasileira em três transformações:²⁰⁹

a) a primeira, caracterizada pela extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro. Cita como exemplos a Emenda Constitucional nº 6, de 15/08/1995, que suprimiu o art. 171 da Constituição Federal, o qual trazia a conceituação de empresa brasileira de capital nacional e que lhes conferia a outorga de proteção, benefícios especiais e preferências. A mesma Emenda que modificou a redação do art. 176, *caput*, dispensando a exigência do controle do capital nacional para empresas que venham a receber a concessão ou autorização

²⁰⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 247-248.

²⁰⁸ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russel, 2005, p. 35.

²⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 229, jul/set. 2002, p. 288-290.

para realizar pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica;

b) a segunda, denominada de flexibilização dos monopólios estatais. Cita a Emenda Constitucional nº 5, de 15/08/1995, que abriu a possibilidade de os estados-membros concederem a empresas privadas a exploração dos serviços de distribuição de gás canalizado, quando anteriormente só podiam ser delegados a empresas sob o controle acionário estatal. O mesmo tendo ocorrido quanto aos serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, por meio da Emenda Constitucional nº 8, de 15/09/1995. Repetindo-se com o monopólio estatal na área petrolífera, por meio da Emenda Constitucional nº 9, de 09/11/1995, que facultou à União a contratação com empresas privadas das atividades relativas à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro, a importação, exportação e o transporte de produtos de derivados básicos de petróleo;

c) a terceira transformação, denominada de privatização, realizou-se sem alteração do texto constitucional, com a edição da Lei nº 8.031, de 12/04/1990, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização (depois substituída pela Lei nº 9.491, de 09/09/1997). Esse Programa foi efetivado mediante a alienação, em leilões nas bolsas de valores, do controle de empresas estatais envolvendo tanto as que explorem atividades econômicas como as que prestam serviços públicos, além da concessão de serviços públicos a empresas privadas.

Benjamin Zymler, discorrendo sobre a modificação do perfil de prestação de serviços públicos no Estado Moderno, ressalta que a crise do *welfare state* revelou a incapacidade de o Estado prestar diretamente os serviços a seu cargo. Em consequência, um modelo de enxugamento da máquina administrativa foi implantado, o que redundou na desestatização de empresas e na concessão de serviços públicos a agentes privados. Assim, o Poder Público, em

vez de prestar diretamente os serviços, passou a exercer um papel de regulador, repassando as funções operacionais e executoras dos serviços para terceiros. Nesse contexto, como reflexo da mudança, foram inseridas, no ordenamento jurídico, as agências reguladoras.²¹⁰

Também não se pode perder de vista que no Brasil a adoção do modelo de Estado regulador foi deveras premida pelo agravamento da crise fiscal, caracterizada pelo esgotamento da capacidade de investimento do setor estatal, ao longo das décadas de 1980 e 1990.

Na tentativa de superar essa crise, a reforma do Estado brasileiro caracterizou-se por um amplo programa de privatizações. Para a atração do setor privado, notadamente do capital internacional, necessária se fez a implantação de um arcabouço jurídico que evitasse riscos de expropriações e de ruptura dos contratos, grandes “fantasmas” do capital estrangeiro.

Nessa conjuntura, nasceram as agências reguladoras brasileiras, como marcos maiores do chamado “compromisso regulatório”,²¹¹ em que se privilegia sua elevada autonomia frente aos governos de plantão.

4.2. ORIGENS E FUNÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A criação de agências ou órgãos reguladores independentes iniciou-se em países estrangeiros, primeiramente nos Estados Unidos²¹², para, apenas mais recentemente, ter lugar na Europa²¹³.

²¹⁰ ZYMLER, Benjamin. **O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras.** Palestra proferida no Instituto Brasiliense de Direito Público. p. 01-19, out/2003, p. 3.

²¹¹ BINENBOJM, Gustavo. As agências reguladoras independentes. In: BINEMBOJM, Gustavo (Org.) **Agências reguladoras e democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 94.

²¹² O fenômeno da criação das agências reguladoras nos Estados Unidos caracteriza-se pela espontaneidade, fato que influenciou bastante em uma de suas características essenciais: a inexistência de um modelo único. Tal característica, própria do conhecido pragmatismo daquela nação, é uma das marcas do modelo jurídico norte-americano, o qual tem na falta de formulação de doutrinas gerais abrangentes uma de suas essências, ao contrário do direito continental europeu. Ressalte-se, porém, que a ausência de um modelo único de entidades reguladoras não significa sua falta de disciplina legal, muito pelo contrário, há diversas leis específicas tratando da criação dos referidos entes, embora estabelecendo sistemáticas distintas quanto à sua estrutura, atribuições, composição

Tal fenômeno foi fomentado pelo fato de que os EUA sempre foram marcados por uma perspectiva liberal e não estatizante; ao contrário da Europa continental, cujas políticas estatizantes sempre tiveram importante papel, até passar pela onda de desestatização da década de 1980. Assim, na Europa, até então, não se fazia necessária a criação de agências para a regulação de atividades que eram exercidas pelo próprio Estado ou por empresas sob seu controle.²¹⁴

Há de ressaltar-se que, em face de tais modelos terem servido de inspiração à experiência brasileira, o estudo das experiências alienígenas é de grande importância para a compreensão da temática.²¹⁵

de seu corpo diretivo, forma de gestão etc. Tal disseminação normativa dificulta a formulação de conclusões gerais, de estudos comparativos. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 53 e 59-60.

²¹³ A Europa nos séculos XVIII e XIX adotou modelos liberais ortodoxos. No entanto, no século XX, em face da existência de uma séria de convulsões sociais, seus Estados foram levados a adotar políticas estatizantes. Assim, até então, não se mostrava necessária a criação de agências para regular importantes áreas econômicas, pois já era marcante a atuação estatal, seja desempenhando a atividade diretamente ou mediante empresas sob seu controle. Tal realidade mudou com o movimento de desestatização por que passaram os países europeus na década de 1980. Isso fez com que suas circunstâncias político-econômicas viessem a aproximar-se das verificadas nos EUA, em face de o Estado ter deixado de prestar direta ou indiretamente a maior parte dos serviços públicos e atividades econômicas. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio Janeiro: Forense, 2006, p. 227-228.

²¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio Janeiro: Forense, 2006, p. 227.

²¹⁵ Vale ser informado que, desde sua independência, nos Estados Unidos, por influência do modelo britânico, sua Administração Pública sempre comportou entidades com características regulatórias, titulares de competência para produzir atos com características normativas gerais e individuais. Mas a consolidação do modelo de agências reguladoras adveio no setor ferroviário, segmento no qual ocorreu grande desenvolvimento, tornado-se, por volta de 1860, núcleo do maior poder econômico dos EUA. Entre os entes reguladores dessa época, destaca-se o conselho de comissários de *Massachusetts*, em 1869, sendo esse considerado o marco fundamental do modelo, em face de esse estado deter à época a maior rede ferroviária do mundo. Cabe frisar que, entre as principais características do conselho de comissários de *Massachusetts*, figurava a boa performance alcançada, principalmente face à atuação de seus membros, detentores de grande conhecimento no setor regulado; busca de soluções conciliatórias em vez da confrontação, sempre evitando disputas judiciais. Era uma unidade burocrática destituída de complexidade, com elevado nível de eficiência e sem encargos financeiros para a comunidade, tendo por objetivo a eficiência econômica, redução de custos e segurança no transporte. Durante as décadas de 1930 e 1940, nos EUA, foram criadas diversas agências federais para atuar nos mais variados setores da vida econômica americana. Essa fase é denominada “primeira onda” das agências, que se caracteriza pela grande intervenção estatal na economia. Nessa época, as agências tinham essa função, tendo competência preponderantemente econômica, visando suprir os defeitos no funcionamento do mercado. No entanto, junto com o crescimento econômico, intensificaram-se as demandas da sociedade civil, destacando-se bandeiras não econômicas, tais como a luta por políticas contra a segregação racial, pela eliminação de regras discriminatórias, defesa do meio-ambiente, proteção aos consumidores, à saúde e à segurança no trabalho. Assim, criou-se forte movimento pela atuação e proteção estatal diante de questões não relacionadas diretamente à economia, o que resultou na criação de agências destinadas a esses fins, denominando-se essa época como “segunda onda” das agências. Ou seja, operou-se sensível mudança no perfil de criação das agências, antes

Destaque-se, todavia, que, apesar de a experiência estrangeira, principalmente a norte-americana, na criação e convivência com entidades e órgãos reguladores independentes ser bem mais antiga do que a brasileira, a realidade de cada país há de ser verificada caso a caso, levando em conta suas características próprias.²¹⁶

Frise-se que a experiência norte-americana distingue-se da brasileira em diversos aspectos. Um dos principais é o de que lá não existe um só modelo ou figura jurídica de agência reguladora, como no Brasil, em que o modelo de autarquia especial é aplicado a todas elas.

Assim, qualquer que seja o modelo regulador criado por um Estado, para fins de comparação com outro, mister se faz levar em conta as diferenças e especificidades de cada país, destacando-se seu arcabouço constitucional e infraconstitucional, a jurisprudência da cortes constitucionais, sua estrutura social, cultural, empresarial, bem como a concepção de intervenção estatal sobre a economia.

Mas deve ser destacado que um dos pontos em comum entre todos os países é a concepção de que as competências estatais na era do Estado regulador não podem ser exercidas com as estruturas administrativas tradicionais, ou seja, segundo o modelo napoleônico, com ampla centralização do poder estatal. Essa transformação foi imposta pela necessidade de determinadas atividades e áreas desenvolverem-se sob o controle de

destinadas a suprir falhas do mercado, agora a regular valores não econômicos. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 55, 73-75, 78-79.

²¹⁶ Vale destacar que as agências norte-americanas foram-se multiplicando de tal forma que, atualmente, o direito administrativo daquele país pode ser praticamente confundido com o direito das agências, sejam elas reguladoras ou meramente executivas, independentes ou subordinadas hierarquicamente ao Presidente da República. Frise-se também que, salvo algumas exceções cujas agências têm atribuições puramente consultivas, uma das características gerais que pode ser extraída das agências norte-americanas é o poder intervir ativamente na realidade sócio-econômica do país, ao determinar, por meio de normas gerais ou decisões concretas, direitos e obrigações privadas. Outra da característica geral é a competência das agências para a resolução de conflitos, à luz das normas estabelecidas. Tanto entre elas e os particulares ou entre os próprios particulares, mas sempre no ramo em que atuam. Tais características, ou seja, administrar, compor conflitos e editar normas, compõem uma das mais tormentosas questões colocadas pelas agências, tendo levado a afirmar-se nos EUA que elas desempenham funções administrativas, “quase-judiciais” e “quase-legislativas. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio Janeiro: Forense, 2006, p. 229.

autoridades imparciais, em posição de equidistância em relação aos interesses públicos e privados em jogo.

Mas, independentemente da forma que cada Estado adota para sua estrutura, um fenômeno é amplamente constatado: a fragmentação das estruturas administrativas é uma tendência que pode ser verificada em todos os países ocidentais.²¹⁷

Além disso, destaque-se, seguindo uma tendência marcante nos países estrangeiros, que há uma propensão cada vez maior de serem criadas agências reguladoras não somente das atividades econômicas, mas para áreas com meio ambiente, saúde, segurança, enfim, direitos fundamentais. São áreas julgadas sensíveis pelo seu grau de importância e abrangência, em que se faz necessária a regulação estatal por meio de agências para evitar distorções e proteger os cidadãos.²¹⁸

Em resumo, quanto às funções das agências ou órgãos reguladores, verifica-se que, de maneira geral, concentram poderes fiscalizatórios, sancionatórios, de composição de conflitos e regulamentares. No que concerne a essa última função, conclui-se que, em geral, seus amplos poderes regulamentares são admitidos, desde que fixados *standards* legais, dentro dos quais poderão desenvolver-se.²¹⁹

²¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 52.

²¹⁸ A título de exemplo, como em outros países, as autoridades administrativas independentes francesas não se restringiram à regulação de atividades econômicas, marcando firme presença em campos atinentes aos direitos fundamentais individuais e coletivos. Assim, pode-se classificá-las em três categorias: a) reguladoras dos setores sócio-econômicos; b) reguladoras de informação e comunicações; c) reguladoras de interesses dos administrados. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 182.

²¹⁹ A respeito da sempre polêmica competência regulamentar das autoridades administrativas independentes, a Corte Constitucional espanhola entendeu ser constitucional, desde que haja habilitação legal específica, ou seja, habilitação legal (formal) expressa e determinada (no sentido de delimitadora do âmbito, do caráter e do alcance do respectivo normativo). Na França, o Conselho Constitucional admitiu poderes regulamentares às autoridades administrativas independentes, desde que a lei estabeleça critérios e princípios reitores determinados para o seu desenvolvimento. A formulação de políticas públicas fica a cargo do Governo francês, ou seja, da Administração central, que pode inclusive editar regulamentos na área de competência da autoridade administrativa. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio Janeiro: Forense, 2006, p. 244 e 246.

Frise-se, no entanto, que deve ser sempre lembrado que há muita dificuldade em transplantar integralmente experiências estrangeiras para outro Estado. Isso, em razão das diferenças culturais e jurídicas, cabendo ao estudioso analisar o instituto das agências reguladoras independentes, sempre à luz de sua adaptação ou não aos princípios e regras constitucionais nacionais.

Assim, fixados tais pontos, passa-se à análise da criação das agências reguladoras no Brasil.

4.3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Conforme se verifica pela descrição da experiência estrangeira, uma das características atuais da Administração Pública é sua cada vez maior fragmentação, em unidades especializadas em determinados temas ou setores. O Brasil não ficou de fora dessa dinâmica.

A crise fiscal por que passou o Estado brasileiro nas décadas de 1980 e 1990, somada a um quadro de congelamento de tarifas ou de reajustes menores que a inflação, aliada à opção pelo pagamento de imensas parcelas de juros das dívidas interna e externa, dificultavam a aplicação de recursos na ampliação e melhoria dos órgãos e entidades estatais prestadores diretos de bens e serviços públicos, tais com de telecomunicações, energia elétrica, serviços ferroviários, rodovias etc.

Nesse quadro, a clássica estrutura governamental centralizada e mesmo a prestação de serviços ou a produção de bens por meio de entidades da Administração indireta não mais passaram a atender às necessidades dos produtores e do amplo e crescente mercado consumidor de bens e serviços, cada vez mais específicos e tecnicamente mais sofisticados.

A dinâmica da vida social e econômica e as especificidades técnicas do mundo moderno, ante a falta de investimento nas empresas estatais, não permitiam que as demandas fossem atendidas por uma estrutura governamental burocrática, não especializada e por empresas governamentais, às vezes, defasadas e sujeitas aos sobressaltos e grandes influências da política partidária.

Diante de tal quadro, a mudança no perfil do Estado brasileiro fazia-se necessária, sob pena de o País não acompanhar a evolução sócio-econômica por que passava o mundo.

Alexandre Aragão lembra que os fenômenos industriais e pós-industriais fizeram com que a vida social deixasse de basear-se em critérios preponderantemente políticos, para inspirar-se fortemente em fatores técnicos. Mesmo em setores já relacionados a uma normatização preponderantemente técnica, a isso se soma a necessidade de maior especialização em razão das constantes evoluções tecnológicas e da crescente complexidade e pluralidade dos sistemas sociais. Tais fatos têm motivado que a especialização em determinados setores do Direito deva ser acompanhada por profundos estudos técnicos da matéria regulada.²²⁰

Diante desse contexto, fizeram-se necessárias grandes modificações da estrutura do aparelho estatal brasileiro. As medidas implementadas fizeram parte do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo então Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), aprovado em 21/09/1995 pela Câmara da Reforma do Estado²²¹.

²²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio Janeiro: Forense, 2006, p. 323.

²²¹ Nas palavras do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, ao fazer a apresentação do trabalho, o "Plano Diretor" procurou criar condições para a reconstrução da Administração Pública em bases modernas e racionais. Afirmou que, no passado, constituiu grande avanço a implementação de uma Administração Pública formal, baseada em princípios racional-burocráticos. Declarou que esses princípios contrapunham-se ao patrimonialismo, ao clientelismo, ao nepotismo, vícios estes que ainda persistiam e que precisavam ser extirpados. Afirmou, porém que o sistema introduzido, ao limitar-se a padrões hierárquicos rígidos e ao concentrar-se no controle dos processos e não dos resultados, revelou-se lento e ineficiente para a magnitude e a complexidade dos desafios que o País passou a enfrentar diante da globalização econômica. Destacou que a situação agravou-se a partir do início da década de 1990, como resultado de reformas administrativas apressadas, as quais desorganizaram centros decisórios importantes, afetaram a "memória administrativa", a par de

Sebastião Tojal destaca que a reforma do aparelho do Estado realizou-se, especialmente, por meio do ajuste fiscal, do abandono da estratégia protecionista de substituição das importações e do programa de privatizações das empresas estatais, que teve início com o Plano Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/1990).²²²

Assim, sob o quadro de grave crise fiscal, argumentando também que entre seus objetivos o programa de privatização visava gerar recursos para amortizar as dívidas interna e externa, o governo de Fernando Henrique Cardoso promoveu um amplo programa de privatizações. Tal programa foi precedido de algumas medidas de atração de investidores, contemplando o realinhamento das tarifas públicas, as quais sofreram, à época, sensível aumento; garantia de revisões anuais das tarifas e amplos programas de demissão dos funcionários. Envolveu também a assunção, pelo Estado, de dívidas e obrigações das empresas privatizadas; concessões de financiamentos, pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, com juros subsidiados, para a aquisição das empresas; bem como a previsão de parte do pagamento das aquisições mediante as então denominadas “moedas podres”, títulos antigos emitidos pelo governo que poderiam ser comprados por até 50% do valor.²²³

Algumas dessas providências foram denominadas de “saneamento das estatais”, sob o argumento de facilitarem as vendas das empresas, tendo sido alvo de severas críticas por parte de partidos políticos de oposição, grupos e entidades da sociedade civil. Assim, foram

desmantelarem sistemas de produção de informações vitais para o processo decisório governamental. Afirmou que era preciso reorganizar as estruturas da Administração com ênfase na qualidade e na produtividade do serviço público; na verdadeira profissionalização do servidor e que esta reorganização da máquina estatal vinha sendo adotada com êxito em muitos países desenvolvidos e em desenvolvimento. Vale destacar que os diagnósticos e o quadro teórico apresentados no "Plano Diretor" serviram de base para as propostas de Emenda Constitucional que o Poder Executivo apresentou ao Congresso Nacional para as reformas nas áreas administrativa e previdenciária na década de 1990. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Plano diretor da reforma do aparelho de estado**. Brasília, Documentos da Presidência da República, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDIA.HTM>. Acesso em: 17 nov. 2010.

²²² TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 154.

²²³ BIONDI, Aloysio. **O Brasil privatizado**: um balanço do desmonte do Estado. 1 ed. 7ª reimp. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999, p. 8-12.

privatizadas, entre outras empresas, a Embratel; as companhias de telefonia participantes do Sistema Telebrás; diversos bancos estaduais; empresas siderúrgicas como a Usiminas, a Companhia Siderúrgica Nacional e a Açominas; empresas petroquímicas, como a Copene, Salgema e Copesul. Também foram privatizadas a Companhia Vale do Rio Doce; empresas distribuidoras de energia elétrica, tais como a Cosern, CPFL, Coelba e Ligth; a Embraer e trechos da Rede Ferroviária Federal. Foram ainda efetuados leilões para a concessão de exploração de atividades por “empresas espelho”, empresas que iriam concorrer com as estatais; para a concessão da exploração de rodovias, ferrovias etc.

Concomitantemente ao programa de privatização, necessária se fez a implantação de um arcabouço jurídico que evitasse riscos de expropriações e de ruptura dos contratos, grandes “fantasmas” do capital estrangeiro. Nesse sentido, começou o governo a criar entidades para exercer a regulação dos setores privatizados, inicialmente mediante alterações na Constituição Federal, depois por leis ordinárias. Isso porque, em face da grande importância social e econômica dos ramos em que atuavam as empresas privatizadas, não poderiam permanecer os agentes desvinculados de uma regulação estatal mais específica.

Assim como ocorreu nos demais principais estrangeiros do mundo ocidental, as agências reguladoras brasileiras não foram criadas no corpo da Administração Pública central, pois necessário se fazia dotá-las de grande autonomia. Isso, para que pudessem atuar de maneira mais célere, independente e protegidas da interferência direta das forças político-partidárias.

Além disso, outro importante objetivo buscado com a criação das agências foi evitar a descontinuidade administrativa, ou seja, a substituição do corpo dirigente ao alvedrio dos governos de plantão. Essa descontinuidade tem gerado em muitos órgãos e entidades da

Administração Pública brasileira a perda da memória diretiva e a ausência de previsibilidade das decisões, causadas pela falta de compromisso com as políticas e decisões passadas.²²⁴

Nessa conjuntura, nasceram as agências reguladoras, como marcos maiores do chamado “compromisso regulatório”, segundo Gustavo Binembojm,²²⁵ em que se privilegia sua elevada autonomia frente aos organismos centrais do governo.

Assim, foi no contexto do Estado regulador, fiscalizador e concedente, em detrimento do Estado empresário, investidor e operador de serviços, que surgiram as agências reguladoras brasileiras.

O advento dos entes reguladores integrou um novo arranjo político-institucional, decorrente da reforma do Aparelho do Estado Brasileiro, que redimensionou o papel da Administração Pública na prestação de serviços públicos. O Estado diminuiu sua função de prestador direto de bens e serviços, na mesma proporção em que incrementou sua função regulatória. Por via de consequência, as agências reguladoras foram dotadas de maior autonomia financeira, administrativa e patrimonial em relação aos demais órgãos e entidades públicas.²²⁶

Nesse contexto, foi redefinido o conceito de concessão de serviços públicos, na forma prescrita pelo art. 175 da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

²²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 368.

²²⁵ BINEMBOJM, Gustavo. As agências reguladoras independentes. In: BINEMBOJM, Gustavo (Org.) **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 94.

²²⁶ Ementa: Acompanhamento. ANEEL. Processo de Revisão Tarifária da Light Serviços de Eletricidade SA. Exercício de 2003. Embargos de declaração opostos a acórdão que determinou à agência a inclusão dos efeitos do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio no cálculo do reposicionamento tarifário e nos próximos processos de revisão tarifária. Competência da Aneel de avaliar a conveniência, a oportunidade e a forma mais adequada de considerar tais efeitos nos processos de revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica. Conhecimento. Provisório. Recomendação. Diligência. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Embargos de Declaração. Acompanhamento. Voto do Revisor, Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 1757/2004 – Plenário. Processo nº 016.128/2003-2. Interessados: José Mário de Miranda Abdo, Diretor-Presidente da Aneel e Light Serviços de Eletricidade S/A. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília - DF, **DOU**, de 23 de novembro de 2004. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em 24 jul. 2009.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.²²⁷

Atendendo ao disposto no Parágrafo Único do art. 175 da Lei Maior, acima transcrito, foi promulgada a Lei nº 8.987/1995, a qual dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e deu outras providências.²²⁸

A referida Lei estabeleceu a intenção de o Estado brasileiro, por meio da outorga da execução dos serviços públicos, garantir a prestação de serviços adequados e de boa qualidade, consoante se depreende da leitura do *caput* e § 1º do art. 6º, *verbis*:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.²²⁹

²²⁷ Ementa: Acompanhamento. ANEEL. Processo de Revisão Tarifária da Light Serviços de Eletricidade SA. Exercício de 2003. Embargos de declaração opostos a acórdão que determinou à agência a inclusão dos efeitos do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio no cálculo do reposicionamento tarifário e nos próximos processos de revisão tarifária. Competência da Aneel de avaliar a conveniência, a oportunidade e a forma mais adequada de considerar tais efeitos nos processos de revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica. Conhecimento. Provimento. Recomendação. Diligência. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Embargos de Declaração. Acompanhamento. Voto do Revisor, Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 1757/2004 – Plenário. Processo nº 016.128/2003-2. Interessados: José Mário de Miranda Abdo, Diretor-Presidente da Aneel e Light Serviços de Eletricidade S/A. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília - DF, **DOU**, de 23 de novembro de 2004. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em 24 jul. 2009.

²²⁸ Ementa: Acompanhamento. ANEEL. Processo de Revisão Tarifária da Light Serviços de Eletricidade SA. Exercício de 2003. Embargos de declaração opostos a acórdão que determinou à agência a inclusão dos efeitos do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio no cálculo do reposicionamento tarifário e nos próximos processos de revisão tarifária. Competência da Aneel de avaliar a conveniência, a oportunidade e a forma mais adequada de considerar tais efeitos nos processos de revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica. Conhecimento. Provimento. Recomendação. Diligência. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Embargos de Declaração. Acompanhamento. Voto do Revisor, Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 1757/2004 – Plenário. Processo nº 016.128/2003-2. Interessados: José Mário de Miranda Abdo, Diretor-Presidente da Aneel e Light Serviços de Eletricidade S/A. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília - DF, **DOU**, de 23 de novembro de 2004. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em 24 jul. 2009.

²²⁹ Ementa: Acompanhamento. ANEEL. Processo de Revisão Tarifária da Light Serviços de Eletricidade SA. Exercício de 2003. Embargos de declaração opostos a acórdão que determinou à agência a inclusão dos efeitos do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio no cálculo do reposicionamento tarifário e nos próximos processos de revisão tarifária. Competência da Aneel de avaliar a conveniência, a

Feita a exposição do quadro que propiciou a criação das agências reguladoras no Brasil, vale ressaltar que o advento dos referidos entes não pode ser confundido com privatização ou com absentéismo estatal. Reconhece-se, porém, ser compreensível a confusão, vez que o surgimento das agências foi contemporâneo à transferência das estatais à iniciativa privada, ocorrida principalmente na década de 1990.²³⁰

Ressalte-se, porém, que a criação de entidades com poderes de regulação no Brasil é anterior aos anos 1990, em que pese nenhuma delas detivesse o grau de autonomia frente ao Poder Executivo previsto nas leis de criação das novéis agências. Mas é inegável que as entidades criadas antes da década de 1990 também desempenham atribuições de regulação dos setores sob sua competência. Foram elas: o Conselho Monetário Nacional (CMN), o Banco Central do Brasil, o Instituto do Alcool e do Açúcar (IAA), o Instituto Brasileiro do Café (IBC), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM),²³¹ bem como o Instituto de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO).²³²

Destaque-se que um dos marcos da jurisprudência quanto à autonomia das novas agências reguladoras frente às entidades com poderes de regulação criadas antes da década de 1990 deu-se por ocasião do julgamento da liminar da ADIN nº 1949-0. No aresto, o Supremo Tribunal Federal entendeu vedada a exoneração *ad nutum* dos dirigentes das novas agências reguladoras. Esse julgado modificou radicalmente o entendimento até então firmado, objeto

oportunidade e a forma mais adequada de considerar tais efeitos nos processos de revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica. Conhecimento. Provimento. Recomendação. Diligência. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Embargos de Declaração. Acompanhamento. Voto do Revisor, Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 1757/2004 – Plenário. Processo nº 016.128/2003-2. Interessados: José Mário de Miranda Abdo, Diretor-Presidente da Aneel e Light Serviços de Eletricidade S/A. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília - DF, **DOU**, de 23 de novembro de 2004. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em 24 jul. 2009.

²³⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio Janeiro: Forense, 2006, p. 266.

²³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio Janeiro: Forense, 2006, p. 266.

²³² 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. 190-191.

da Súmula nº 25 do STF, que permitia a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante do cargo de dirigente de autarquia, mesmo que fosse nomeado a termo.²³³

Assim, surgiram as agências reguladoras brasileiras, primeiramente destinadas a regular os setores em que atuavam as empresas estatais privatizadas prestadoras de serviços públicos. Conquanto, logo em seguida, passou-se a criar agências destinadas a regular não mais serviços públicos, mas setores envolvendo atividades econômicas *stricto sensu*. Frise-se que é característica comum a todos esses setores serem considerados sensíveis à coletividade, em face de os interesses envolvidos serem fortes, múltiplos, conflitantes e de grande impacto econômico ou social.

Nesse sentido, fazendo um breve levantamento da recente história da criação das agências reguladoras brasileiras, verifica-se que a introdução formal dessas entidades tem seu marco preciso na Emenda Constitucional nº 8, de 16/08/1995. Tal Emenda, ao modificar o art. 21, inciso XI, da Constituição Federal, determinou a criação de um “órgão regulador”, para o setor de telecomunicações. Em seguida, menos de três meses depois, a Emenda Constitucional nº 9, de 10/11/1995, determinou a criação de um outro “órgão regulador”, desta feita para o setor de hidrocarbonetos. Destaque-se ainda que as demais agências foram criadas mediante leis, não tendo previsão constitucional.

Assim, na órbita federal, foram criadas as seguintes agências reguladoras, todas, ressalte-se, na segunda metade da década de 1990 e no início da década de 2000:

a) a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei nº 9.427, de 26/12/1996, competindo-lhe o exercício das funções inerentes ao poder concedente dos serviços públicos de energia elétrica e do uso de potenciais de energia elétrica etc.;

²³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio Janeiro: Forense, 2006, p. 264.

b) a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), criada pela Lei nº 9.472, de 10/7/1997, com a atribuição de implantar a política nacional de telecomunicações e exercer a função de poder concedente, entre outras competências;

c) a Agência Nacional do Petróleo (ANP), atualmente denominada Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, criada por meio da Lei nº 9.478, de 6/8/1997, competindo-lhe a expedição de normas e atos concretos para a implementação das políticas públicas fixadas para o setor;

d) a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada mediante a Lei nº 9.961/2000, com a atribuição de regular os planos de saúde privados;

e) a Agência Nacional de Águas (ANA), criada mediante a Lei nº 9.984/2000, a quem compete supervisionar a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, cabendo-lhe, entre outras atribuições, realizar a outorga do direito de uso recursos hídricos em corpos de água de domínio da União;

f) a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), criada pela Lei nº 10.233, de 5/6/2001, compete-lhe exercer as atividades regulatórias para o setor de transporte ferroviário de cargas e passageiros, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, transporte rodoviário de cargas, transporte multimodais, entre outras atribuições;

g) a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), criada por meio da Lei nº 10.233, de 5/6/2001, tem como competência a regulação das atividades de navegação fluvial, lacustre, de travessias, de cabotagem e de longo curso, portos organizados e terminais privativos etc.

Destaque-se ainda que os estados-membros brasileiros, contemporaneamente à onda de privatizações, também instituíram agências para regular serviços por eles concedidos. Têm as agências reguladoras estaduais características semelhantes às federais, inclusive quanto à

vedação de exoneração *ad nutum* de seus dirigentes. Mas, ao contrário das agências federais, que são unissetoriais, caracterizarem-se por serem multissetoriais, ou seja, por uma só agência regular diversos setores, talvez pela menor quantidade de atividades reguladas a cargo dos estados-membros, à exceção da Comissão de Serviços Públicos de Energia do Estado de São Paulo (CSPE).²³⁴

Reitere-se que no Brasil a criação de agências reguladoras não mais pode estar associada somente à regulação de setores privatizados, pois surgiram agências com competências regulatórias quanto a setores que não foram explorados diretamente pelo Estado. Pode-se mesmo avançar e afirmar que, a exemplo dos países estrangeiros, no futuro, há grande tendência de haver a criação de entes reguladores que cada vez mais tratem da proteção de direitos fundamentais.

4.4. AS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS MODERNAS E SUA TOPOLOGIA

As agências reguladoras federais brasileiras, ao serem instituídas ou criadas, foram submetidas ao regime autárquico especial, conforme se verifica nos diplomas legais que as regem (Leis n°s 9.427, de 26/12/1996, art. 1°; 9.472, de 10/7/1997, art. 8°; 9.478, de 6/8/1997, art. 7°; 9.961, de 28/01/2000, art. 1°; 9.984, de 17/07/2000, art. 2°; 10.233, de 5/6/2001, art. 21).

Assim, ao serem submetidas ao regime autárquico, configuram-se como autarquias, entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público, pertencentes à Administração

²³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio Janeiro: Forense, 2006, p. 289.

Pública federal indireta, nos termos do art. 4º, inciso II, alínea “a”, do Decreto-Lei nº 200, de 25/02/1967.²³⁵

A autarquia é um prolongamento do Poder Público, uma *longa manus* do Estado, devendo executar serviços próprios do Estado, em condições idênticas a ele, com os mesmos privilégios da Administração-matriz. O que diversifica a autarquia do Estado são os métodos operacionais de seus serviços, mais especializados e mais flexíveis que os da Administração centralizada. Assim, para desempenhar misteres mais especializados, exigem organização adequada, autonomia de gestão e pessoal especializado, isentos da burocracia comum dos órgãos centralizados.²³⁶

A natureza de autarquia especial conferida às agências reguladoras é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes, conforme também estabelecido na respectiva legislação.²³⁷

Ao pertencerem à Administração Pública federal, conforme já afirmado, devem também obedecer aos princípios que a regem, tais como os da legalidade, impessoalidade,

²³⁵ Segundo Seabra Fagundes, as entidades autárquicas são subórgãos nascidos da vontade exclusiva do Estado, dele dependentes, e tendo como objetivos gerir interesses a ele peculiares. Fazem parte do conjunto dos órgãos administrativos do Estado, conquanto sejam destacadas do núcleo da Administração Pública. Mediante sua atuação, efetua-se a denominada descentralização por serviço, tendo as autarquias personalidade jurídica como um desdobramento da personalidade do Estado. Este destaca de si próprio a personalidade que outorga a elas. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. atualizada por BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.35-36.

²³⁶ MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 312-313.

²³⁷ Tratando da natureza autarquia em regime especial das agências reguladoras, Celso Antônio Bandeira de Melo questiona: “Afim, em que consistiriam seus regimes especiais?” E responde: quatro das leis supra-referidas [as leis de criação das agências reguladoras] propõem-se a esclarecer o que seriam os ditos “regimes especiais” a que fazem referência. Assim, a lei que criou a Anatel, em seu art. 8º, §2º, estabelece como traços especificadores “independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”. A lei da ANS, em seu art. 1º, Parágrafo Único, aponta como características do “regime especial” “autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes”. De sua parte, a lei da ANVISA, no seu art. 3º, Parágrafo Único, estabelece como características de tal regime “independência administrativa, a estabilidade de seus dirigentes e a autonomia financeira”. Já a lei que criou a ANTT e a ANTAQ aponta, no art. 21, §2º, que o regime autárquico especial é caracterizado pela “independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 173-174.

moralidade, publicidade e eficiência, previstos no *caput*, do art. 37 da Constituição Federal, bem como a todos os demais aplicáveis ao Poder Público previstos em disposições constitucionais e infraconstitucionais.

Assim, sem adentrar em cada um dos princípios, depreende-se que as agências reguladoras, conquanto dotadas de maior grau de autonomia frente aos demais órgãos e entidades, não deixam de estar sujeitas aos princípios e regras que norteiam o desempenho da máquina governamental.

Nesse sentido, os atos praticados pelas agências reguladoras, como autarquias que são, por meio de seus administradores ou representantes, são atos administrativos, tendo em vista emanarem de agentes que compõem a Administração Pública,²³⁸ estando, portanto, sujeitos ao controle de seus elementos componentes, como os atos emanados dos agentes dos demais entes públicos.

Além disso, também devem submeter-se aos controles próprios do regime republicano, tais como os do Ministério Público, Judiciário, Tribunal de Contas, ao controle do Legislativo, ao controle interno e ao controle popular.

Depreende-se, então, que qualquer análise que se faça da atuação das agências há que levar em conta toda a principiologia, constitucional e infraconstitucional, e as regras regedoras da Administração Pública federal, considerando, é claro, as especificidades dos referidos entes reguladores.

²³⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. atualizada por BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 37.

4.5. CARACTERÍSTICAS E ATRIBUIÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

4.5.1. Características

Analisando-se a legislação e a doutrina sobre as agências reguladoras brasileiras, podem-se extrair algumas de suas atribuições e características julgadas gerais e fundamentais, que muito contribuem para materializar seu importante papel de entes regulatórios.

Uma dessas principais características, emanada de sua natureza de autarquia especial, é a autonomia. Mas autonomia em grau bem mais destacado que o de outras autarquias também dotadas do qualificativo da especialidade, conforme será verificado adiante.

Outra característica marcante das agências é a dita competência regulatória. Essa competência materializa-se pelo poder, no âmbito e limites de matérias delegadas pelo legislador, de criar a norma reguladora, de aplicá-las e de dirimir administrativamente os conflitos suscitados, seja entre concessionários ou agentes econômicos, seja entre esses e o público consumidor.²³⁹

Especificamente quanto ao poder normativo, essa é uma das principais características das agências reguladoras, sem a qual se transformariam apenas em meras entidades adjudicatárias.²⁴⁰ Cabe destacar que o poder normativo das agências é uma das matérias mais relevantes e polêmicas sobre o tema da regulação. Isso porque mexe com uma das questões fundamentais do Estado Democrático de Direito: a separação dos poderes, a competência para editar normas primárias, a delegação legislativa, a deslegalização etc.

Outra marca das agências, utilizada como instrumento de legitimação de sua atuação reguladora, dá-se mediante a garantia de ampla publicidade dos atos e processos de regulação.

²³⁹ 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. 169-170.

²⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio Janeiro: Forense, 2006, p. 316.

Essa legitimação é buscada pela garantia de plena abertura processual aos administrados e pela possibilidade ou obrigatoriedade legal da tomada de decisões com a participação das partes envolvidas, o que se denomina de processualidade aberta. Busca-se com tais mecanismos compensar a falta de legitimidade dos gestores por não terem sido escolhidos mediante processos político-eleitorais. Busca-se também legitimação, ao utilizar-se o parâmetro da consensualidade entre as partes, como critério de tomada de decisões, técnica denominada de legitimação pelo processo.²⁴¹

A respeito da legitimação pelo processo, verifica-se que as atividades administrativas extroversas (aí incluídas as atividades administrativas abstratas das agências reguladoras, que se caracterizam pela possibilidade de tomada de decisões que possam afetar a liberdade e a propriedade das pessoas), somente podem ser legitimadas pela observância do devido processo legal, ante a garantia estatuída na Constituição, em seu art. 5º, inciso LIV.²⁴²

Nesse sentido, como forma de legitimação pelo processo, estabelecem as leis que regem as agências reguladoras que o devido processo legal que legitima o exercício da função regulatória somente ocorre quando todos os interesses em jogo, tanto o público, como os dos agentes privados setorialmente envolvidos, forem discutidos, ponderados, negociados. Espera-se que, desse modo, sejam os interesses adequadamente equacionados e formalizados, para, somente depois, serem, finalmente, vazados em normas e decisões reguladoras.²⁴³

²⁴¹ 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. 169-170 e 178.

²⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democráticos Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179.

²⁴³ 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. 180..

4.5.2. Atribuições

As agências reguladoras brasileiras, à semelhança de suas congêneres estrangeiras, exercem funções múltiplas, que se distribuem em atribuições administrativas, normativas e judicantes. Ou seja, têm competências híbridas, pois exercem atribuições assemelhadas às três funções do poder estatal.

Mas há de se ressaltar que todas as funções atribuídas às agências reguladoras não são originais, pois não refletem a criação de novas funções estatais. Apenas se produz a dissociação de competências, as quais já existiam, mas eram acumuladas no interior das diferentes estruturas do Estado.²⁴⁴

Destaque-se também, conforme já exposto, que o exercício de funções híbridas pelas agências deve-se à efetivação da tendência de descentralização do poder estatal para entidades e pólos de poder mais diretamente ligados e próximos aos setores para os quais lhes foi outorgada competência reguladora. Dessa forma, como entidades exercentes de atribuições regulatórias de um segmento específico, estabelecem-se as condições propícias à crescente especialização e eficiência no exercício de suas atribuições.

Assim, privilegiam-se os juízos científicos, em vez das valorações meramente político-partidárias, valoriza-se a técnica, em vez das conveniências eleitorais, próprias da antiga Administração centralizada. Sempre, é claro, sem ter a ilusão de que, mesmo juízos técnico-científicos, nunca estarão totalmente desvinculados de uma escolha política.

Observe-se ainda que, de uma maneira geral, algumas atribuições são comuns a todas – ou quase todas – as agências reguladoras brasileiras, a despeito das especificidades de cada um dos diferentes setores em que atuam, destacando-se:

²⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 358.

a) controlar tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, bem como acompanhar e proceder à revisão de tarifas e contraprestações pecuniárias pelos serviços prestados, podendo fixá-las nas condições previstas na lei, bem como homologar reajustes;²⁴⁵

b) universalizar a prestação dos serviços, buscando estendê-los a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos;²⁴⁶

c) fomentar a competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural;²⁴⁷

d) fiscalizar o cumprimento dos contratos de concessão ou permissão ou as atividades do setor;²⁴⁸

e) realizar o arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc.;²⁴⁹

f) expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços;²⁵⁰

g) editar atos de outorga ou autorização, bem como de extinção de direito de exploração ou de prestação do serviço, fiscalizando e aplicando sanções;²⁵¹

²⁴⁵ Arts. 3º, inciso XI, 15, da Lei nº 9.427/1996; art. 19, inciso VII, da Lei nº 9.472/1997; art. 8º, inciso VI, da Lei 9.478/1997; art. 4º, incisos XVII e XXI, da Lei nº 9.961/2000; art. 4º, incisos VI e VIII, da Lei nº 9.984/2000; arts. 24, inciso VII, e 27, inciso VII, da Lei nº 10.233/2001.

²⁴⁶ Arts. 3º, inciso XII, da Lei nº 9.427/1996; art. 2º, incisos I e II, da Lei nº 9.472/1997; art. 8º, inciso I, da Lei 9.478/1997; art. 4º, inciso XXIV, da Lei nº 9.961/2000; art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.984/2000; art. 11, incisos VIII e IX, *c/c* o art. 20, alínea “a”, da Lei nº 10.233/2001.

²⁴⁷ Art. 3º, incisos VIII e IX, da Lei nº 9.427/1996; art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.472/1997; art. 8º, inciso I, da Lei 9.478/1997; art. 4º, inciso XXXII, da Lei nº 9.961/2000; arts. 24, inciso IV, e 27, inciso IV, da Lei nº 10.233/2001.

²⁴⁸ Art. 3º, inciso IV, da Lei nº 9.427/1996; art. 19, inciso VI, da Lei nº 9.472/1997; art. 8º, inciso VII, da Lei 9.478/1997; art. 4º, inciso XXIII e XXVI, da Lei nº 9.961/2000; art. 4º, incisos V e XII, da Lei nº 9.984/2000; arts. 24, inciso VIII, 25, inciso IV, 26, inciso VII, e 27, inciso V e § 1º, inciso I, da Lei nº 10.233/2001.

²⁴⁹ Art. 3º, inciso V, da Lei nº 9.427/1996; art. 19, inciso XVII, da Lei nº 9.472/1997; art. 20 da Lei 9.478/1997; arts. 20, alínea “b”, e 25, inciso V, da Lei nº 10.233/2001.

²⁵⁰ Arts. 2º e 3º, inciso I, da Lei nº 9.427/1996; art. 19, incisos IV e X, da Lei nº 9.472/1997; arts. 7º e 8º, incisos VII e XV, da Lei 9.478/1997; art. 4º, incisos VI, VII e XVI, da Lei nº 9.961/2000; art. 4º, inciso II, da Lei nº 9.984/2000; arts. 24, inciso IV, e 27, inciso IV, da Lei nº 10.233/2001.

²⁵¹ Arts. 3º, inciso II, e 26, *caput* e inciso I, II e III, da Lei nº 9.427/1996; art. 19, incisos V e XI, da Lei nº 9.472/1997; art. 8º, incisos IV, V, VII e XV, da Lei 9.478/1997; art. 4º, incisos IV, XX e XXVII, da Lei nº

h) celebrar e gerenciar contratos de concessão ou permissão e fiscalizar a prestação do serviço, aplicando sanções e realizando intervenções;²⁵²

i) reprimir infrações dos direitos dos usuários;²⁵³

j) arrecadar e aplicar suas receitas.²⁵⁴

Verifica-se, assim, ser amplo o espectro de atribuições das agências reguladoras, vez que, conforme já afirmado, no exercício de sua competência, exercem a parcela do poder estatal a elas outorgado, de maneira bastante clara e tripartida entre as três funções clássicas: administrativa, legislativa e judicante, isso tudo, com bastante autonomia.

Tal autonomia, por sua importância, em face de tocar princípios básicos do Estado Democrático do Direito e da separação dos poderes, será objeto do tópico a seguir.

4.6 A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS

No âmbito federal, conforme exposto, as agências reguladoras foram constituídas como autarquias sob regime especial, para isso, dotadas de maior grau de autonomia em relação ao Poder Público, mediante a outorga de prerrogativas e características próprias.

No entanto, conforme se pode observar, a autonomia das agências é muito maior do que a normalmente conferida às demais autarquias especiais, por fazer parte da concepção e

9.961/2000; art. 4º, inciso IV, da Lei nº 9.984/2000; arts. 24, inciso V, 26, incisos II, III e VII, 27, inciso V, 35, inciso XVII, e 39, inciso XII, da Lei nº 10.233/2001.

²⁵² Art. 3º, inciso IV, da Lei nº 9.427/1996; art. 19, inciso VI, da Lei nº 9.472/1997; art. 8º, inciso IV, da Lei 9.478/1997; art. 4º, incisos XXIII, XXIV e XXVI da Lei nº 9.961/2000; arts. 24, incisos V e VIII, 25, incisos I e IV, 26, incisos I, VI e VII, 27, incisos V e XV, da Lei nº 10.233/2001.

²⁵³ Art. 3º, inciso X, da Lei nº 9.427/1996; art. 19, inciso XVIII, da Lei nº 9.472/1997; art. 8º, incisos I, VII e XV, da Lei 9.478/1997; art. 4º, incisos XXIX e XXX, da Lei nº 9.961/2000; arts. 3º, *caput*, e 4º, incisos V e XII, da Lei nº 9.984/2000; art. 35, inciso XVII, e 39, inciso XII, da Lei nº 10.233/2001.

²⁵⁴ Art. 11 da Lei nº 9.427/1996; art. 19, inciso XXI, da Lei nº 9.472/1997; arts. 15 e 16, da Lei 9.478/1997; art. 4º, inciso XXXVIII, e 17, da Lei nº 9.961/2000; arts. 4º, inciso IX, da Lei nº 9.984/2000; art. 77 da Lei nº 10.233/2001.

das normas que as regem a existência instrumentos que lhes conferem acentuada independência em relação aos Poderes centrais do Estado, em especial, frente à Administração Pública central.

A autonomia acentuada é conferida por institutos como o mandato a termo para a sua diretoria, pela vedação de exoneração *ad nutum* pelo Presidente da República; pelo estabelecimento de período de quarentena após o término do mandato dos dirigentes e pela autonomia político-administrativa e econômico-financeira. Verifica-se também pela inexistência da possibilidade de interposição de recursos administrativos hierárquicos impróprios contra as decisões das agências, ou seja, por inexistir a possibilidade de revisão de suas decisões pela Administração central; por fim, pelo poder normativo a elas atribuído, conquanto que para a edição de normas as agências tenham que se cingir aos limites previstos nas leis formais, ante o dever de observar o princípio da legalidade.

Cabe também lembrar que, ao se falar em autonomia das agências reguladoras, deve-se frisar que essa deve ser vista em relação ao Chefe do Poder Executivo (e a seus subordinados), não em relação ao Poder Executivo em si, considerando que as agências, como autarquias, fazem parte da estrutura desse Poder. Porém, como ressalta Alexandre Aragão, não na feição clássica ou napoleônica de Poder Executivo, mas em seu atual perfil organizacional pluralista.²⁵⁵

Vale ressaltar que uma das maiores fontes de disputa acerca da temática das agências reguladoras deriva da indeterminação semântica da palavra autonomia. Um dos motivos da disputa seria o significado do próprio vocábulo, outro seria a discussão do significado de autonomia, partindo-se de ângulos de visão diversos. Outro motivo seria a absolutização da

²⁵⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio Janeiro: Forense, 2006, p. 341.

qualidade de autonomia, numa visão de extremos, a qual defende que ou há ou não há autonomia das agências, sem possibilidade de variações entre os externos.²⁵⁶

Sem entrar na discussão sobre o grau de autonomia dos entes reguladores, vale repetir que a instituição de um regime jurídico especial para as agências visou protegê-las de ingerências indevidas. Procurou-se demarcar um espaço de legítima discricionariedade, com a predominância de juízos de ordem técnica sobre as valorações políticas. Ante a constatação da necessidade de essas autarquias especiais serem resguardadas de injunções externas inadequadas, foram-lhe outorgadas autonomias político-administrativa e econômico-financeira.²⁵⁷

A autonomia político-administrativa caracteriza-se por um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas, destacando-se a nomeação de diretores com lastro político, sendo no âmbito federal nomeados pelo Presidente da República, com aprovação pelo Senado Federal; mandato fixo de três ou quatro anos e impossibilidade de exoneração desses dirigentes, salvo em caso de falta grave apurada mediante devido processo legal.

Ainda no que se refere à autonomia político-administrativa, há o instituto da quarentena, pelo qual os diretores ficam impedidos de prestar qualquer tipo de serviço, direta ou indiretamente, a empresas sobre sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias, ao longo de determinado período (geralmente de doze meses), após o término do mandato. Durante a quarentena, é assegurada ao ex-dirigente sua remuneração equivalente ao cargo de direção que exercia.²⁵⁸

Reitere-se que um dos marcos do fortalecimento da autonomia das agências reguladoras deu-se quando o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional a vedação da

²⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 396.

²⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 229, jul/set. 2002, p. 296.

²⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 229, jul/set. 2002, p. 296-297.

exoneração *ad nutum* de seus dirigentes. Tal se deu quando do julgamento da Medida Cautelar pedida na ADIN nº 1949-0, no qual o decidiu o STF que a vedação da exoneração *ad nutum* não viola as competências do Chefe do Executivo, admitindo o Supremo que a exoneração apenas pode dar-se por justa causa, apurada mediante procedimento administrativo, no qual sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, ou se advier mudança da lei criadora da agência.²⁵⁹

No que tange à autonomia econômico-financeira, buscou-se dotar as agências reguladoras tanto de receitas orçamentárias próprias, como decorrentes da arrecadação de receitas oriundas de outras fontes, tais como taxas de fiscalização e regulação (às quais constituem importantes fontes de recursos), e taxas de participações em contratos e convênios.²⁶⁰

No entanto, verifica-se que a autonomia financeira das agências poderá ser tolhida, em face dos contingenciamentos orçamentários frequentemente realizados pelo Poder Executivo. Isso porque, conquanto esteja previsto nas leis de instituição ou criação dessas entidades que a fixação das dotações orçamentárias das agências na Lei de Orçamento Anual e sua programação orçamentária e financeira de execução não sofrerão limites nos seus valores para movimentação e empenho (por exemplo, o art. 15 da Lei nº 9.472/1007), tal disposição legal deve sofrer limitações ante o princípio da unidade orçamentária. Por meio de tal princípio, em face do interesse público, em casos de escassez na arrecadação de tributos, impõem-se contingenciamentos orçamentários até mesmo aos demais Poderes da República, (o que não dizer das agências?), as quais pertencem ao Poder Executivo.

²⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio Janeiro: Forense, 2006, p. 242.

²⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 229, p. 285-311. jul/set. 2002, p. 300.

Isso posto, voltando a vislumbrar o tema autonomia das agências reguladoras em termos mais gerais, mesmo considerando o elevado grau de independência de que são munidas, há de se ressaltar que a ordem jurídica nacional não comporta órgão político dotado de competências para organizar-se e atuar sem o concurso ou a interferência de outros órgãos. Caso contrário, seria incompatível com o princípio da separação dos poderes. Assim, não se vislumbra juridicamente possível que a autonomia das agências implique a atribuição a elas de poderes originários, de qualquer natureza, com subtração a um sistema de controles.²⁶¹

Nesse contexto, embora as agências sejam dotadas de destacada autonomia, verifica-se que não estão isentas do sistema de freios e contrapesos característicos dos regimes democráticos, materializado pelas diversos mecanismos de controle presentes em nossa ordem constitucional. Tais mecanismos efetivam-se mediante os controles judicial (art. 5º, inciso XXXV); do Ministério Público (art. 127 e 129, incisos II e VI); do Legislativo (art. 70), incluindo-se o exercido pelo Tribunal de Contas, em auxílio ao Parlamento (art. 71); do sistema de controle interno do Poder Executivo (arts. 70 e 74), além do controle popular (art. 5º, inciso LXXIII, art. 72, § 2º).

Em arremate, pode-se concluir que a autonomia das agências reguladoras é um dos importantes instrumentos para possibilitar que sua atuação possa dar-se mediante critérios técnicos, desvinculados das ingerências político-eleitorais. Desse modo, a autonomia possibilita a melhoria da eficiência da atuação do Estado na regulação dos setores julgados sensíveis.

²⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 399.

5. AS ATIVIDADES-FIM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E OS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

5.1 AS ATIVIDADES-FIM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Conforme já comentado, as agências reguladoras juridicamente constituem autarquias, embora de natureza especial, sendo, portanto, entidades pertencentes à Administração Pública indireta.

Como autarquias, possuem pessoal e patrimônio próprios e, quanto às receitas, contam com recursos advindos de suas atividades regulatórias, tais como cobranças de taxas fiscalização, mas também podem receber receitas advindas do orçamento fiscal da União e de créditos adicionais.

Nesse sentido, para cumprir as finalidades de regulação para as quais foram criadas, as agências reguladoras exercem suas atividades que, em termos gerais, podem ser classificadas em atividades-meio e atividades-fim.

Como atividades-meio pode-se conceituar todas aquelas que não se relacionam diretamente às atividades regulatórias, tais como atos de admissão e pagamento de pessoal; gestão de recursos humanos e materiais; aquisição de materiais e serviços, mediante processos licitatórios, ou por dispensa ou inexigibilidade de licitação; administração financeira e orçamentárias etc. Enfim, todas as atividades que se relacionam à gestão interna das agências reguladoras e que não constituem misteres regulatórios podem ser classificados como atividades-meio.

Por sua vez, classificam-se como atividades-fim das agências todos os atos, processos e procedimentos que se relacionam diretamente à execução de atividades de caráter regulatório, ou seja, as atividades diretamente ligadas às finalidades legais ou constitucionais para quais foram criados os entes reguladores.

Relembrando o conceito de atividades regulatórias, já exposto anteriormente, pode-se afirmar que se trata de atividades voltadas ao setor regulado, no sentido de editar regras, assegurar a sua aplicação e reprimir as infrações²⁶². Em outras palavras, compreende misteres de normatização, resolução de conflitos, de fiscalização e aplicação de sanções dentro dos setores regulados.

Entre as atividades-fim das agências reguladoras, conforme já exposto em capítulo precedente, podem ser destacadas, as seguintes, presentes, integral ou parcialmente, nas leis que as instituíram ou criaram²⁶³, a despeito das especificidades de cada um dos diferentes setores em que atuam:

a) controlar tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, bem como acompanhar e proceder à revisão de tarifas e contraprestações pecuniárias pelos serviços prestados, podendo fixá-las nas condições previstas na lei, bem como homologar reajustes;

b) universalizar a prestação dos serviços, buscando estendê-los a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos;

c) fomentar a competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural;

d) fiscalizar o cumprimento dos contratos de concessão ou permissão ou as atividades do setor;

e) realizar o arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc.;

f) expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços;

²⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 24.

²⁶³ Leis nºs 9.427, de 26/12/1996; 9.472, de 10/7/1997; 9.478, de 6/8/1997; 9.961, de 28/01/2000; 9.984, de 17/07/2000, e 10.233, de 5/6/2001.

g) editar atos de outorga ou autorização, bem como de extinção de direito de exploração ou de prestação do serviço, fiscalizando e aplicando sanções;

h) celebrar e gerenciar contratos de concessão ou permissão e fiscalizar a prestação do serviço, aplicando sanções e realizando intervenções;

i) reprimir infrações dos direitos dos usuários;

j) arrecadar e aplicar suas receitas.

Conforme também já analisando em capítulo anterior, verifica-se, assim, ser amplo o espectro de atribuições regulatórias das agências, tendo em vista que, no exercício de sua competência, exercem atividades administrativas, legislativas e judicantes.

Cabe destacar que as atividades da Administração – entre elas as atividades-fim das agências reguladoras – são realizadas por meio de atos, processos e procedimentos administrativos. Quanto aos atos administrativos, devem ser lembrada sua clássica classificação em atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários.

Acerta dessa classificação, deve ser destacado que, por vezes, a lei pode determinar exaustivamente todas e cada uma das condições de exercício dos poderes da Administração, de modo a estabelecer previsão legal completa e poderes a ela aplicáveis, definidos em todos os seus aspectos e conseqüências. De tal situação resultam os denominados atos administrativos vinculados, tais como: a aposentadoria por idade de funcionários, ascensão por antiguidade, cobrança de um tributo, mediante a aplicação de uma alíquota estabelecida em lei²⁶⁴.

Em outras palavras, atos administrativos vinculados são aqueles em que existe prévia e objetiva tipificação pela lei do único possível comportamento da Administração, tendo em

²⁶⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. ed. Madri: Civitas, 2002, p. 454.

vista situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, o que faz com que o ente estatal, ao expedir o ato, não interfira com apreciação subjetiva alguma²⁶⁵.

Verifica-se, assim, que no exercício dos poderes regrados, os quais dão origem aos atos administrativos vinculados, a Administração, e aí incluídas as agências reguladoras, fica reduzida a fazer a verificação do pressuposto de fato, definido em lei de maneira completa, bem como a aplicar o que a lei determinou de forma exaustiva. Nessa situação, há um processo aplicativo da lei que não deixa resquícios de juízo subjetivo²⁶⁶.

Outras vezes, porém, a lei define somente algumas das condições de exercício dos poderes, remetendo à avaliação subjetiva da Administração as demais condições, assim como a definição dos pressupostos de fato, de que resultam atos administrativos discricionários. A título de exemplo, pode-se citar: as definições construtivas de uma obra pública; nomeações de pessoas para cargos ou funções de confiança; bem como o estabelecimento do conteúdo concreto, dentro dos limites legais, para a decisão a ser tomada, como se verifica na fixação de um valor de uma subvenção, quando houver a possibilidade legal para defini-lo, bem como a determinação sobre o conteúdo de uma norma regulamentar²⁶⁷.

Nesse sentido, atos administrativos discricionários são os que a Administração pratica com certa margem de liberdade para avaliar e decidir, segundo critérios de conveniência e oportunidade estabelecidos por ela própria, embora, sempre adstrita à lei que regula a expedição do ato²⁶⁸. Sempre devendo ser lembrado que essa margem de liberdade, de subjetividade, que o ordenamento jurídico reconhece nos atos administrativos discricionários não está condicionada ao livre arbítrio do administrador, ao enfrentar o caso concreto. Isso

²⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 422.

²⁶⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. ed. Madri: Civitas, 2002, p. 455.

²⁶⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. ed. Madri: Civitas, 2002, p. 455.

²⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 422.

porque, no Estado Democrático de Direito, não existe ação estatal inteiramente liberta de padrões jurídicos de conduta, conforme afirma Vladimir da Rocha França.²⁶⁹

No exercício dos poderes discricionários, dispõe o agente público tem a oportunidade, no processo de aplicação da lei, de fazer uma avaliação subjetiva, por meio da qual completa o quadro legal que condiciona o exercício dos poderes da Administração ou o conteúdo particular desses poderes. Deve-se, contudo ressaltar que essa avaliação subjetiva não é uma faculdade extralegal, que surge de um poder originário da Administração, anterior ou marginal ao Direito. Ao contrário, é um poder estabelecido pela lei ao ente estatal. Então, não há discricionariedade à margem da lei, mas somente em virtude dela e na medida em que a lei haja estabelecido. Além disso, cabe frisar que a outorga, pela lei, de juízo subjetivo à Administração tem de ser parcial e não total, pois cabe à lei definir necessariamente vários elementos dos ditos poderes discricionários, como forma de possibilitar a limitação desses poderes, como: o estabelecimento do próprio poder discricionário, a sua extensão, a competência para exercê-los e o fim, ou seja, a finalidade específica, um fim público²⁷⁰.

Especificamente quanto ao exercício das atividades-fim das agências reguladoras esse envolve, indiscutivelmente, questões de ordem legal que vinculam as decisões e os atos daqueles entes. Mas há, também, um campo de discricionariedade, mais especificamente denominada de discricionariedade técnica, dentro do qual as agências devem agir com autonomia²⁷¹.

²⁶⁹ FRANÇA. Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**: no regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 4.

²⁷⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. ed. Madri: Civitas, 2002, p. 456.

²⁷¹ Ementa: Auditoria. DNER. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Contrato com a Concessionária Rio-Teresópolis S.A. - CRT. Pedido de reexame interposto pela empresa concessionária contra determinação dirigida à ANTT, acerca da adequação dos valores das tarifas do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis. Conhecimento. Provimento parcial. Alteração da redação do acórdão. Comunicação aos interessados.- Competência do TCU para fiscalizar as atividades das agências reguladoras. Formas e limites de atuação. Análise da matéria. BRASIL. Tribunal de Constas da União. Auditoria. Acórdão 1.703/2004 – Plenário. Processo nº 006.931/2002-0. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Interessada: Concessionária Rio-Teresópolis S.A. – CRT. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 03 de novembro de 2004.

Desnecessário afirmar que a ação autônoma dos entes reguladores não pode, de forma nenhuma, confundir-se com o arbítrio, daí a necessidade de controle de seus atos pelos órgãos legitimados para tal, entre eles, no âmbito federal o TCU²⁷². Isso porque o exercício dessa autonomia está, por imposição constitucional, nos termos do art. 175, Parágrafo Único, inciso IV, da Constituição Federal, jungida à obrigação de se manter um serviço adequado. Destaque-se, pois, que a prestação de um serviço público adequado representa o interesse público a ser perseguido na concessão. De acordo com o § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/1995, “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.²⁷³

Assim, a autonomia técnica das agências reguladoras deve ser exercida com o fim de se satisfazer, a um só tempo, todas as condições que caracterizam um serviço público adequado. Privilegiar a satisfação de qualquer uma dessas condições, descuidando-se das demais, certamente afetará o equilíbrio da concessão e, por conseguinte, o interesse público²⁷⁴.

TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

²⁷² Conforme previsto no art. 71, incisos II, IV e VIII da Constituição Federal.

²⁷³ Ementa: Auditoria. DNER. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Contrato com a Concessionária Rio-Teresópolis S.A. - CRT. Pedido de reexame interposto pela empresa concessionária contra determinação dirigida à ANTT, acerca da adequação dos valores das tarifas do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis. Conhecimento. Provimento parcial. Alteração da redação do acórdão. Comunicação aos interessados.- Competência do TCU para fiscalizar as atividades das agências reguladoras. Formas e limites de atuação. Análise da matéria. BRASIL. Tribunal de Constas da União. Auditoria. Acórdão 1.703/2004 – Plenário. Processo nº 006.931/2002-0. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Interessada: Concessionária Rio-Teresópolis S.A. – CRT. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 03 de novembro de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

²⁷⁴ Ementa: Auditoria. DNER. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Contrato com a Concessionária Rio-Teresópolis S.A. - CRT. Pedido de reexame interposto pela empresa concessionária contra determinação dirigida à ANTT, acerca da adequação dos valores das tarifas do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis. Conhecimento. Provimento parcial. Alteração da redação do acórdão. Comunicação aos interessados.- Competência do TCU para fiscalizar as atividades das agências reguladoras. Formas e limites de atuação. Análise da matéria. BRASIL. Tribunal de Constas da União. Auditoria. Acórdão 1.703/2004 – Plenário. Processo nº 006.931/2002-0. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Interessada: Concessionária Rio-Teresópolis S.A. – CRT. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 03 de novembro de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

Diante da sensível autonomia das agências reguladoras, definir os limites da atuação do TCU no controle das atividades-fim desses entes, à luz do princípio constitucional da legalidade, particularmente quando se trata de atos e decisões discricionárias, é tarefa importante, embora complexa.

Primeiramente porque o conceito de princípio constitucional da legalidade, que se adotará neste trabalho não é da visão meramente liberal, vez que será adotada a concepção que deve presidir a análise do referido princípio nos tempos atuais, ou seja, a de que o Estado deve agir não somente conforme o estabelecido pela lei, mas também pelo próprio Direito, no qual têm bastante relevo os princípios jurídicos.

Em outras palavras, a complexidade da análise escora-se no fato de que, além de a Administração estar vinculada à norma legal, embora com graus variados de vinculação, seus atos devem também submeter-se às implicações ou decorrências do princípio constitucional da legalidade, como os princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado, conforme o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, já exposto.²⁷⁵ Se isso não bastasse, deve ser lembrado que também é desdobramento do princípio da legalidade administrativa o respeito, pela Administração, quando praticar atos individuais, aos atos genéricos que expediu com base na lei, para regular seus comportamentos ulteriores²⁷⁶.

De outra parte, a análise a ser empreendida torna-se também complexa, por não poder desconhecer a necessidade de estabilidade das regras relativas à concessão de serviços e as consequências à segurança jurídica que derivam dessa estabilidade. Isso, considerando a relevância do impacto das decisões proferidas pelo TCU sobre a estabilidade dessas regras.

²⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 75.

²⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 77.

Ressalte-se que não há quaisquer dúvidas quanto à competência do TCU no que concerne à fiscalização das atividades-meio das agências reguladoras. Ou seja, por exemplo, a possibilidade de o Tribunal determinar a adoção de um procedimento referente a uma licitação para a aquisição de bens de consumo ou à concessão de uma determinada vantagem salarial aos servidores das agências²⁷⁷.

A complexidade da análise refere-se à competência do TCU para expedir determinações relativas às atividades-fim das agências reguladoras, ou seja, ao próprio TCU determinar que sejam efetuadas alterações ou correções em atos regulatórios. Isso porque a análise deve considerar que o advento dos entes reguladores integrou um novo arranjo político-institucional, decorrente da Reforma do Aparelho do Estado brasileiro, que buscou redimensionar o papel da Administração na prestação de serviços públicos. Por meio da Reforma, o Estado diminuiu sua função de prestador direto desses serviços na mesma proporção em que incrementou sua função regulatória. Em consequência, as agências reguladoras foram dotadas de maior autonomia financeira, administrativa e patrimonial em relação aos demais órgãos e entidades públicas²⁷⁸.

²⁷⁷ Ementa: Auditoria. DNER. Obras de restauração de rodovias federais no Estado de Goiás. Pedidos de reexame de acórdão que aplicou multa aos responsáveis ante a contratação irregular de empresa para rever projeto de engenharia e realizar supervisão da obra. Conhecimento. Provimento parcial de recurso interpostos por alguns responsáveis. Negado provimento ao recurso dos demais. Responsabilização do autor de parecer jurídico, utilizado para fundamentar ato de gestão irregular. Análise da matéria. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Acórdão 1536/2004 – Plenário. Processo nº 009.580/1999-9. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER. Interessados: Maurício Hasenclever Borges, Eduardo Lima, Prudêncio Alves da Silva, Pedro Elói Soares, Hélio Guimarães e Rômulo Fontenelle Morbach. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 06 de outubro de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

²⁷⁸ Ementa: Auditoria. DNER. Obras de restauração de rodovias federais no Estado de Goiás. Pedidos de reexame de acórdão que aplicou multa aos responsáveis ante a contratação irregular de empresa para rever projeto de engenharia e realizar supervisão da obra. Conhecimento. Provimento parcial de recurso interpostos por alguns responsáveis. Negado provimento ao recurso dos demais. Responsabilização do autor de parecer jurídico, utilizado para fundamentar ato de gestão irregular. Análise da matéria. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Acórdão 1536/2004 – Plenário. Processo nº 009.580/1999-9. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER. Interessados: Maurício Hasenclever Borges, Eduardo Lima, Prudêncio Alves da Silva, Pedro Elói Soares, Hélio Guimarães e Rômulo Fontenelle Morbach. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 06 de outubro de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

Tais características das agências, bem como do novo perfil do Estado brasileiro não podem ser desconhecidas por quaisquer análises que se faça dos limites da atuação do TCU, sob pena de comprometer o novo modelo de Estado instaurado pela Reforma.

Se a Corte de Contas Federal invadir o âmbito de competência discricionária das agências reguladoras, de maneira desarrazoada, ainda que movida pela busca do interesse público, poderá contribuir para o incremento da “incerteza jurisdicional”. Isso porque pode gerar o receio de que os contratos não serão cumpridos, na forma em que foram celebrados²⁷⁹, o que poderá implicar diversas conseqüências à economia. A título de exemplo: a possibilidade de elevação do custo indireto de transações relativas a investimentos nacionais e internacionais, necessidade de manutenção de elevadas taxas de juros, fuga de capitais, sensíveis custos com retrabalhos, etc.

Se tais desafios não bastassem, deve ser destacado que a elevação do princípio da eficiência a um dos primados fundamentais da Administração Pública, efetivada também pelos mentores da Reforma, por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 19/06/1998, gerou novos deveres para o administrador público e, conseqüentemente, para o controle. Se, anteriormente, a atenção dos agentes públicos devia estar voltada para a legalidade dos atos administrativos, hoje, tanto o gestor quanto o auditor devem dedicar-se à análise concomitante da legalidade e da eficiência. Daí se concluir que, independentemente da natureza jurídica da entidade pública que pratique um determinado ato, ele pode e deve ser apreciado sob os dois

²⁷⁹ Ementa: Auditoria. DNER. Obras de restauração de rodovias federais no Estado de Goiás. Pedidos de reexame de acórdão que aplicou multa aos responsáveis ante a contratação irregular de empresa para rever projeto de engenharia e realizar supervisão da obra. Conhecimento. Provimento parcial de recurso interpostos por alguns responsáveis. Negado provimento ao recurso dos demais. Responsabilização do autor de parecer jurídico, utilizado para fundamentar ato de gestão irregular. Análise da matéria. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Acórdão 1536/2004 – Plenário. Processo nº 009.580/1999-9. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER. Interessados: Maurício Hasenclever Borges, Eduardo Lima, Prudêncio Alves da Silva, Pedro Elói Soares, Hélio Guimarães e Rômulo Fontenelle Morbach. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 06 de outubro de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

aspectos retromencionados²⁸⁰, o que não dizer das atividades-fim das agências reguladoras, as quais, dotadas de sensível autonomia, representam um dos pilares do novo modelo de Estado brasileiro.

No entanto, em que pese todo esse novo contexto, não se deve endeusar a eficiência e a modernidade e proscrever a legalidade. Isso porque, defender que, no Estado atual, por esse desempenhar função marcadamente reguladora, e em face da necessidade de cumprir o princípio da eficiência, seja o princípio da legalidade colocado em segundo plano, equivale a querer fugir dos limites e controles do sistema de freios e contrapesos do Estado Democrático de Direito e da valorização e respeito às regras e princípios constitucionais.

Não se deve deixar de perceber que, por trás da bandeira da eficiência e da ampliação da discricionariedade no Estado regulador, muitas vezes, podem-se esconder nos atos da Administração, e das agências reguladoras em particular, graves ilegalidades. Ilegalidades essas, sejam por vícios quanto à competência e forma, sejam por vícios quanto à finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação e responsabilidade do Estado, além do descumprimento de atos e regras genéricos, expedidos com base na lei, para regular os comportamentos ulteriores do ente estatal.

²⁸⁰ Ementa: Auditoria. DNER. Obras de restauração de rodovias federais no Estado de Goiás. Pedidos de reexame de acórdão que aplicou multa aos responsáveis ante a contratação irregular de empresa para rever projeto de engenharia e realizar supervisão da obra. Conhecimento. Provimento parcial de recurso interpostos por alguns responsáveis. Negado provimento ao recurso dos demais. Responsabilização do autor de parecer jurídico, utilizado para fundamentar ato de gestão irregular. Análise da matéria. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Acórdão 1536/2004 – Plenário. Processo nº 009.580/1999-9. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER. Interessados: Maurício Hasenclever Borges, Eduardo Lima, Prudêncio Alves da Silva, Pedro Elói Soares, Hélio Guimarães e Rômulo Fontenelle Morbach. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 06 de outubro de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

5.2 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Entre as atividades-fim das agências reguladoras, destaca-se a de expedir normas para o setor regulado. Também denominada de poder normativo, é a que mais causa polêmica na doutrina.

O ponto fulcral dessa polêmica são os limites desse poder normativo frente ao princípio constitucional da legalidade. Isso porque é clássico o brocardo dos regimes democráticos de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Além disso, como entidades pertencentes à Administração Pública e, portanto, sujeitas ao princípio constitucional da legalidade administrativa, somente poderiam fazer o que estivesse autorizado por lei.

Assim, ao expedir legislação infralegal, portanto secundária, poderiam as agências reguladoras impor restrições e exigir condutas das empresas relacionadas aos setores regulados? Com que legitimidade os entes reguladores poderiam intervir na liberdade dos agentes econômicos, sem que a previsão dessas restrições e exigências fosse estabelecida por normas primárias? Quais os limites desse poder normativo?

Concorde-se ou não com a possibilidade de que normas secundárias possam vir a estabelecer restrições ou impor condutas, o certo é que as leis que instituíram ou criaram as agências reguladoras outorgam-lhes amplo espectro de atribuições normativas, conferindo-lhes acentuada margem de discricionariedade, para preencher os espaços deixados pela lei e para desenvolver os princípios por ela estabelecidos. Dessa situação, inexoravelmente, podem redundar restrições ou exigências, não previstas especificamente em normas primárias aos

destinatários das normas editadas pelas agências. A título de exemplo, vejam-se as leis que lhes outorgam poderes normativos²⁸¹:

a) à ANEEL compete “estabelecer, com vistas a propiciar a concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições” aos negócios dos agentes envolvidos (art. 3º, inciso III, da Lei nº 9.427/1996);

b) à ANATEL cabe expedir normas “quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público”, “sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado”, além de regras e “padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem (art. 18, incisos IV, X e XII, da Lei 9.472/1997);

c) à ANS compete estabelecer “normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde” e “critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde”, bem como estabelecer requisitos para que as operadoras de planos privados de assistência à saúde possam obter a necessária autorização para operar. Além disso, devem as empresas obedecer aos requisitos estabelecidos em lei, “independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS” (art. 4º, incisos II, VII e XIV e 8º, da Lei nº 9.961/2000);

d) cabe à ANA “disciplinar, em caráter normativo, a implementação, operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos” (art. 4º, inciso II, da Lei n 9.984);

²⁸¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 406-408.

e) à ANTT e à ANTAQ competem, respectivamente, “elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo itinerários outorgados e fomentando a competição” (art. 24, inciso IV, da Lei n 10.233/2001) e “elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores” (art. 27, inciso IV, da Lei nº 10.233/01).

Destaque-se o caso da ANP, a qual recebeu competência para exercer poderes normativos bastantes abrangentes, entre os quais se destaca o de regulação, para fins de implementar, em sua esfera de atribuições, da política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional; da execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera; para estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, nos casos e da forma previstos na Lei; das atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis; das atividades relacionadas à produção, importação, exportação, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda e comercialização de biodiesel; bem como sobre o acesso à capacidade dos gasodutos e o exercício da atividade de estocagem de gás natural (art. 8º, incisos I, III, VI, XV, XVI, XIX e XXIII, da Lei n 9.478/1997).

Ressalte-se, como visto pelas disposições legais acima, que uma das características das leis que atribuem poder normativo às agências reguladoras é de conterem cláusulas gerais, também denominadas normas-quadro ou *standards*, por meio das quais outorgam a elas competência para editar normas, sem exaurir, sem delimitar especificamente quais os limites das normas a serem produzidas.

As referidas leis, além de não esgotarem a matéria sobre as quais versam, delegam a atribuição de editar normas às agências reguladas, de maneira muito ampla, que lhes confere grande margem de discricionariedade, o que constitui um desafio constante verificar se na edição das normas produzidas não se suprimiram direitos ou impuseram-se condutas indevidamente, em desrespeito a princípios e regras jurídicas de hierarquia superior.

Luís Roberto Barroso entende que os limites do poder normativo frente ao princípio da legalidade é uma questão mais polêmica que envolve as agências. Destaca que, em alguns casos, a lei apenas atribui um espaço discricionário amplo aos agentes da Administração, enquanto em outras há verdadeira delegação de funções do Legislativo para as agências, havendo a quase transferência total da competência de disciplinar determinadas questões. Lembra que embora o princípio da legalidade passe por ampla reformulação, continua a funcionar como uma das grandes garantias individuais, conforme insculpido no art. 5, inciso II, da Constituição Federal²⁸².

De outra parte, Alexandre Aragão afirma que as leis atributivas de poder normativo às agências reguladoras possuem baixa densidade normativa, pois estabelecem finalidades e parâmetros genéricos, sendo próprios para matérias de particular complexidade técnica e de setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas. Defende que tal característica propicia, em maior ou menor escala, que sejam produzidas normas setoriais aptas a regular a complexa e dinâmica realidade social, de maneira autônoma e ágil²⁸³.

Conforme já afirmado anteriormente, as ideias de outorga de poder normativo a entes reguladores baseiam-se principalmente no argumento de que o Legislativo, por si só, não seria capaz de sozinho enfrentar os problemas da sociedade de massas do final do século XX e do

²⁸² BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. In: BINEMBOJM, Gustavo (Org.) **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 81-84.

²⁸³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 406 e 408.

XXI. Não se desconhece que, nos tempos atuais, não são descabidas as críticas pela falta de dinamismo do Parlamento em regradar os problemas e necessidades sociais e econômicos do mundo contemporâneo.

Nesse diapasão, Garcia de Enterría e Tomás-Ramon Fernández, analisando o poder normativo de órgãos da Administração, cujas regras por eles produzidas denominam de legislação delegada, afirmam que os regulamentos convertem-se em um prolongamento da lei, pois declaram que essa é de difícil elaboração e acordo em câmaras numerosas. Pois isso, destacam que a lei há de atualmente concentrar-se nas regulações estruturais de base, sem dever descer a pormenores e detalhes técnicos²⁸⁴.

De fato, há de se convir que fugiria ao razoável que para reger todas as diversas situações, acompanhando a rápida evolução das demandas técnicas e sociais, houvesse a necessidade de leis em sentido formal. Não seria factível tal realidade; mas, mesmo que fosse possível editar tantas quantas normas primárias fosse necessárias para regradar os diversos setores, certo é que se instaurariam diversos contrassensos e logo tais normas ficariam defasadas. Além disso, o Parlamento ficaria refém de acompanhar todas as pequenas particularidades das demandas técnicas e sociais, o que desvirtuaria sua missão de casa de discussão e legislação sobre outros temas tão ou mais importantes.

Carlos Ari Sundfeld, analisando esse fenômeno, afirma que o Poder Legislativo vem fazendo o que sempre fez: editando leis, frequentemente, com alto grau de abstração e generalidade. Mas ressalta que, para os novos padrões da sociedade, agora, essa normas não bastam, pois são necessárias regras mais diretas, para tratar das várias especificidades do mundo contemporâneo. A título de exemplo, cita as destinadas ao planejamento dos setores, a viabilizar a intervenção do Estado para garantir valores hoje considerados fundamentais e

²⁸⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. ed. Madri: Civitas, 2002, p. 251.

exigidos pela sociedade, como: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle do poder econômico etc.²⁸⁵

Assim, diante da dinâmica econômica e social dos tempos atuais, não se vê como o Legislativo possa dar cabo de produzir normas específicas e minudentes, afora preceitos legais gerais. Tal realidade aplica-se exatamente ao universo das agências reguladoras, havendo, pois, concretamente a necessidade de normas que possam acompanhar especificamente a evolução, particularidades, constantes modificações de demandas e advento contínuo de novas tecnologias nos diversos setores de atuação do homem.

Mas não se pode esconder o fato de que ao regular setores da economia e, mais particularmente, setores sensíveis, tais como o de transportes, telecomunicações, saúde, energia etc., certamente há a possibilidade de as agências reguladoras editarem atos e normas, que, por vezes, venham a estabelecer restrições e impor condutas aos agentes econômicos. Isso, muitas vezes, baseadas apenas nas cláusulas gerais ou *standards* contidos nas leis que lhes outorgam poderes normativos.

Diante de tal constatação, há que se buscar na doutrina uma formulação teórica para tentar fundamentar tal poder normativo. Isso porque é clássico e constitui uma conquista dos regimes democráticos que cabe à figura da lei – em sentido formal – o papel de restringir direitos e impor condutas aos particulares.

Conforme já exposto, para fundamentar esse poder normativo das agências reguladoras pode-se recorrer ao que a doutrina denomina de “supremacia especial”, também chamada de “relação especial de sujeição”, da qual a própria entidade estatal – no caso as agências – extrai poderes para editar normas para regular as condutas dos entes regulados.

²⁸⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros: 2002, p. 27.

Quando amparada pela “supremacia especial”, a Administração – e aí se inserem as agências reguladoras – pode atuar tendo por base poderes não extraídos diretamente da lei, mas de uma relação específica que lhe confere essa prerrogativa.²⁸⁶

Especificamente, as agências reguladoras extraem poderes da Constituição e da lei para regular os setores em que atuam. Esses poderes também estabelecem relação de “supremacia especial” ou “relação especial de sujeição”, entre as agências e as empresas relacionadas aos setores regulados. Dessa relação há a possibilidade de que as agências venham a editar atos ou normas que, por vezes, podem vir a estabelecer restrições e exigir condutas das empresas reguladas.

Lembrando os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, inserem-se na denominada “supremacia especial” os atos que atingem os usuários de um serviço público, por eles afetados por conta deste especial relacionamento; os atos relativos aos servidores públicos ou aos concessionários dos serviços públicos. Assim, a “supremacia especial” é o poder de que dispõe a Administração de agir, tendo com base uma relação específica, da qual extrai o fundamento jurídico atributivo de sua atuação. É o que ocorre quando o Estado mantém relações específicas, com um círculo de relações muito diversas das que mantém com a generalidade das pessoas, e que se fazem necessárias atribuições e poderes especiais, exercitáveis, dentro de certos limites, pela própria Administração²⁸⁷.

Para reger as relações sujeitas à “supremacia especial”, necessário se faz que os entes estatais nelas envolvidos estabeleçam regras para o funcionamento dos estabelecimentos, as quais podem conter tanto restrições e disposições benéficas, normas disciplinares, sanções,

²⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 810-811.

²⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 811.

outorgas de benefícios e prêmios; normas relativas à boa prestação dos serviços, higiene e segurança, horários de atendimento, etc.²⁸⁸

Frise-se que as relações de “supremacia especial” não se estabelecem apenas entre a Administração e os usuários de seus estabelecimentos ou serviços, mas também entre entes públicos – incluídas as agências reguladoras – e as empresas dos setores regulados. Essas empresas tanto podem pertencer aos setores que prestam serviços concedidos, quanto podem pertencer a setores que prestem serviços de caráter de regime eminentemente privado, mas de sensível interesse público. Nesse caso, estabelece-se relação de “supremacia especial” porque as atividades privadas de interesse público são caracterizadas por relações contratuais relacionais, entre as empresas e os consumidores, ou seja, com expectativa de longa duração, em que estes são colocados em uma posição de assimetria informacional e econômica. Por isso, faz-se mister a ingerência de uma entidade ou órgão regulador para controlar, regular, essa relação que se prolonga no tempo²⁸⁹.

Mas, sempre lembrando que, nos regimes democráticos, cabe à figura da lei – em sentido formal – o papel de principal norma das restrições das condutas dos particulares, necessário se faz firmar os limites em que os poderes normativos decorrentes da “supremacia especial” podem ser exercidos pelas agências reguladoras. Afinal de contas, conforme afirmou Marcelo Figueiredo, a engenhosidade humana acaba elaborando meios tortuosos de burlar regras e princípios constitucionais, de forma a conferir mais ainda poderes aos órgãos do Poder Executivo. Assim, deve-se sempre estar alerta para que delegações abertas e

²⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 813.

²⁸⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 394-395.

exageradas do Legislativo às agências venham a atentar contra a reserva legal ou haja abuso no uso da delegação²⁹⁰.

Nesse sentido, para fins de se realizar o controle do poder normativo das agências reguladoras, à luz do princípio da legalidade, há de se buscar, aplicando-se os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, a verificação da existência dos seguintes condicionamentos, no exercício do referido poder decorrente da relação de “supremacia especial”:²⁹¹

a) as normas expedidas têm que encontrar seu fundamento último em lei que, explícita ou implicitamente, confira às agências reguladoras atribuições de expedir regramentos, os quais constituirão especificações dos comandos legais;

b) o poder normativo deve ter com fundamento imediato a relação de sujeição especial, ou seja, a relação de regulação mantida pelas agências perante as empresas pertencentes ao setor regulado;

c) o poder normativo deve restringir suas disposições ao que for instrumentalmente necessário ao cumprimento das finalidades que regem as ditas relações especiais;

d) as normas expedidas pelas agências devem observar rigorosamente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e, havendo excesso, dar-se ensejo à sua invalidação;

e) as normas devem conservar seu objeto ao que for relacionado tematicamente ao setor ou negócio regulado e, em geral, tecnicamente, com a relação especial em causa;

f) as normas expedidas pelas agências não podem infirmar qualquer direito ou dever, ou seja, não podem contrariar ou restringir direitos, deveres ou obrigações decorrentes de

²⁹⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.145-146

²⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p.814-815.

norma (princípio ou regra) constitucional ou legal, nem prevalecer contra a superveniência desses;

g) não podem as regras editadas, de maneira alguma, exceder em nada, absolutamente nada, o que seja estritamente necessário para o cumprimento da relação de “supremacia especial” mantida pelas agências com as empresas dos setores regulados;

h) não podem as normas expedidas pelas agências produzir, por si próprias, consequências que venham a restringir ou afastar interesses de terceiros, ou que os coloquem em situação de dever. Isso porque da “supremacia especial” somente resultam relações circunscritas à intimidade do vínculo mantido entre a agência reguladora e quem nele se encontra submetido. Ressaltam-se, somente, as decisões cujos efeitos, por simples consequência lógica, repercutam na situação de um terceiro.

Analisando-se o poder normativo das agências, tendo por base os condicionamentos acima expostos, busca-se verificar se no exercício dessa prerrogativa não foram olvidados ou suprimidos direitos que somente normas primárias poderiam fazê-lo. Além disso, analisa-se se o poder normativo circunscreveu-se tão somente ao setor regulado, não invadindo áreas não abrangidas pela competência reguladora da agência. Busca-se, ainda, verificar se, no exercício da capacidade normativa, não houve excessos ou medidas desproporcionais nos atos expedidos, os quais, mesmo relacionados à matéria do setor regulado, poderiam mostrar-se incompatíveis com a missão reguladora da agência.

Enfim, os condicionamentos acima expostos visam, em termos gerais, a verificação de que a regra editada vincula-se, adéqua-se, com a finalidade para qual a agência foi criada e se observa o princípio constitucional da legalidade.

Mas, ressalte-se, que o referido princípio, quando aplicado à Administração Pública é denominado de princípio constitucional da legalidade administrativa, o qual determina que os

entes estatais somente poderão fazer o que a lei determina. Assim, em sendo as normas editadas pelas agências reguladoras decorrentes de atos administrativos, passando, portanto, o conteúdo dessas normas a constituir o real conteúdo desses atos administrativos, há que se verificar se o teor dessas normas também respeita o princípio constitucional da legalidade administrativa, segundo sua concepção atual.

Nesse sentido, conforme os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, nos dias atuais, cuja relevância da Carta Constitucional ganha cada vez mais força, verificar se as normas expedidas pelas agências vêm cumprindo o princípio da legalidade administrativa equivale a observar se essas normas adequaram-se não somente ao estabelecido pela lei, mas também pelo próprio Direito, no qual têm bastante relevo os princípios jurídicos.

Em outras palavras, no controle dos atos e normas editados pelas agências, deve-se observar que, além de a Administração estar vinculada à norma legal, seus atos devem também submeter-se às implicações ou decorrências do princípio constitucional da legalidade administrativa, como os princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado.²⁹²

Se isso não bastasse, deve ser lembrado que também é desdobramento do princípio da legalidade administrativa o respeito, pela Administração, quando praticar atos individuais, aos atos genéricos que expediu com base na lei, para regular seus comportamentos ulteriores²⁹³.

Dito de outra forma, o controle dos atos e normas expedidos pelas agências reguladoras, sob a ótica do princípio constitucional da legalidade administrativa, deve observar se tais atos cumpriram os requisitos estabelecidos em lei, ou seja, se inseriram-se dentro dos termos e limites colocados pelas normas primárias. Além disso, deve-se verificar

²⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 75.

²⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 77.

se o conteúdo desses atos não descumpra a finalidade estabelecida em lei, se não contém regras ou exigências desarrazoadas, desproporcionais e sem a respectiva motivação, ou sem estar relacionado aos motivos que determinaram essa motivação. Ainda, se não consta indevidamente alguma exclusão da responsabilidade de o Estado eximir-se de indenizar terceiros pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, vierem a causar.

Acrescente-se que, na análise dos atos das agências, à luz do princípio constitucional da legalidade administrativa, deve-se conferir se, ao praticar um ato individual, a agência respeitou os atos genéricos, ou seja, as normas e parâmetros de caráter geral, expedidos anteriormente por ela para regular sua conduta posterior.

Assim, verifica-se que a análise do poder normativo das agências reguladoras, à luz do princípio da legalidade, vai desde normas e princípios constitucionais, passando pelos termos das leis e, por último, pelos atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos por elas.²⁹⁴

Tal análise visa evitar privilégios, tratamentos especiais ou fuga aos parâmetros técnicos e disposições previstas em normas gerais.

A despeito de tudo o que se expôs, ou seja, da importância de que os atos e normas expedidos pelas agências observem as condicionantes e os limites supra-apresentados, sempre é bom lembrar que o controle do poder normativo das agências reguladoras deve levar em conta que, no Estado de perfil regulador, há grande necessidade de estabilidade das regras editadas.

Nesse sentido, conforme já afirmado, ao ser outorgado, por lei, poder normativo às agências reguladoras, foi-lhes também conferida considerável margem de discricionariedade. Assim, no controle do poder normativo das agências, mais particularmente dos atos e regras

²⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 2. tir. São Paulo, 2007. p. 10-11.

por elas editados, não se verificando o ferimento ou inobservância das condicionantes e princípios acima indicados, não se há de se interferir na opção discricionária de seus agentes.

Essa deve ser a concepção de controle do poder normativo das agências. Por mais relevante que seja a missão dos órgãos de controle da gestão pública, sob pena de se intervir indevidamente no campo próprio de decisão dos gestores das agências, deve-se sempre lembrar que o exercício da regulação cabe aos entes criados para tal. Caso não seja observada essa ressalva, a despeito das melhores intenções, pode a atuação dos órgãos de controle vir a gerar sensível instabilidade e insegurança jurídica, por conta de questionamentos indevidos dos atos e regras editados.

Além disso, caso se adentre indevidamente no campo de discricção dos agentes reguladores, há a possibilidade de se estar interferindo negativamente e comprometendo a missão as agências e a própria concepção atual do Estado brasileiro.

Para isso, necessário se faz uma análise das balizas da discricionariade de que dispõem as agências, no exercício de seu poder normativo, frente ao princípio constitucional da legalidade administrativa.

5.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Afirma Seabra Fagundes que para praticar alguns atos, a Administração tem sua competência estritamente determinada na lei, quanto aos motivos e ao modo de agir. Nessas situações, cuja competência denomina-se vinculada, a lei determina que quando existirem determinadas circunstâncias, deve a Administração proceder dentro de certo prazo e modo. Nesses casos, pratica, em decorrência, atos vinculados, situações em que não é livre para decidir sobre a conveniência, nem sobre o conteúdo do ato²⁹⁵.

²⁹⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. atualizada por BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 91-92.

Contudo, em outras situações, a lei permite que a autoridade administrativa fique livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato. Quanto ao motivo, a liberdade refere-se à ocasião de praticar o ato, que se denomina de “oportunidade”, e à sua utilidade, que se chama “conveniência”. No que diz respeito ao conteúdo [objeto], a discricção configura-se no poder de praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender. Nestes casos, a competência é livre ou discricionária, e os atos dele decorrentes são atos ditos discricionários²⁹⁶.

Vale destacar que, ao apreciar a oportunidade e a conveniência de praticar o ato, à luz do interesse concreto a proteger, está a Administração tratando do denominado “mérito” do ato, que diz respeito à sua conveniência, utilidade e adequação aos fins de interesse públicos gerais e especiais, que pretendem alcançar com a prática do ato²⁹⁷. Em geral, relaciona-se o mérito do ato administrativo com o poder discricionário, sendo o controle dos atos decorrentes desse poder sempre objeto grande polêmica, envolvendo os órgãos de controle, entre eles, o Tribunal de Contas da União, conforme tratado adiante.

Passando ao universo das agências reguladoras, pode-se afirmar que o seu poder normativo, quando tem por fim a competência legal de editar normas secundárias para regulamentar regras abertas, cláusulas gerais ou *standards* e princípios estabelecidos em normas primárias é uma decorrência da discricionariade que lhe é atribuída por estas normas.

Em outras palavras, o poder normativo das agências reguladoras constitui, portanto, uma das expressões de seu poder discricionário, que se perfaz, circunstancialmente, pela edição de atos normativos, mas que também pode materializar-se por meio de atos administrativos concretos, conforme o caso.

²⁹⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. atualizada por BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 91-92.

²⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 124-125.

Pelo fato de o poder normativo das agências ser materializado por meio da edição de atos e normas, normas essas estatuídas por atos administrativos, ambos são passíveis de serem controlados, à luz do princípio da legalidade administrativa, da mesma forma que se faz o controle dos atos administrativos discricionários dos demais entes da Administração Pública.

Tal posicionamento escuda-se no fato de que a possibilidade de estimativa subjetiva conferida ao agente público não é uma faculdade extralegal, que teria surgido de um suposto poder originário da Administração, anterior ou marginal ao Direito. Essa possibilidade é, ao contrário, uma estimativa cuja relevância é conferida expressamente pela lei, que outorga tal poder ao agente público. Assim, ao contrário do que pretendia a antiga doutrina, a discricionariedade não é uma hipótese de liberdade da Administração frente à norma. Pelo contrário, a discricionariedade é um caso típico de remissão legal, em que a norma remete parcialmente à estimativa da Administração para que esta complete o quadro regulativo do poder e de suas condições de exercício. Assim, não há discricionariedade à margem da lei, senão justamente só em virtude da dela e na medida em que a lei haja disposto.²⁹⁸

Destaque-se que o controle da discricionariedade, ao longo do tempo, tem sofrido evolução, iniciando-se pelos elementos do ato administrativo, até chegar atualmente ao controle pelos princípios gerais do Direito.

Nesse sentido, traçando-se um breve histórico do controle dos atos administrativos discricionários, afirma Di Pietro que esse se inicia caracterizado pela não sindicabilidade, ou seja, pela imunidade judicial da discricionariedade, inerente aos “atos de império” da Administração Pública, própria do absolutismo monárquico.²⁹⁹ Em seguida, o controle ficou restrito à lei, preservando-se intocável o núcleo ou mérito do ato administrativo. Tal evolução

²⁹⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. ed. Madri: Civitas, 2002, p.455-456.

²⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 134-135.

é retratada pelo itinerário traçado por Gustavo Binjenbojm, ao apresentar as seguintes etapas por que passou o controle judicial da discricionariedade administrativa³⁰⁰:

a) inicialmente, adotou-se a da teoria dos elementos do ato (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), com a possibilidade de sindicância somente dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência, forma e finalidade);

b) em seguida, advieram as teorias do controle mediante parâmetros implícitos na lei, como o desvio de poder e o excesso de poder. Além da teoria dos motivos determinantes, [segundo a qual, a validade do ato fica condicionada à validade dos motivos apresentados];

c) depois, ocorreu o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados;

d) posteriormente, nos dias atuais, adveio a teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais, ou, nas palavras de Di Pietro, dos princípios gerais de Direito³⁰¹.

Vale afirmar que o controle dos atos administrativos discricionários, à luz do princípio constitucional da legalidade administrativa, mesmo nos dias atuais, deve ser realizado utilizando-se as diversas etapas ou técnicas acima descritas, de forma que, possa-se verificar a compatibilidade do ato, desde seus elementos legais, até adequação aos princípios jurídicos.

Nesse diapasão, cabe reiterar que a concepção atual do princípio constitucional da legalidade administrativa abrange muito mais do que a adequação do ato aos ditames literais estabelecidos em lei, mas também sua conformidade com o próprio Direito, com as implicações e decorrências da legalidade, tais como os princípios da finalidade, da

³⁰⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 199.

³⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 134-135

razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado³⁰². Ou seja, requer-se do agente público e dos órgãos de controle, além da observância dos elementos do ato administrativo, que a análise da discricionariedade do ato seja feita, à luz de uma hermenêutica jurídica principiológica.

Nas palavras de Di Pietro, o princípio da legalidade deve ser observado, não no sentido estrito, como concebido pelo positivismo jurídico e adotado no Estado legal, mas em sentido amplo, o qual abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, permitindo-se, assim, falar em Estado de Direito, propriamente dito.³⁰³

As técnicas de controle da discricionariedade, à luz do princípio constitucional da legalidade administrativa, devem ser aplicadas tanto para o controle da discricionariedade das agências reguladoras, quando dos demais entes estatais, com a mesma intensidade. No entanto, conforme tratado adiante, há corrente de pensamento que tem posicionamento divergente, a qual, dando exagerado relevo à autonomia das agências e ao princípio da eficiência, jargão maior da Reforma do Estado brasileiro, parece não perceber a importância, na mesma escala, do controle dos atos discricionários das agências, à luz do princípio constitucional da legalidade administrativa.

As diferenças de concepção quanto ao controle dos atos discricionários das agências tem como uma de suas fontes as diferenças entre a discricionariedade clássica e a discricionariedade conferida às agências reguladoras. De fato, Diogo de Figueiredo considera haver diferenças entre a discricionariedade da conferida pelas demais normas legais frente à atribuída pelas normas legais reguladoras. Segundo ele, nas demais normas legais, existe discricionariedade, quando elas, mesmo contendo a definição de condutas, abrem espaço de opções para que o administrador público possa integrá-la legitimamente, considerando razões

³⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 75.

³⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 173.

de oportunidade e conveniência. De outra parte, defende que, nas normas legais reguladoras, não há discricionariedade para a Administração integrar a definição das condutas, apenas uma relativa liberdade para ponderar os interesses concorrentes, de modo a atingir resultados eficientes. Nesse sentido a Administração atuaria dentro de um espaço de opções deslegalizadas, criado pelo legislador, dentro do qual não se exige mais do que a observância de princípios e *standards* estabelecidos pela lei e pelo próprio Direito³⁰⁴.

Realmente, há diferenças entre a discricionariedade conferida pelas demais normas legais em relação às estabelecidas pelas normas legais reguladoras, pois enquanto a primeira visa exclusivamente o interesse público, a segunda tem como objetivo compatibilizar interesses às vezes divergentes (tanto o público, como os dos agentes privados setorialmente envolvidos). Em que pese tal particularidade, não se concorda que o controle da discricionariedade possa dar-se de maneira diferente entre as duas situações. Isso porque, em ambas os casos, os atos e normas são emitidos por agentes públicos, cujo controle, à luz do princípio da legalidade administrativa, deve ser feito tanto quanto à observância dos elementos legais dos atos administrativos (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), quanto à conformidade com o próprio Direito, ou seja, com as implicações e decorrências dele decorrentes daquele princípio.

Além disso, deve ser lembrado que o controle da discricionariedade, pelo princípio constitucional da legalidade administrativa, tanto das agências reguladoras, quanto dos demais entes estatais, sem exceção, deve observar se, ao praticar atos individuais, formam observados os atos e normas genéricas que expediram com base na lei, para regular seus comportamentos ulteriores³⁰⁵. Isso, para evitar favoritismos, caprichos, falhas ou ilegalidades,

³⁰⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 115.

³⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 77.

que estão sujeitos de praticar todos os agentes públicos. Por isso, não pode haver exceções indevidas no controle da discricionariedade das agências reguladoras.

Mas se poderia argumentar que a discricionariedade normativa das agências reguladoras encontra grande legitimidade, em face de previamente à expedição de um ato ou norma, tê-los que submeter a audiências e consultas públicas. E que a ampla participação dos diversos segmentos sociais faria com que o ato, ao ser submetido a controle de discricionariedade, tivesse um tratamento especial, mais atenuado, considerando seu alto grau de legitimidade, por refletirem a ponderação de opiniões entre a agência, o público consumidor e os agentes econômicos.

Contudo, verifica-se que, embora haja grande oportunidade de participação dos interessados, mediante a previsão, nas leis de criação e regimentos internos das agências, da obrigatoriedade de consultas e audiências, previamente à expedição de atos e normas, na prática, tal participação deixa muito a desejar. Na realidade, há verdadeiro déficit de participação do público não relacionado às empresas fornecedoras de serviços. Verifica-se que, na prática, a extrema maioria dos que participam dos processos de discussão são vinculados às empresas que atuam no setor regulado, havendo pequena participação dos consumidores.

Essa situação pode ser verificada em pesquisa sobre as contribuições da sociedade civil nas consultas públicas realizadas pela ANATEL, feita por Paulo Todescan Lessa Mattos. Segundo análise procedida, conquanto se verifique aumento significativo do uso de consultas públicas como mecanismo de participação; por outro lado, observa-se baixo grau de intervenção de segmentos da sociedade civil que não sejam representativos de interesses de empresas de telecomunicações. Na realidade, analisando o percentual de participação dos diversos segmentos sociais em nove consultas públicas realizadas pela ANATEL, verificou-se que 68,69% das contribuições oferecidas emanaram de segmentos que atuavam nos ramos de

telecomunicações (as empresas e outros organismos a elas ligados, como escritórios de advocacia).³⁰⁶

Diante de tal constatação, o autor da referida pesquisa concluiu que os mecanismos de participação oferecidos pelas agências reguladoras, por si sós, não são capazes de legitimar democraticamente o conteúdo dos atos e normas estabelecidos pelas agências reguladoras. Isso porque a participação pública não é efetiva, pois prevalece a intervenção de grupos de interesses privilegiados.³⁰⁷

Assim, o déficit de contribuições dos setores da sociedade civil não vinculados às empresas do setor regulado é mais um fator que corrobora a necessidade de pleno exercício das funções de controle da discricionariedade nos atos e normas das agências reguladoras. Isso, como tentativa de suprir, de contrabalançar a diminuta participação, por exemplo, dos consumidores no processo de discussão de aprovação dos atos e normas reguladoras.

Acrescente-se ainda que as contribuições colhidas nas consultas e audiências públicas não têm caráter vinculante para as agências³⁰⁸, o que corrobora a possibilidade de distorções, privilégios, falhas ou ilegalidades cometidas pelos gestores das agências reguladoras.

Mas não basta que se faça o controle dos atos discricionários das agências, é necessário que se faça à luz da concepção atual do princípio constitucional da legalidade administrativa, na qual, além dos aspectos meramente legais, verificam-se suas implicações e decorrências, tendo por base uma análise principiológica.

³⁰⁶ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e legitimidade. In SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 228. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 301.

³⁰⁷ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e legitimidade. In SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 229.

³⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 296.

Nesse sentido, afirma Gustavo Binimbojm que deve ser destacado que o controle da discricionariedade, tendo por base princípios, chega a operar verdadeira revolução na histórica classificação dos atos administrativos como vinculados ou discricionários. Isso porque, afirma ele, a constitucionalização do Direito deu ensejo à incidência direta dos princípios constitucionais sobre os atos administrativos não diretamente vinculados pela lei. Nesse sentido, não há espaço decisório da Administração que seja externo ao Direito, nem tampouco nenhuma margem de decisão administrativa totalmente imune à incidência dos princípios constitucionais³⁰⁹.

A essa vinculação da atividade administrativa à ordem jurídica com um todo, denomina de princípio da juridicidade, o que o leva a defender que não é mais correto afirmar que há uma dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas uma teoria de graus de vinculação à juridicidade. Dessa forma, dependendo da densidade normativa incidente sobre o caso, pode-se afirmar que os atos administrativos são³¹⁰:

- a) vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), os quais exibem alto grau de vinculação à juridicidade;
- b) vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares), que exibem grau intermediário de vinculação à juridicidade;
- c) vinculados diretamente aos princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo baixo grau de vinculação à juridicidade.

Assim, diante da evolução do controle da discricionariedade, em que se chega a admitir que não é mais adequada a clássica divisão entre atos administrativos vinculados e discricionários, por defender-se que, na realidade, o que há são graus variados de vinculação à

³⁰⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 314.

³¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 314.

juridicidade, o estudioso é levado a constatar que cada vez maior são os instrumentos jurídicos de controle da discricionariedade.

Não basta que o ato administrativo discricionário pareça formalmente legal, pois se ele não se adequar ao próprio Direito, em sua dimensão ampla, ferindo princípios que o alicerçam, que o vinculam, não se sustenta como atos legítimos.

Mas, em que pese tudo o que se expôs, conquanto a margem de discricionariedade tenda cada vez mais a ficar estreita, ante o cada vez maior peso dos princípios na análise jurídica, deve-se sempre afirmar que os órgãos de controle, sejam os judiciais, seja o Ministério Público, sejam os tribunais de contas devem sempre ter muito claro que jamais deverão ocupar o papel dos agentes públicos do Executivo, em particular, das agências reguladoras, quando inexistirem vícios nos atos discricionários por eles expedidos.

É necessário que tal posicionamento fique bem demarcado, sob pena de haver grave subversão de funções e excesso nos papéis do controle, pois é inquestionável que o exercício do poder discricionário, quando isento de vícios, é altamente salutar e necessário para a agilidade do Estado e para a regulação dos setores da economia.

5.4 DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

A discricionariedade técnica perfaz uma espécie do gênero discricionariedade administrativa que merece destaque, principalmente quando se trata das agências reguladoras.

Boa parte das matérias sobre as quais versam os atos e normas editados pelas agências refere-se a temas técnicos específicos, relativos aos setores regulados, tais como: detalhes e exigências em processos de concessão de serviços públicos ou de autorização para o exercício de atividades econômicas, requisitos técnicos e econômico-financeiros para habilitação em processos licitatórios, composição de preços e tarifas, receitas, custos,

parâmetros de qualidade, margens de rentabilidade etc. Pode-se considerar que boa parte desses critérios são estabelecidas usando do poder discricionário conferido às agências.

Ao estabelecer parâmetros, exigências e regras de ordem técnica não fixados previamente em normas primárias, com o fim de regulamentar as cláusulas gerais, *standards* e princípios constantes dessas normas, está a agência no exercício da denominada discricionariedade técnica.

Segundo Marçal Justen Filho, alude-se à discricionariedade técnica quando se quer tratar de determinadas decisões administrativas que se fundam em critérios técnico-científicos, os quais não são incorporados na norma legislativa, em face da inconveniência de cristalizar em normas primárias soluções genéricas, o que importaria padronização não compatível com a variedade das situações do mundo real.³¹¹

Mas não é pelo fato de que tais atos e decisões, por versarem sobre matérias técnicas, sujeitas a discricionariedade, ficam imunes à atuação dos órgãos de controle.

Primeiramente, porque o estabelecimento de atos e decisões de ordem técnica tem por fim a concretização das referidas cláusulas gerais, *standards* e princípios previstos na legislação de hierarquia superior. Portanto, ao ferirem tais parâmetros, há o comprometimento, por vícios de legalidade, visto que deveriam configurar a materialização, a especificação, dos fins visados por aquelas normas.

Eros Grau chega mesmo a defender que não haveria discricionariedade técnica, pois entende que se a decisão é técnica, evidentemente há *standards*, e muito precisos, a serem observados estrita e rigorosamente pelo agente que toma a decisão.³¹²

Além disso, ao utilizar-se de discricionariedade técnica e editar normas gerais infralegais, para regular sua própria conduta, os entes administrativos vinculam-se às essas

³¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 525-526.

³¹² GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. ver. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 214.

normas, constituindo, pois, inobservância do princípio da legalidade administrativa os atos e decisões individuais que venham a ferir essas normas.

Ademais, deve ser destacado que em toda discricionariedade técnica não deixa de haver espaço para juízo de conveniência e oportunidade, em grau variado, dependendo do caso sob análise.

Nesse sentido, afirma Marçal Justen Filho que as hipóteses em que o agente público não tem nenhuma margem de autonomia para escolher entre diversas alternativas são extremamente raras, mesmo que a lei vincule sua decisão a critério técnico-científico. Isso porque nenhuma ciência pode gerar aplicações práticas totalmente precisas, uniformes e destituídas de alternativas ou dúvidas. Assim, mesmo nas decisões acerca de questões técnicas, existirá um componente político como parte da decisão, pois haverá uma margem de escolhas, que propiciará juízo de conveniência e oportunidade ao aplicador da norma geral.³¹³

Assim também se posiciona Alexandre Aragão quando afirma que não se pode ser ingênuo e achar que a tecnicidade é sempre acompanhada da imparcialidade, pois, exceto em casos limites, o saber técnico pode perfeitamente ser instrumentalizado em favor de diversos fins políticos.³¹⁴

Assim, pelo fato de a discricionariedade técnica não se diferenciar substancialmente da discricionariedade em geral, deve o controle da discricionariedade técnica, à luz do princípio constitucional da legalidade administrativa, verificar, além dos elementos meramente legais, a compatibilidade desses atos com o próprio Direito, ou seja, com suas implicações e decorrências da legalidade, tais como os princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado.

³¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 527-528.

³¹⁴ ³¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 324.

Nesse sentido, a título de exemplo, afronta o princípio da legalidade administrativa, uma cláusula de um edital para concessão de um serviço público que não permita a justa remuneração do concessionário ou que estabeleça uma remuneração que onere indevidamente os usuários, por afronta ao princípio da proporcionalidade. Estará também viciada, por descumprimento da legalidade administrativa, a expedição de um edital de concorrência pública para a exploração de uma determinada atividade econômica em que uma de suas cláusulas não observe uma exigência prevista em uma norma geral, e considere-se, ainda, que, previamente à edição dessa norma, tenha havido sua apreciação em audiência pública, o que compromete a legitimidade do ato.

Por tudo isso, concorda-se com a opinião de Marçal Justen Filho, de que não se pode anuir com a concepção de que grande número de atos e decisões regulatórias ficaria fora do controle dos órgãos externos às agências, porque fundados em critérios técnicos. Isso porque, na grande maioria dos casos, a agência reguladora poderá escolher entre um elenco de alternativas reciprocamente excludentes entre si, em que, para decidir por uma delas, terá de utilizar juízo de conveniência e oportunidade.³¹⁵

Contudo, deve ser ressaltado que a atuação dos órgãos de controle não pode converter-se em excesso, com atuação meramente substitutiva das agências, sem levar em conta a importante dimensão da especialização técnico-funcional do princípio da separação dos poderes.³¹⁶

5.5 CONCEITOS VAGOS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Há normas jurídicas que contêm palavras ou expressões cujo significado, por sua falta de um conceito exato, dá margem a interpretações que podem variar de pessoa para

³¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 528.

³¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 41.

pessoa. Tais palavras ou expressões são conhecidas como conceitos vagos ou indeterminados, tais como: boa-fé, boa conduta, mulher honesta, homem médio, incapacidade permanente, falta de probidade, negligência etc.

Há doutrinadores que defendem que na aplicação dos conceitos vagos ou indeterminados há discricionariedade do agente para escolher, segundo sua vontade, a solução que quiser. Outros doutrinadores há, porém, que não admitem haver tal discricionariedade na aplicação do conceito, pois há somente uma “unidade de solução justa”, estabelecendo-se, assim, grande diferença entre ambas as correntes a respeito do tema.

Segundo García de Enterría Tomaz-Ramon Fernandes, os conceitos jurídicos indeterminados referem-se a uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem definidos em seu enunciado, embora tais conceitos visem delimitar situações concretas, particulares. A lei não admite com exatidão o limite dos conceitos indeterminados, porque não permitem uma quantificação ou determinação rigorosas. No entanto, o conceito indeterminado admite ser determinado, definido, no momento de sua aplicação. Contudo, pelo fato de os conceitos indeterminados estarem referindo-se a situações ou pressupostos específicos e não a vaguezas imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação desses conceitos ou a qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução. Assim, ou há ou não há o conceito; ou há boa-fé ou não há; ou o preço é justo ou não é; ou se faltou com a probidade ou não se faltou. Dessa forma, a indeterminação do conceito não resulta na indeterminação em sua aplicação, pois somente resulta em uma “unidade de solução justa”. Para chegar-se a esta solução, aplica-se uma atividade de cognição e não de vontade.³¹⁷

Esclarecem autores que, para dirimir dúvidas e críticas, a expressão “unidade de solução justa” não significa que haja apenas uma única conduta, entre todas as possíveis, a

³¹⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. ed. Madri: Civitas, 2002, p.459.

capaz de merecer a qualificação que o conceito aponta. Por exemplo, em um caso em que esteja sob apreciação a existência ou não de boa-fé, deve-se aplicar um juízo disjuntivo, pois não pode haver boa-fé e má-fé ao mesmo tempo.³¹⁸

Corroborando com esse posicionamento, Eros Grau distingue discricionariedade da aplicação dos conceitos indeterminados, afirmando que a primeira é uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos, afirmando que a decisão discricionária funda-se em critérios extrajurídicos (de oportunidade, economicidade etc.), critérios esses não incluídos na lei e submetidos ao juízo subjetivo da Administração. Diferentemente da aplicação de conceitos indeterminados que é um caso de aplicação da lei.³¹⁹

Dessa posição, resulta que na discricionariedade, o aplicador da norma utiliza juízos de oportunidade, não incluídos na lei, podendo escolher entre diferentes alternativas a tomar, ou mesmo não adotar nenhuma alternativa, caso entenda que não é oportuna nenhuma tomada de decisão. Já na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, tendo em vista a norma conter um conceito, tem o seu aplicador que verificar se o caso sob análise está configurado ou não no conceito contido na lei, ou seja, trata-se de subsumir em uma categoria legal, embora com limites imprecisos, uma circunstância real. Assim, em uma situação concreta, como em um caso em que se debate se existe ou não a boa-fé, deve o agente público verificar se ela ocorreu ou não; se houve ou não negligência etc. Não pode o aplicador da lei, em caso de conceitos indeterminados, afirmar que houve mais ou mesmo boa fé, ou mais ou menos negligência. Por isso é que se diz que, no exercício da discricionariedade, o sujeito aplica juízos de oportunidade, entre indiferentes jurídicos; enquanto na aplicação dos conceitos

³¹⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. ed. Madri: Civitas, 2002, p. 460.

³¹⁹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p.203.

jurídicos indeterminados o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade, pois os referidos conceitos estão expressos na lei.

Apontando casos práticos García de Enterría e Tomaz-Ramon Fernandes, tornam muito clara a diferença entre ambos, ao afirmarem que a promoção de funcionários por eleição possibilita considerar igualmente justas as designações de João, ou a de Pedro, ou a de Antônio, tendo em vista que se trata de uma discricionariedade. Contrariamente, quando, em um procedimento disciplinar, se está apreciando o conceito jurídico indeterminado de falta de respeito, não seria igualmente justo que se reprovasse um ou outro funcionário, ou se qualificasse uma mesma conduta alternativamente como respeitosa ou como não respeitosa, pois nesses casos, somente uma solução será a justa, com a exclusão da outra.³²⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello discorda desse posicionamento e afirma que mesmo na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados não se dá somente um ato de cognição, de interpretação do conceito, mas, às vezes, há a possibilidade de escolha do aplicador da lei quanto à forma de aplicar o conceito. Nesse sentido, declara que noções como “pobreza”, “velhice”, “notável saber”, “boa ou má reputação”, “urgência”, “tranquilidade pública”, como outras tantas noções que podem existir, com graus e medidas variáveis, permitem que se tenha certeza objetiva de que foram bem ou mal reconhecidos. Assim, em situações paradigmas ou típicas, pode-se afirmar, em nome de uma verdade conveniente, que alguém é pobre, ou que é velho, ou que não o é. Contudo, em várias outras situações, afirma que se tem que reconhecer que não se poderia afirmar que é necessariamente falsa nenhuma entre duas opiniões conflitantes ao mesmo tempo. Em resumo, assevera que, em face de o conceito indeterminado ser fluido, não é possível contestar a possibilidade de conviverem interpretações diferentes, sem que, por isso, uma delas tenha de ser considerada como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis. Assim, afirma que não

³²⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. ed. Madri: Civitas, 2002, p. 460.

concorda com a tese de que os conceitos jurídicos indeterminados são estranhos ao tema da discricionariedade.³²¹

Pode-se confessar que os posicionamentos acima expostos apresentam excelentes argumentos em defesa de suas teses, não sendo o objetivo dessa dissertação aprofundar a análise de ambas, pois fugiria ao objetivo deste trabalho.

A despeito disso, opta-se pelo entendimento expresso por García de Enterría, Tomaz-Ramon Fernández e Eros Graus, mas ressaltando-se que contribuí para essa tomada de posição a classificação dos conceitos jurídicos indeterminados (e os respectivos limites do controle sobre sua aplicação) apresentada pelos dois primeiros doutrinadores, ainda exposta.

Segundo eles, os conceitos jurídicos indeterminados dividem-se em “conceitos de experiência”, tais como: incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação, força irresistível, [ruína] etc. e os “conceitos de valor”, como: boa-fé, conduta de um bom pai de família e preço justo³²².

Nos “conceitos de experiência” são apreciados os fatos (por exemplo, se um edifício está em ruínas ou não) e, por isso, a competência do juiz para controlar a sua aplicação é ilimitada. Já nos “conceitos de valor”, por implicarem juízos de valoração, quer sejam técnicos (impacto ambiental) ou políticos (interesse público, utilidade pública), permite-se que haja uma certa presunção em favor do juízo da Administração dentro do halo do conceito, ou zona de imprecisão. Tal presunção, no entanto, não chega a excluir a possibilidade de controle judicial [bem como dos órgãos de controle legitimados], embora se limitem as suas possibilidades, pois o juiz terá que contentar-se com um controle dos limites, ou dos excessos em que a Administração haja podido incorrer.³²³

³²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 2. tir. São Paulo, 2007. p. 22-23.

³²² ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. ed. Madri: Civitas, 2002, p. 459.

³²³ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 12. ed. Madri: Civitas, 2002, p. 462-463.

Assim, a análise da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, não deixa de ser uma análise de legalidade, pois ocorre a subsunção do conceito legal à situação fática, muito embora, a depender da classificação do referido conceito (se “de experiência” ou “de valor”), o grau de controle a ser efetuado modifica-se. No primeiro, dá-se de maneira bastante abrangente, já no segundo, de forma a respeitar muito mais a decisão subjetiva da Administração na interpretação do conceito.

6. O CONTROLE SOBRE AS ATIVIDADES-FIM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

6.1 AS DIRETRIZES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI)

Na grande maioria dos países, o Poder Legislativo detém competência para fiscalizar as atividades da Administração Pública, missão que se denomina de controle externo, o qual faz parte do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) dos sistemas democráticos, conforme já exposto anteriormente. Tal controle, a depender do arcabouço jurídico de cada Estado, em geral, é exercido diretamente pelo Parlamento e por meio de órgãos técnicos de auxílio às casas legislativas. Esses órgãos, independentes do Poder Executivo, têm denominações variadas. No nível federal ou nacional, em alguns países, tais órgãos são chamados de controladorias; em outros, de tribunais de contas; ou mesmo de escritórios de contas. Seu corpo dirigente máximo pode ser composto de uma única autoridade, normalmente denominado de auditor-geral, controlador-geral, ou ser formado por um colegiado, cujos membros, no Brasil, são intitulados de ministros.

Esses órgãos técnicos de controle externo, qualquer que seja a denominação ou a forma de composição que adotem, em geral, além do fato de serem auxiliares dos corpos legislativos, têm amplos poderes de fiscalização sobre toda a máquina administrativa dos três Poderes ou sobre quem receba, gerencie ou lide com recursos ou bens públicos. Tais órgãos são denominados de Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), quando ocupam a hierarquia máxima entre os entes de fiscalização da Administração de um país.

Em âmbito internacional, as EFS são congregadas pela Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai), entidade que reúne órgãos de fiscalização e auditoria governamental de todos os países membros da Organização das Nações Unidas (ONU).³²⁴ Fundada em 1953, a Intosai é uma organização não governamental com *status*

³²⁴ RODRIGUES, Walton Alencar. The control of regulation in Brazil. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 13.

especial junto ao Conselho Econômico e Social da ONU, sendo, assim, um organismo autônomo, independente e sem vinculação política. Tem como uma de suas principais funções melhorar, no âmbito mundial, a fiscalização externa e, assim, fortalecer a posição, a competência e o prestígio das diversas EFS em seus respectivos países. A Intosai atua por meio do intercâmbio de experiências entre seus membros, de maneira que os estudos e análises realizados constituam uma garantia de que a fiscalização pública avance continuamente em busca de novas metas³²⁵.

Revelando a preocupação geral e cada vez maior com a atuação das entidades reguladoras, a Intosai publicou em 2001³²⁶ e reeditou, revisando-o, em 2007, um importante trabalho acerca do controle da regulação econômica, a ISSAI 5220, pertencente às *The International Standards of Supreme Audit Institutions* (Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores). Tal trabalho, denominado *Guidelines on Best Practice for the Audit on Public/Private Finance and Concessions*³²⁷ (Diretrizes sobre Melhores Práticas para a Auditoria de Financiamentos Público-Privados e de Concessões)³²⁸, tem servido de

³²⁵ INTOSAI. International Organization of Supreme Audit Institutions. Disponível em: <http://www.intosai.org/en/portal/about_us/>. Acesso em: 08 ago. 2010.

³²⁶ INTOSAI, International Organization of Supreme Audit Institutions Professional Standards Committee. **Guidelines on best practice for the audit on public/private finance and concessions**. Viena: 2001.

³²⁷ INTOSAI, International Organization of Supreme Audit Institutions. Professional Standards Committee. **Guidelines on best practice for the audit on public/private finance and concessions (revised)**. ISSAI 5220, Viena: 2007.

³²⁸ Apresenta-se, a seguir, um resumo da estrutura e do conteúdo das Diretrizes sobre Melhores Práticas para a Auditoria de Financiamentos Público-Privados e de Concessões, para possibilitar o conhecimento das diversas etapas e áreas da atuação fiscalizatória das EFS sobre os órgãos e entidades reguladoras nas áreas de PPP e em concessões:

a) a primeira Seção, denominada “Abordagem Geral da EFS”, envolve as Diretrizes de n°s 1 a 4. Nela se ressalta que a EFS deve definir quais as habilidades necessárias para examinar os contratos de PPP e de concessão, planejar as fiscalizações, devendo, para isso, contar com quadros competentes e especializados.

b) a segunda Seção, com o título “Escopo do Projeto”, abrange as Diretrizes n°s 5 a 14. Destaca, principalmente, a necessidade de a EFS analisar como a organização fiscalizada decidiu estabelecer o alcance da PPP e da oferta da concessão. Aborda também a importância de a EFS compreender como o ente fiscalizado escolheu o projeto a ser implantado frente a outros possíveis e quais os objetivos pretendidos. Frisa a necessidade de a Entidade Fiscalizadora examinar como a organização reguladora estruturou o projeto, quais as regras do setor, bem como a forma com que foi avaliado o papel dos recursos do setor privado na estruturação do respectivo setor.

c) a terceira Seção, denominada de “Gestão do Projeto”, contempla as Diretrizes de n°s 15 a 27, versa como a EFS deve analisar como foi gerido o processo de adjudicação de uma PPP ou concessão. Destaca a necessidade de a EFS examinar se a organização reguladora fiscalizada criou uma equipe técnica, quais as habilidades e

importante guia para edição e atualização das normas das EFS (entre elas, as do TCU) para fiscalização das atividades-fim dos entes reguladores, nas áreas de parcerias público-privadas (PPP)³²⁹ e em concessões³³⁰.

Vale destacar que na conclusão das Diretrizes, o trabalho da Intosai ressalta que a utilização de PPPs e de concessões têm graus de experiência diferentes entre os diversos

competências necessárias; bem como se estabeleceu um sistema adequado de controle de custos. Aborda também a necessidade de a EFS verificar se o planejamento propiciou efetiva competição entre os concorrentes.

d) a quarta Seção tem o título “Concurso” e abrange as Diretrizes de nºs 28 a 30. Aborda a análise que a EFS deverá realizar para aferir como a organização contratante selecionou o parceiro do setor privado e, como negociou com ele o contrato. Destaca a necessidade de a EFS verificar se foram avaliados todos os aspectos das propostas recebidas, destacando-se a o exame da forma da alocação de risco entre o ente estatal e o setor privado, o preço, e se foi escolhido o licitante que ofereceu o melhor valor.

e) a quinta Seção tem por título “O Contrato de Direito”, contempla as Diretrizes de nºs 31 a 35. Estabelece a necessidade de a EFS verificar como a organização contratante assegurou-se, antes da assinatura do contrato, de que o negócio era o caminho certo. Destaca a importância de a EFS examinar os efeitos de qualquer modificação acordada, se o acordo satisfaz os objetivos definidos, se foram avaliadas outras alternativas, bem como se a prestação dos serviços permanece assegurada e acessível.

f) a sexta Seção, com o título “A Fase Operacional”, envolve as Diretrizes de nºs 36 a 43. Abrange o exame da EFS de como a organização fiscalizada administra o contrato. Assim, trata da necessidade de a EFS analisar que medidas a auditada adota para garantir que todos os ativos entregues no âmbito do contrato encontram-se aptos a garantir, de forma contínua, a boa prestação dos serviços. Aborda também a necessidade de a EFS confirmar se o negócio continua como estabelecido, e se os mecanismos de governança estão adequados. Além disso, destaca que a EFS, deve rever a forma com a organização auditada estabeleceu mudanças na repartição de riscos entre si e o contratante, bem como, se aplicável, administrou a sua saída, ao término do contrato. INTOSAI, International Organization of Supreme Audit Institutions. Professional Standards Committee. **Guidelines on best practice for the audit on public/private finance and concessions (revised)**. ISSAI 5220, Viena: 2007, p. 5-8.

³²⁹ Segundo a Lei nº 11.079, de 30/12/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública:

“Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

³³⁰ Segundo a Lei nº 8.987, de 13/02/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências:

“Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”.

países, encontrando-se bastante difundida em uns, enquanto em outros ainda estão em um estágio de desenvolvimento muito recente. Destaca que as Diretrizes devem ser vistas como sugestões e conselhos, sempre à luz da experiência adquirida. Frisa que elas não são leis ou conjunto de procedimentos que cada EFS deve aplicar na sua totalidade a todos os casos. Ressalta também que sua finalidade essencial é oferecer orientação, de modo que as auditorias sigam abordagens profissionais e estruturadas. Afirma que muitas das abordagens são suscetíveis de permanecer válidas e relevantes por muito tempo, sem desconhecer que a realidade está sempre em evolução.³³¹

Assim, apresentam-se, a seguir, algumas das orientações contidas nas Diretrizes sobre Melhores Práticas para a Auditoria de Financiamentos Público-Privados e de Concessões, da Intosai, as quais serão denominadas simplesmente de Diretrizes. Ressalte-se que serão apresentadas e comentadas apenas as diretrizes que mais se relacionam ao tema desta dissertação. Em seguida, apresentam-se comentários, que serão úteis para o esclarecimento de alguns detalhes das referidas diretrizes, bem como para auxiliar na abordagem dos futuros tópicos que tratarão da fiscalização das agências reguladoras pelo TCU.

A Diretriz nº 1, denominada de “Responsabilidade da EFS”, estabelece que a Entidade Fiscalizadora deve identificar quais são as suas responsabilidades na auditoria de regulação de PPP ou concessões e como deve desempenhá-las. Entre as “razões para a orientação”, consta que a EFS não deve substituir o julgamento realizado pela entidade auditada por seu próprio julgamento, e que deve ser um dos objetivos da EFS incentivar que a entidade auditada exerça seu próprio critério de julgamento de forma razoável e sensata.³³²

³³¹ INTOSAI, International Organization of Supreme Audit Institutions. Professional Standards Committee. **Guidelines on best practice for the audit on public/private finance and concessions (revised)**. ISSAI 5220, Viena: 2007, p. 8.

³³² INTOSAI, International Organization of Supreme Audit Institutions. Professional Standards Committee. **Guidelines on best practice for the audit on public/private finance and concessions (revised)**. ISSAI 5220, Viena: 2007, p. 9.

Verifica-se que, no exame da discricionariedade da entidade auditada, embora não deva substituir o julgamento realizado pela organização auditada, deve a EFS incentivar e verificar se a auditada utilizou critérios razoáveis e sensatos quanto do uso de sua discricionariedade. Em outras palavras, a diretriz estabelece o uso do princípio da razoabilidade pela EFS, quando do controle das decisões do ente regulador.

Destaque-se também a Diretriz nº 3, denominada de “Participação da EFS”, a qual estabelece que a Entidade Fiscalizadora Superior deve examinar a contratação de uma PPP ou de uma concessão tão logo seja realizada, bem como continuar examinando-a, quando o projeto entrar na fase operacional, assim como quando o contratado ou concessionário entregar os serviços.³³³

Verifica-se, assim, que há diversos momentos da atuação de controle da EFS sobre as atividades do ente regulador auditado. Esses momentos vão desde uma fase anterior à assinatura do contrato, passando pela verificação dos aspectos de sua celebração e prolongando-se durante a fase de execução da avença. Assim, claro está que a atividade de controle da EFS faz-se sobre as atividades-fim da entidade reguladora e durante todas as suas fases.

A Diretriz nº 7 também deve ser ressaltada. Denominada “Seleção do Projeto”, afirma que a EFS deve examinar como a entidade auditada priorizou potenciais projetos e se os implementou cumprindo ordem de prioridade.³³⁴

Observa-se, assim, que, ao analisar os critérios de julgamento adotados pela organização reguladora auditada, examinando os aspectos de como e por que ela decidiu

³³³ INTOSAI, International Organization of Supreme Audit Institutions. Professional Standards Committee. **Guidelines on best practice for the audit on public/private finance and concessions (revised)**. ISSAI 5220, Viena: 2007, p. 11-12.

³³⁴ INTOSAI, International Organization of Supreme Audit Institutions. Professional Standards Committee. **Guidelines on best practice for the audit on public/private finance and concessions (revised)**. ISSAI 5220, Viena: 2007, p. 16.

implementar o projeto escolhido, verifica-se que a EFS adentra na análise do mérito do ato administrativo discricionário do órgão regulador.

Outra que se destaca é a Diretriz nº 10, intitulada “Seleção das Formas Mais Adequadas de Parceria”. Apresenta, entre as “razões para a orientação”, o fato de que a EFS deve analisar se a organização auditada examinou a gama de formas alternativas de satisfazer as suas necessidades, tais como os contratos tradicionais celebrados com o setor público, a privatização etc., antes de escolher realizar uma PPP ou uma concessão.³³⁵

Observa-se, assim, que, no controle exercido pelas Entidades Fiscalizadoras Superiores sobre as atividades dos entes reguladores, além de poder fiscalizar as atividades-fim, a EFS deve adentrar na análise de decisões em que está fortemente presente a denominada discricionariedade técnica, vez que deve verificar os fundamentos técnicos da escolha da forma de contratação escolhida.

Ante o teor das Diretrizes acima expostas, verifica-se que o controle exercido pelas EFS sobre as atividades dos entes reguladores é bastante amplo, vez que também abrange diversos aspectos e etapas de suas atividades-fim. Entre as atividades de controle exercidas pela EFS, destaca-se o exercido sobre os atos em cuja decisão há a faculdade discricionária do ente regulador. Para esse fim, deve ser ressaltado que tal controle deve ter como uma de suas funções principais verificar e coibir se o uso de faculdades discricionárias não está confundindo-se com comportamentos arbitrários da autoridade reguladora. Dessa forma, as EFS contribuem para o aperfeiçoamento e democratização dos entes reguladores.

Expostas e comentadas algumas das importantes Diretrizes estabelecidas no trabalho da Intosai, vale agora ilustrar a exposição com exemplos concretos do controle efetuado por EFS de outros países sobre as atividades-fim de seus entes reguladores.

³³⁵ INTOSAI, International Organization of Supreme Audit Institutions. Professional Standards Committee. **Guidelines on best practice for the audit on public/private finance and concessions (revised)**. ISSAI 5220, Viena: 2007, p. 19.

6.2 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

6.2.1 O Reino Unido

O Reino Unido tem como EFS uma das mais tradicionais e conceituadas entidades do gênero, o *National Audit Office* (NAO). Entre suas principais funções destacam-se³³⁶:

a) a realização de auditorias anuais nas contas do governo central e de suas agências, incluindo agências reguladoras, para o fim de fornecer ao Parlamento garantias de que as contas são fidedignas e exatas, e que as receitas e despesas estão de acordo como os propósitos do Legislativo;

b) o exame da economicidade, eficiência e eficácia na utilização dos recursos pelos entes auditados, inclusive as agências reguladoras. No que se refere à regulação, o NAO realiza auditorias operacionais nas principais agências reguladoras britânicas.

Destaque-se que no Reino Unido os órgãos reguladores foram estabelecidos pelo Parlamento, seguindo os programas de privatização dos anos 1980 e 1990. O modelo adotado tem permitido que os entes reguladores, no exercício de sua função, tenham flexibilidade e liberdade nas tomadas de decisão.³³⁷ O NAO reconhece que o modelo de organismos reguladores independentes tem trazido benefícios aos consumidores, muito embora interprete que traz alguns riscos, destacando-se o de exercício do arbítrio pelo ente regulador. Nesse sentido questiona: como pode o Parlamento ter certeza que a agência reguladora tem utilizado sua independência e liberdade de decisão efetivamente e em prol do interesse público?³³⁸

Para responder a essa questão o NAO realiza auditorias operacionais. Isso porque esse mecanismo de fiscalização considera questões mais amplas do que a mera economicidade e eficiência dos atos, pois enfoca, por exemplo, em que extensão os entes

³³⁶ BOURN, John Bourn. The role of the Intosai Privatisation Working Group and regulatory accountability in the UK. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 19.

³³⁷ BOURN, John Bourn. The role of the Intosai Privatisation Working Group and regulatory accountability in the UK. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 18.

³³⁸ BOURN, John Bourn. The role of the Intosai Privatisation Working Group and regulatory accountability in the UK. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 19.

reguladores atingiram seus objetivos. Ou seja, buscam suas auditorias operacionais aferir se os órgãos reguladores do Reino Unido foram eficazes no atingimento de seus objetos, o que é de grande interesse público. A verificação pela EFS no sentido de aferir se os entes reguladores atingiram seus objetivos deve-se ao fato de as decisões dos organismos reguladores terem grande impacto sobre consumidores e empresas reguladas, e que devem tais entes prestar contas da eficácia de suas decisões.³³⁹

Assim, o modelo padrão para uma auditoria do NAO visa responder às seguintes questões:³⁴⁰

a) qual é a extensão e o alcance da tomada da decisão independente para o ente regulador auditado, tanto em termos de referencial legal, quanto em termos de contexto comercial e econômico do mercado regulado?;³⁴¹

b) como o ente regulador tem resolvido conflitos e tensões entre as matérias de sua competência, como por exemplo, entre eficiência do mercado regulado e a equidade de tratamento para diferentes grupos na sociedade?;³⁴²

c) considerando a grande importância da prestação de contas e transparência para qualquer organismo governamental, como o ente regulador tem prestado contas de suas próprias decisões e realizações?³⁴³

³³⁹ BOURN, John Bourn. The role of the Intosai Privatisation Working Group and regulatory accountability in the UK. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 19.

³⁴⁰ BOURN, John Bourn. The role of the Intosai Privatisation Working Group and regulatory accountability in the UK. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 20.

³⁴¹ A título de exemplo, em relatório de 2005, denominado “*Directory Enquiries*” – de 192 a 118, sobre a liberalização de consultas por telefone, o NAO estabeleceu a base legal e econômica da decisão do ente regulador de liberar serviços de consultas telefônicas e demonstrou como a decisão não foi bem fundamentada por evidências. BOURN, John Bourn. The role of the Intosai Privatisation Working Group and regulatory accountability in the UK. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 20.

³⁴² Como exemplo, em relatório sobre regulação postal do ano de 2002, intitulado “*Opening the Post*”, o NAO destacou as tensões entre o dever primordial da agência reguladora dos serviços postais, a *Postcomm*, de assegurar o provimento de um serviço universal em todo lugar dentro do Reino Unido e seu dever secundário de promover competição, e como a *Postcomm* poderia administrar essas tensões. BOURN, John Bourn. The role of the Intosai Privatisation Working Group and regulatory accountability in the UK. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 20.

³⁴³ A título de exemplo, em relatório sobre novos procedimentos para o mercado atacadista de energia, denominado “*The New Electricity Trading Arrangements*”, do ano 2003, o NAO demonstrou como a agência

6.2.2 Os Estados Unidos da América

Outra EFS que pode ser destacada pelo seu renomado conceito é a dos Estados Unidos da América, denominada de *Government Accountability Office* (GAO). Vale frisar que adotou essa denominação recentemente, com vista a tornar ainda mais conhecido seu papel, pois anteriormente se chamava de *General Accounting Office*.

O GAO tem evoluído no sentido de constituir-se em uma efetiva organização analítica e de assessoramento em políticas públicas para o Congresso americano, seu principal cliente e demandante de quase todo o seu trabalho.³⁴⁴

Deve ser destacado que, a exemplo de outras EFS de ponta, desde a fundação do GAO, em 1921, sua abordagem em relação à *accountability*³⁴⁵ governamental passou por quatro fases, que vão desde a mera análise prévia das despesas públicas, chegando hoje à avaliação do desempenho das políticas públicas governamentais, conforme a evolução dos anos³⁴⁶:

a) controle *ex-ante* de despesas públicas (1920-1940);

b) fiscalização de gastos federais (1950-1960)

reguladora de energia não baseou suas decisões em uma avaliação de impacto rigorosa, nem realizou uma sólida análise de suas próprias decisões. BOURN, John Bourn. The role of the Intosai Privatisation Working Group and regulatory accountability in the UK. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 20.

³⁴⁴ GOMES, Marcelo Barros. Supreme audit institutions in search of accountability and performance improvement in regulatory utility agencies: a comparative analysis of oversight practices in the telecommunication sector regulators in Brazil and the United States in the last decade. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 64.

³⁴⁵ *Accountability* é um termo da língua inglesa, sem tradução exata para o português o qual remete à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados. *Accountability* pode ser traduzida também para o português, deficientemente, por prestar contas. Significa que quem desempenha funções de importância na sociedade deve regularmente explicar o que anda a fazer, como faz, por que faz, quanto gasta e o que vai fazer a seguir. Não se trata, portanto, apenas de prestar contas em termos quantitativos mas de autoavaliar a obra feita, de dar a conhecer o que se conseguiu e de justificar aquilo em que se falhou. A obrigação de prestar contas, neste sentido amplo, é tanto maior quanto a função é pública, ou seja, quando se trata do desempenho de cargos pagos pelo dinheiro dos contribuintes. WIKIPEDIA. Wikipedia: a enciclopédia livre. **Wikipedia**. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Accountability>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

³⁴⁶ GOMES, Marcelo Barros. Supreme audit institutions in search of accountability and performance improvement in regulatory utility agencies: a comparative analysis of oversight practices in the telecommunication sector regulators in Brazil and the United States in the last decade. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 64.

c) auditorias de programas (1970 - anos 1980)

d) aperfeiçoamento do desempenho e da *accountability* governamentais (depois dos anos 1990).

Normalmente o GAO faz uma abordagem precisa e profunda quando realiza a fiscalização de políticas de regulação de serviços públicos. A título de exemplos de trabalhos de auditoria de desempenho realizados por aquela EFS na área de regulação, podem-se citar os que trataram dos temas a seguir:³⁴⁷

a) fusões de companhias telefônicas locais e promoção de competição no âmbito dos mercados de serviços públicos;

b) a situação de mudanças na competição do setor de televisão a cabo;

c) desenvolvimento de infovias, *benchmarks* sobre DTV (televisão digital) em outros países, análise de competição nos mercados de banda larga e universalização de serviços;

d) papel da *Federal Energy Regulatory Commission* (Comissão Federal de Regulação da Energia);

e) disponibilidade de serviço, avaliação e análise de custo-benefício dos projetos de parceria público-privada;

f) estudos sobre o desenvolvimento rural, em que identificou os passos necessários para a realização do potencial de tecnologias de telecomunicações na área rural;

g) estudos sobre o processo pelo qual as fusões de empresas de telefonia são fiscalizadas.

³⁴⁷GOMES, Marcelo Barros. Supreme audit institutions in search of accountability and performance improvement in regulatory utility agencies: a comparative analysis of oversight practices in the telecommunication sector regulators in Brazil and the United States in the last decade. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 68-69.

6.2.3 O Canadá

Outra conceituada Entidade Fiscalizadora Superior é a canadense, denominada de *Office of the Auditor General of Canada* (OAG). Criada em 1878, é um órgão de auxílio ao Parlamento, que, entre outras funções, fiscaliza os departamentos, organizações e agências do governo federal e várias corporações da Coroa canadense. Realiza auditorias financeiras e de desempenho e, desde 1995, tem competência para a fiscalização de ações relativas ao desenvolvimento ambiental e sustentável.³⁴⁸

O Canadá, assim como outros países, também passou pela mudança do perfil da prestação de serviços públicos, deixando esses, em várias áreas, de serem executados diretamente pela estrutura do governo central ou por organizações a ele vinculadas diretamente, criando-se regimes de parceria com agências independentes para o fornecimento desses serviços. Os governos, tanto o central quando os das províncias canadenses, têm contratado a prestação desses serviços, tanto com outros níveis de governos, como com entidades do setor privado ou sem fins lucrativos. Ressalte-se que esse modelo não segue uma estrutura uniforme, pois obedece a uma formatação caso a caso, de acordo com as peculiaridades do serviço e do local a ser prestado. Colaboração, interação e delegação são as ferramentas que estão sendo utilizados.³⁴⁹

Contudo, membros do OAG, em trabalho apresentado no 3º Simpósio Internacional de Gestão do Setor Público, ocorrido em Mannheim, Alemanha, questionam: embora haja a busca pela prestação de serviços mais baratos e eficientes, onde fica o interesse público, a razão de ser do Estado canadense? O que deve acontecer à governança das políticas públicas e ao exercício das funções do Estado quando são deslocadas para fora do governo? Questionam:

³⁴⁸ OAG, Office of the Auditor General of Canada. **OAG**. Disponível em: < <http://www.oag-bvg.gc.ca/>>. Acesso em: 27 ago. 2010.

³⁴⁹ BARRADOS, Maria; MAYNE, Jonh; COOK, Roberto; MACDONALD, Patricia. Strengthening governance arrangements for alternative ways of delivering service. In: **3rd International public sector management symposium**, 2001, Mannheim, Texto distribuído aos participantes, p. 1 e 11.

quais elementos devem ser parte dos mecanismos de governança para assegurar a devida atenção às questões de responsabilidade, transparência e proteção do interesse público? Assim, afirmam que há necessidade de que seja encontrado um equilíbrio entre o aumento da eficiência e a boa governança.³⁵⁰

Os autores do trabalho revelam sua preocupação com a outorga de poderes discricionários e responsabilidades pelo governo federal a entes considerados independentes ou externos quanto à concepção de programas, planejamento, gerenciamento e distribuição de funções. Afirmam que tal modelo oferece riscos de desagregação quanto ao controle da prestação dos serviços, havendo a necessidade de um novo quadro para orientar a atuação dos atores dessa nova concepção de prestação de serviços públicos.³⁵¹

Destacam os membros do OAG que falta transparência quanto à forma e à qualidade com que os serviços públicos passaram a ser prestados com o novo modelo. Nesse sentido foi constatado pela EFS canadense que o governo chega a não conhecer a extensão dos acordos da nova governança que foi criada. Afirmam que, embora o governo tenha incentivado o desenvolvimento destas novas regras e estruturas para prestação de serviços públicos, ele não mantém nenhum inventário da variedade das novas disposições que tem sido postas em prática.³⁵²

Informam que o resultado da falta de controle governamental é que o Parlamento, muitas vezes, não recebe rotineiramente informações quanto ao desempenho dos prestadores de serviços públicos, dados essenciais para avaliar se as regras e atividades delegadas estão funcionando efetivamente. Afirmam, ainda, que vários dos mecanismos de responsabilização

³⁵⁰ BARRADOS, Maria; MAYNE, Jonh; COOK, Roberto; MACDONALD, Patricia. Strengthening governance arrangements for alternative ways of delivering service. In: **3rd International public sector management symposium**, 2001, Mannheim, Texto distribuído aos participantes, p. 1 - 2.

³⁵¹ BARRADOS, Maria; MAYNE, Jonh; COOK, Roberto; MACDONALD, Patricia. Strengthening governance arrangements for alternative ways of delivering service. In: **3rd International public sector management symposium**, Mannheim, 2001. Texto distribuído aos participantes. Texto distribuído aos participantes, p. 4.

³⁵² BARRADOS, Maria; MAYNE, Jonh; COOK, Roberto; MACDONALD, Patricia. Strengthening governance arrangements for alternative ways of delivering service. In: **3rd International public sector management symposium**, Mannheim, 2001. Texto distribuído aos participantes, p. 11.

são fracos, o que representa um desafio aos clássicos princípios de controle parlamentar e da responsabilidade.³⁵³

Declaram também que, a menos que sejam implantados efetivos mecanismos de prestação de contas a respeito das atividades delegadas, pelos Ministros, ao Parlamento e ao público, a capacidade de o Legislativo controlar e fiscalizar a aplicação das políticas pública estará comprometida.³⁵⁴

Vê-se, pois, que a prestação de serviços públicos no Canadá, em que pese a discricionariedade conferida aos órgãos e entidades delegadas, carece de melhores mecanismos que propiciem o controle do desempenho das atividades prestadas. Isso para que o povo canadense, o Parlamento e o governo possam aferir se estão sendo respeitados princípios fundamentais como os da responsabilidade, transparência e proteção do interesse público.

6.2.4 Portugal

Outra Entidade Fiscalizadora Superior a ser destacada é o Tribunal de Contas de Portugal. Classificado pela Constituição Portuguesa de 1976 como um órgão de soberania – a par do Presidente da República, da Assembléia da República e do Governo³⁵⁵ – desempenha importante papel no controle da Administração Pública, inclusive sobre os órgãos reguladores. Entre os vários tipos de fiscalizações por ele realizadas destacam-se as auditorias operacionais ou de resultados.

³⁵³ BARRADOS, Maria; MAYNE, Jonh; COOK, Roberto; MACDONALD, Patricia. Strengthening governance arrangements for alternative ways of delivering service. In: **3rd International public sector management symposium**, Mannheim, 2001. Texto distribuído aos participantes, p. 10.

³⁵⁴ BARRADOS, Maria; MAYNE, Jonh; COOK, Roberto; MACDONALD, Patricia. Strengthening governance arrangements for alternative ways of delivering service. In: **3rd International public sector management symposium**, Mannheim, 2001. Texto distribuído aos participantes. 2001, p. 10.

³⁵⁵ TC, Tribunal de Contas. TC. Disponível em: http://www.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade/sit_act.pdf>. Acesso em: 6 set. 2010.

A título de exemplo da fiscalização do Tribunal de Contas português sobre um ente regulador, e mais particularmente sobre as atividades finalísticas dessa entidade, pode-se citar a efetuada sobre as atividades de gestão e controle dos contratos de parcerias público-privadas (PPP), nas concessões rodoviárias, realizadas pelas Estradas de Portugal (EP).³⁵⁶

Na fiscalização sob análise, o Tribunal de Contas português verificou diversos aspectos concernentes às atividades-fim do ente regulador – as Estradas de Portugal –, pois o plano global da auditoria cobriu os seguintes objetivos: controle, fiscalização administrativa, acompanhamento e monitoramento financeiro dos contratos, incluindo, a análise e monitoramento dos riscos com impacto financeiro na concessão; controle da qualidade do serviço prestado por cada concessionária; negociação dos contratos de PPP, principalmente as alterações efetuadas em processos de reequilíbrio financeiro; aferição da razoabilidade das estruturas e meios das Estradas de Portugal voltados ao monitoramento e à fiscalização das concessões.³⁵⁷

Demonstrando a importância da fiscalização da EFS sobre as atividades-fim do ente regulador, o Tribunal de Contas detectou diversas falhas nas atividades regulatórias da EP, as quais foram registradas em Relatório de Auditoria, tais como:

a) não tem existido um sistema de avaliação e medição de desempenho, associado à gestão das PPP, por parte do ente regulador;³⁵⁸

³⁵⁶ A EP é responsável pelas atividades inerentes ao exercício de poderes de concedente do Estado, especificamente de auxílio técnico ao lançamento das licitações para concessões, acompanhamento e apoio das comissões de avaliação das licitações, à regulação e gestão dos diferentes contratos de concessão e ao acompanhamento das condições de exploração das redes de autoestradas e áreas de serviço objetos das concessões. PORTUGAL. Tribunal de Contas. Relatório n.º 10/2008 2.ª Secção Vol. I. TC. Disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2008/audit-dgdc-rel010-2008-2s.pdf>. p. 16. Acesso em: 6 set. 2010.

³⁵⁷ PORTUGAL. Tribunal de Contas. Relatório n.º 10/2008 2.ª Secção Vol. I. TC. Disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2008/audit-dgdc-rel010-2008-2s.pdf>. p. 16. Acesso em: 6 set. 2010.

³⁵⁸ PORTUGAL. Tribunal de Contas. Relatório n.º 10/2008 2.ª Secção Vol. I. TC. Disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2008/audit-dgdc-rel010-2008-2s.pdf>. p. 34. Acesso em: 6 set. 2010.

b) falhas nos procedimentos de controle de trafego por parte da EP, tendo em vista que um dos contratos de concessão analisados, quando foi elaborado, não levou em conta a efetiva existência de soluções técnicas, no domínio do controlo de tráfego, que permitissem exigir o cumprimento das cláusulas contratuais relevantes;³⁵⁹

c) o Estado, sistematicamente, não tem penalizado pecuniariamente as concessionárias, quando estas incorrem em descumprimento de suas obrigações contratuais;³⁶⁰

d) foram verificadas falhas no controle da qualidade dos serviços das concessionárias, por parte da EP, considerando que foi detectada ausência de utilização de *checklists* nas inspeções; falta de estudos de avaliação sobre a qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias; inexistência de fiscalização, por parte da EP, sobre os sistemas de que as concessionárias dispõem para a recepção, registro, análise, resposta e reencaminhamento das reclamações, para o ressarcimento dos lesados ou para a adoção de medidas corretivas.

Essas diversas falhas nas atividades do ente regulador deram origem a várias recomendações formuladas pelo Tribunal de Contas Português ao Ministro de Obras Públicas e à própria EP, para que fossem adotadas medidas corretivas no sentido de saná-las. Tais medidas certamente resultarão em melhorias no sistema regulatório e, em última instância, na qualidade dos bens e serviços prestados pelas concessionárias.

³⁵⁹ PORTUGAL. Tribunal de Contas. Relatório n.º 10/2008 2.ª Secção Vol. I. TC. Disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2008/audit-dgtec-rel010-2008-2s.pdf>. p. 58. Acesso em: 6 set. 2010.

³⁶⁰ PORTUGAL. Tribunal de Contas. Relatório n.º 10/2008 2.ª Secção Vol. I. TC. Disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2008/audit-dgtec-rel010-2008-2s.pdf>. p. 58. Acesso em: 6 set. 2010.

6.2.5 A Argentina

Apresentadas as experiências de EFS de países considerados mais desenvolvidos, será abordada agora a experiência da Entidade Fiscalizadora Superior de um país cuja realidade socioeconômica é semelhante à brasileira. Assim, será enfocada a EFS argentina, denominada de *Auditoria General de la Nación* – AGN.

Seguindo o movimento mundial, a Argentina também desenvolveu na década de 1990 um amplo programa de privatização. A Lei da Reforma do Estado (Lei nº 23.696, de 18/08/1989), que fixou o marco regulatório para a privatização de empresas que pertenciam ao Estado argentino, estabeleceu uma Comissão Parlamentar Mista para trabalhar em conjunto com o Poder Executivo, para informar ao Poder Legislativo sobre todo o processo de privatizações e elaborar pareceres não vinculadores. A Sindicatura Geral de Empresas Públicas (o organismo de controle interno argentino) atuou em colaboração permanente com essa Comissão, intervindo de maneira concomitante no processo de cada privatização. Em outros casos, o então Tribunal de Contas da Nação também interveio.³⁶¹

A *Auditoria General de la Nación* (AGN) foi criada em substituição ao Tribunal de Contas da Nação, tendo iniciado suas atividades no começo de 1993. A AGN também fez parte da onda de revalorização da função de controle do Legislativo, que teve, entre seus objetivos gerais, a valorização dos critérios de economia, eficiência e eficácia da gestão pública. Esses critérios, utilizados de maneira precisa e oportuna, permitiram que o controle externo adentrasse no campo da auditoria integral, de natureza mais abrangente do que as auditorias tradicionais.³⁶² Assim, a AGN é um organismo técnico de auxílio ao Legislativo na

³⁶¹ DESPOUY, Leandro. Regulation control in Argentina. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 28.

³⁶² AGN, Auditoría General de la Nación. **AGN**. Disponível em: <<http://www.agn.gov.ar/>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

sua missão de controle, com autonomia funcional, com competências próprias de fiscalização, entre elas: o controle de legalidade, desempenho e auditoria dos entes reguladores.³⁶³

A AGN iniciou suas atividades de auditoria no segundo semestre de 1993, com o processo de privatizações já avançado, intensificando a fiscalização das atividades dos entes reguladores de serviços públicos e cumprindo a atribuição de controle das entidades privadas adjudicatárias dos processos de privatização, em relação às obrigações emergentes dos respectivos contratos.³⁶⁴

Entre as ações de controle realizadas pela AGN relativas à regulação e às atividades a ela relacionadas, podem ser destacadas as seguintes, consideradas como focos dessas tarefas:³⁶⁵

a) a análise dos sistemas de controle aplicados pelos entes reguladores para fiscalizar o cumprimento dos planos de investimento;

b) a identificação e a avaliação dos circuitos formais ou informais aplicados pelos entes reguladores para fiscalização das obrigações que os regulamentos impõem aos prestadores privados em sua relação com o usuário;

c) a verificação da imposição de penalidades estipuladas nos processos licitatórios, ao serem descumpridas obrigações contratuais ou em razão de irregularidades na prestação do serviço;

d) a análise das tarifas;

e) a avaliação dos atos contratuais celebrados pelos entes reguladores.

Cabe ser destacada uma importante solicitação feita pelo Ministro da Economia argentino à AGN. Foi solicitada uma revisão dos processos de privatizações. Nesse sentido a

³⁶³ DESPOUY, Leandro. Regulation control in Argentina. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 28.

³⁶⁴ DESPOUY, Leandro. Regulation control in Argentina. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 28.

³⁶⁵ DESPOUY, Leandro. Regulation control in Argentina. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 29.

EFS abordou, classificou e hierarquizou os aspectos essenciais de seus relatórios na última década. Além disso, identificou os denominadores comuns que permitiram sistematizar as auditorias efetuadas em cada concessão, bem como os principais desvios ou achados detectados e as lições tiradas do processo em cada setor. Após a realização do trabalho, as constatações realizadas pela AGN classificaram-se em dois grandes eixos:³⁶⁶

- a) não cumprimento das obrigações pelos adjudicatários;
- b) deficiências no controle efetuado por entes reguladores e pelas autoridades responsáveis.

Enfim, como síntese conclusiva das análises do processo de privatização argentino realizadas pela AGN, pode ser afirmar que:³⁶⁷

- a) não houve significativa redução do déficit público, tendo em vista que o sistema de concessão de serviços públicos recebe subsídios explícitos, por exemplo, na área de ferrovias e nas concessões rodoviárias;
- b) não se verificou, na opinião dos usuários, maior eficácia e eficiência empresarial como um todo, o que resultou em índices de satisfação negativos. Quanto à gestão dos

³⁶⁶ Nesse sentido, apresentam-se a seguir exemplos concretos de descumprimentos manifestos de obrigações pelos adjudicatários, detectados pelas atividades de fiscalização da AGN:

a) na área de aeroportos, verificou-se que a dívida da concessionária para com o Estado argentino alcançava a quantia de 350 milhões de dólares – e que os investimentos obrigatórios não haviam sido cumpridos. Frise-se que as constatações realizadas pela AGN serviram de base para que o governo suspendesse os termos de uma renegociação anteriormente aprovada e cujas vantagens para o interesse público não estavam claras;

b) no setor radioelétrico, a AGN detectou que o concessionário não havia realizado uma série de obrigações contratuais, por exemplo: não tinha planejado, desenvolvido, instalado, dado manutenção, nem atualizado o sistema de informática integrado, destinado à gestão do setor. Tais descumprimentos davam causa a uma grande quantidade de interferências, que não foram reduzidas com o passar do tempo, demonstrando as deficiências do processo de comprovação técnica de emissões. Ressalte-se ainda que, a despeito dos graves descumprimentos de obrigações contratuais, os ganhos e a rentabilidade da concessionária haviam aumentado desproporcionalmente. Destaque-se que, baseando-se nas constatações da AGN, o governo decidiu pela caducidade do contrato de concessão;

c) no fundo fiduciário Serviço Universal, esse um conjunto de serviços de telecomunicações que devem ser prestados com uma qualidade determinada e com preços acessíveis, envolvendo telefonia básica e acesso à internet, pretendia-se formar o referido fundo com o produto de 1% das receitas totais obtidas pela prestação dos serviços de telecomunicações (fundo esse que nunca foi criado). Destaque-se que o governo, considerando as constatações da AGN, determinou o término da cobrança desse percentual, bem como a devolução dos recursos recebidos indevidamente pelos prestadores de serviços.

DESPOUY, Leandro. Regulation control in Argentina. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 29-30.

³⁶⁷ DESPOUY, Leandro. Regulation control in Argentina. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 31.

concessionários, esses não cumpram muitas obrigações em matérias de planos de investimentos, atendimento ao usuário e qualidade do serviço;

c) não foi substancial a redução da dívida externa como resultado da venda ou concessão de empresas, pois os valores obtidos não foram significativos;

d) não houve redução da litigiosidade contra o Estado, tendo ocorrido juntamente o contrário, pois essa se acentuou. Exemplos disso são os diversos processos que a Argentina responde no Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CIADI), organismo com personalidade jurídica de direito internacional, com sede em Washington.³⁶⁸

Assim, diante das experiências estrangeiras apresentadas, verifica-se que, no mundo afora, o controle das atividades-fim dos entes reguladores é uma realidade, muito mais do que isso, é uma necessidade de toda nação em que vigora o sistema de freios e contrapesos.

Constata-se, pois, que as Entidades Fiscalizadoras Superiores desempenham um importante papel na sustentabilidade e no aperfeiçoamento dos regimes regulatórios, motivo pelo qual adentram suas atividades de controle até mesmo nos atos considerados discricionários, com vistas a verificar sua razoabilidade e a adequação. Isso porque a independência dos entes reguladores, essencial para que esses exerçam seus papéis de forma isenta, pode levar também a comportamentos indesejados por parte daqueles que delegaram mandatos específicos para os referidos entes.³⁶⁹

Nesse sentido, ao efetuar o controle das atividades-fim dos entes reguladores, as EFS dos países estudados representam um olhar vigilante sobre atuação dessas entidades. Tal controle, se não existisse, deixaria os cidadãos e suas instituições órfãos de uma avaliação do

³⁶⁸ FRAGA, Luis Eduardo. La Argentina ante el CIADI. **Monografias.com**. Disponível em <<http://www.monografias.com/trabajos908/argentina-ciadi/argentina-ciadi.shtml>>. Acesso em: 24. ago. 2010.

³⁶⁹ BEMERGUY, Marcelo; GOMES, Marcelo Barros; MARTINS, Paulo Roberto Wichers; NORONHA, Maridel Piloto de; WANDERLEY, Mauricio de A. Privatisation and regulatory reform in Brazil: the advent of the regulatory state. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005, p. 38.

papel desempenhado pelas referidas entidades, o que também contribuiria deveras para o comprometimento da qualidade dos serviços prestados pelas empresas delegatárias.

6.3 O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TCU

Conforme já abordado anteriormente, cabe ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, realizar o controle externo na Administração Pública Federal, nos termos do art. 71, caput, da Constituição Federal.

Nesse sentido, a Carta Magna de 1988, ampliou sensivelmente a competência do TCU para o exercício do controle externo, descrevendo nas alíneas do referido artigo diversas atribuições à Corte de Contas, de forma a que toda a máquina pública federal, envolvendo os três Poderes, fosse objeto de controle em suas atividades administrativas. Essa ampliação revelou o desejo do constituinte originário de dotar o Tribunal de instrumentos jurídicos adequados para exercer sua missão institucional.

Em sendo as agências reguladoras autarquias federais, embora sob regime especial, portanto, pertencentes à estrutura da Administração Pública federal indireta, também se submetem à competência do controle exercido pelo TCU e, em consequência, são objeto de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade de seus atos, nos conforme estabelece o art. 70 da Lei Maior.

Vale destacar que os primeiros trabalhos desenvolvidos pelo TCU, relativos ao acompanhamento de concessões, tiveram como alvo rodovias federais, sendo que as normas que regiam essas fiscalizações não eram sistematizadas, mas frutos de decisões pontuais proferidas pelo Plenário do Tribunal.³⁷⁰

³⁷⁰ ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **O controle externo da regulação de serviços públicos**. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002, p. 22.

Em seguida, após a realização de trabalho de acompanhamento da concessão da Ponte Rio – Niterói, efetuado em cumprimento à Decisão 141/1993 - Plenário, em que foram verificados diversos aspectos quanto à viabilidade técnica e econômica da outorga, à licitação e ao contrato, decidiu o TCU, considerando a relevância da matéria, editar norma interna para reger a fiscalização dos processos de desestatizações, concessões, permissões e autorizações de serviços públicos.³⁷¹

Isso se deu contemporaneamente à da criação das primeiras agências reguladoras brasileiras, após o início do processo de privatização de diversos setores da economia, com a edição, em 22/11/1995, da Instrução Normativa/TCU nº 10, a qual, posteriormente foi substituída pela nº 27/1998³⁷².

Em tempos mais recentes, foram editadas mais duas Instruções Normativas: a IN/TCU nº 43/2002³⁷³, destinada a reger o acompanhamento pelo TCU dos processos de revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia

³⁷¹ ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **O controle externo da regulação de serviços públicos**. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002, p. 22-23.

³⁷² O inteiro teor da Instrução Normativa/TCU nº 27/1998 consta do Anexo A desta dissertação. Vale destacar que a referida Instrução Normativa, ainda hoje em vigor, assim como as demais instruções normativas do TCU, são editadas com base no poder regulamentar que lhes confere o art. 3º da Lei nº 8.443, de 16/07/1992, que estabelece:

“Art. 3º Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade”. A atribuição de o TCU fiscalizar todos os documentos e etapas dos processos de privatização é conferida pelo art. 18, inciso VIII, da Lei nº 9.491, de 09/09/1997, que alterou procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização e revogou a Lei nº 8.031, de 12/04/1990.

Entende-se que o poder regulamentar estabelecido na Lei nº 8.443/1992, é um das prerrogativas com que conta a Administração e insere-se, ainda, na concepção de que o poder regulamentar não é exclusividade do Presidente da República, mas também de entidades administrativas dotadas de poder normativo. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 153. Além disso, verifica-se que as normas estabelecidas na referida Instrução Normativa inserem-se no conceito de “supremacia especial” ou “relação especial de sujeição”, mantido entre o Tribunal de Contas da União e os órgãos a ele jurisdicionados, por meio da qual o TCU mantém relações específicas, com um círculo de relações muito diversas das que mantém com a generalidade dos cidadãos e entidades, em que se fazem necessárias atribuições e poderes especiais, exercitáveis, dentro de certos limites, pela própria Administração. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 811.

³⁷³ O inteiro teor da Instrução Normativa/TCU nº 43/2002 consta do Anexo B desta dissertação.

elétrica, e a IN/TCU nº 46/2004³⁷⁴, especificamente para normatizar a fiscalização sobre os processos de concessão e para exploração de rodovias federais.

Entre as referidas normas, destaca-se a IN/TCU nº 27/1998, ainda hoje em vigor, que tem por objetivo regulamentar a importante atuação do Tribunal na fiscalização das privatizações; das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos e das execuções dos respectivos contratos.

Vale destacar que, segundo o art. 7º dessa Instrução Normativa, a fiscalização, pelo TCU, dos processos de concessões, permissões e autorizações de serviços públicos, é realizada prévia ou concomitante e obedece a quatro estágios que contemplam a análise de diversos documentos, remetidos obrigatoriamente pelo órgão responsável pela execução ou acompanhamento da privatização, conforme resumido a seguir:

a) primeiro estágio: relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento; relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga; relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental;

b) segundo estágio: edital, atas, relatório de julgamento; recursos interpostos e decisões e proferidas referentes pré-qualificação; edital de licitação; minuta de contrato; comunicações e esclarecimentos às participantes da licitação, impugnações ao edital e respectivas respostas;

c) terceiro estágio: atas de abertura e de encerramento; relatório de julgamento e questionamentos das licitantes sobre a fase de habilitação; recursos interpostos, com as respostas e decisões respectivas; atas de abertura e de encerramento da fase do julgamento das

³⁷⁴ O inteiro teor da Instrução Normativa/TCU nº 46/2004 consta do Anexo C desta dissertação.

propostas; relatórios de julgamentos e outros que venham a ser produzidos; recursos interpostos e decisões proferidas referentes à fase do julgamento das propostas.

d) quarto estágio: ato de outorga e contrato de concessão ou de permissão.

Cabe frisar que, segundo dispõe o art. 7º da IN/TCU nº 27/1998, a análise dessa documentação será feita pela unidade técnica do TCU, no prazo máximo de trinta dias úteis, após o que deve ser encaminhada ao Ministro-Relator, depois de findo o terceiro estágio. Tal prazo célere visa evitar que eventual atraso na análise dos documentos venha a constituir óbice ao andamento dos processos de concessões, permissões e autorizações nos órgãos e entidades responsáveis pela outorga.

Frise-se ainda que, para os Ministros do TCU terem tempo hábil para deliberar – prolatar acórdão – sobre a regularidade dos estágios, o órgão ou a entidade federal concedente observará o prazo mínimo de quarenta e cinco dias, entre a homologação do resultado do julgamento das propostas e a assinatura do termo contratual.

Outra atividade de controle realizada pelo TCU, prevista no art. 11 da IN/TCU nº 27/1998, é a fiscalização da execução dos contratos de firmados entre o órgão, entidade federal ou agência reguladora com as empresas concessionárias ou permissionárias. Nesse tipo de controle, é verificado o cumprimento das normas pertinentes e das cláusulas contidas nos contratos e nos respectivos termos aditivos, bem como a atuação dos entes estatais, destacando-se as agências reguladoras. Cabe destacar que a fiscalização da execução contratual é realizada mediante auditorias e inspeções, além do exame de Relatório Consolidado de Acompanhamento elaborado pelos concedentes, ou pelas agências reguladoras.

A outra norma que se destaca é a IN/TCU nº 43/2002, destinada a regulamentar uma importante atividade de controle da regulação: o acompanhamento concomitante, pelo TCU,

em todas as suas fases, dos processos de revisão tarifária periódica relativos dos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica, conduzidos pelo órgão regulador do setor elétrico.

Importa destacar que, segundo o art. 4º da IN/TCU nº 43/2002, o acompanhamento, pelo TCU, desses processos obedece a dois estágios, que contemplam a análise de diversos documentos, remetidos obrigatoriamente à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), conforme a seguir:

a) no primeiro estágio: proposta de revisão tarifária apresentada pelo órgão regulador à concessionária de distribuição de energia elétrica; resposta do concessionário à proposta de revisão tarifária; análise do órgão regulador sobre a manifestação do concessionário; nota técnica e planilhas de cálculo, que fundamentam a proposta de reposicionamento tarifário e a estimativa do fator X, divulgadas antes da audiência pública, e relatório dos representantes do TCU sobre a manifestação dos participantes da audiência pública;

b) no segundo estágio: segunda nota técnica e planilhas de cálculo que dão suporte à decisão final da SEFID sobre a revisão de tarifas; eventuais fatos relevantes atinentes ao processo de revisão tarifária em curso e ato de homologação de tarifas.

Vale destacar que o TCU, desde o ano de 1998, tem adaptado a sua estrutura organizacional para realizar o controle da regulação, de modo que criou, no ano de 2000, uma unidade técnica especializada, a Secretaria de Fiscalização de Desestatização (Sefid), para atuar no controle das privatizações, bem como no acompanhamento dos processos de desestatização e na fiscalização do desempenho das agências reguladoras³⁷⁵.

Cumprindo essa competência, tem o TCU atuado no controle das atividades-fim das agências na regulação dos diversos setores econômicos, tais como: energia elétrica,

³⁷⁵BRASIL. Tribunal de Contas da União. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/unidades/Sefid>>. Acesso em 14 jun. 2010.

telecomunicações, portos, rodovias, ferrovias, transportes de passageiros interestaduais e internacionais, petróleo e gás natural, saúde, saúde suplementar, água etc.

Já o controle dos demais atos administrativos das agências reguladoras (de cunho meramente administrativo-financeiro), tais como atos de admissão de pessoal; de concessão de aposentadorias e de pensões e de realização de despesas, como não diferem substancialmente dos atos similares praticados pelas demais entidades e órgãos da Administração Pública federal, são controlados por uma Secretaria de Controle Externo do TCU, não especializada. Para isso, essa unidade técnica, além de analisar as contas anuais dos administradores das agências, realiza auditorias para verificar a regularidade dos atos nas áreas contábil, financeira, patrimonial e orçamentária.

Destaque-se que, como um dos instrumentos de controle, pelo TCU, das atividades-fim das agências reguladoras, ocupam lugar de destaque as auditorias de natureza operacional. Incluídas na Constituição Federal, em seu art. 71, inciso IV, como meio de ampliação de sua competência, que – além das tradicionais auditorias contábeis, financeiras, patrimoniais e orçamentárias, – possibilitou a atuação do Tribunal com vistas a aferir a eficiência do setor público. Especificamente, por meio das auditorias de natureza operacional, o TCU realiza o controle de desempenho das agências reguladoras, verificando se estão atuando segundo sua missão institucional³⁷⁶.

Mas se amplo é o espectro da competência do TCU no controle da Administração Pública federal, aí incluídas as agências reguladoras, competências essas detalhadas na Constituição Federal, que expressamente abrange desde aspectos contábeis, financeiros, orçamentários e patrimoniais, até chegar aos operacionais, não deixa de haver polêmicas sobre o assunto. Isso porque a doutrina diverge quanto à interpretação dos limites da

³⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/unidades/Sefid>>. Acesso em 14 jun. 2010.

competência dos Tribunais de Contas para realizar o controle das atividades-fim das agências reguladoras. Nesse sentido, alguns juristas argumentam que devido ao fato de as agências disporem de ampla autonomia, ficariam fora do controle das Cortes de Contas as suas atividades regulatórias, enquanto outros discordam, assunto esse a ser tratado no tópico a seguir.

6.4 AS DIVERGÊNCIAS DE POSICIONAMENTO QUANTO AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA DO TCU

Uma razoável divergência doutrinária existe quanto à competência de o TCU realizar o controle das atividades-fim das agências reguladoras, ou seja, quanto ao controle dos atos e decisões de caráter regulatório emitidos pelas agências.

As teses contrárias ao controle das atividades-fim pelo TCU defendem que afrontaria a autonomia das agências, bem como reduziria seu papel de órgão regulador independente, se os Tribunais de Contas pudessem adentrar em sua atividade-fim, modificando, suspendendo ou cancelando os atos por elas emitidos. Afirmam que, por não versarem sobre despesas, receitas ou patrimônio públicos, não haveria base legal ou constitucional, para o controle das atividades regulatórias pelas Cortes de Contas.

Já a outra corrente, defensora da competência para controlar as atividades-fim, escuda-se no argumento de que não cabe aos Tribunais de Contas apenas controlar as agências quanto aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentárias e patrimoniais, mas também quanto aos aspectos operacionais, conforme estabelecido nos artigos 70 e 71 da Constituição Federal. Assim, defende essa corrente que se as Cortes de Contas têm competência para realizar o controle sobre o aspecto operacional de toda a Administração Pública, não haveria porque excluir as agências reguladoras. Tal posicionamento seria uma consequência do brocardo “se a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir”.

Entre os juristas que sustentam faltar competência aos Tribunais de Contas para controlar as atividades-fim das agências, destaca-se Luís Roberto Barroso. Sustenta ele que para as Cortes de Contas realizarem a fiscalização das entidades da Administração direta e indireta faz-se necessário que estejam envolvidos nas atividades o uso de dinheiro público. Em um caso concreto, em parecer elaborado para responder consulta realizada pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro (ASEP-RJ), versando sobre inspeção especial nela efetuada pelo Tribunal de Contas do Estado, afirma que escapa à atribuição das Cortes de Contas o exame de atividades autárquicas que não impliquem dispêndio de recursos públicos. Isso porque, segundo ele, não existiria lastro legal e constitucional para as requisições daquela Corte que objetivavam saber sobre deveres dos concessionários (se embarcações foram reformadas, lanchas substituídas, bilheterias eletrônicas implantadas). Nesse sentido, afirma que as referidas atividades, a par de não envolverem recursos públicos, constituem a razão de criação da própria agência reguladora. Assim, não poderiam os Tribunais de Contas invadir a esfera de reserva administrativa da agência reguladora para perquirir o mérito de suas decisões político-administrativas, interferindo em sua atividade-fim.³⁷⁷

Marçal Justen Filho é outro jurista a interpretar a competência da Corte de Contas de maneira restrita. Afirma o doutrinador que o controle deve ater-se à “gestão administrativa em sentido próprio”, vale dizer, a dispêndios, licitações e contratações, atos atinentes a pessoal e à respectiva remuneração, não cabendo fiscalizar as agências como órgão titular de competências regulatórias, ou seja, não poderia o Tribunal de Contas investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pelas agências.³⁷⁸

³⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos: limites da fiscalização a ser desempenhada pelo tribunal de contas do estado. **Boletim de direito administrativo**. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, ano XV, n. 6, p. 367-374, jun. 1999. p. 372-373.

³⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 588-589.

Discordando dessa posição, pode-se apresentar, entre outros, o entendimento de Alexandre Aragão. Segundo ele, os Tribunais de Contas podem realmente controlar as atividades de regulação (tais como, os atos de regulação que as agências expedem sobre os respectivos setores regulados; a autorização do aumento de tarifa ou de reequilíbrio econômico-financeiro de determinada concessão; ou uma fiscalização deficiente sobre as concessionárias).³⁷⁹

Assim entende, porque considera que, imediata ou mediamente, os atos de regulação ou de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos refletem-se sobre o Erário. A título de exemplo, afirma que uma fiscalização equivocada por parte da agência pode redundar na não aplicação de uma multa; ou que uma autorização indevida de uma majoração de tarifa leva a desequilíbrio econômico-financeiro do contrato favorável à empresa, o que deve redundar na sua recomposição pelo aumento do valor da outorga devida ao Poder Público.³⁸⁰

Di Pietro é também uma das doutrinadoras que defendem a fiscalização do Tribunal de Contas sobre as atividades-fim das agências reguladoras. Afirma que elas estão sob o controle da Corte de Contas em todos os seus atos, inclusive os finalísticos, tendo em vista a competência para a realização de inspeções e auditorias de natureza operacional, outorgada pela art. 71, inciso IV, da Constituição Federal. Declara, ainda, que o controle realizado sobre as agências é o mesmo que o efetuado sobre as demais autarquias, não sendo possível nenhuma lei afastar a competência dos Tribunais, por se tratar de competência originada da Lei Maior.³⁸¹

³⁷⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.340

³⁸⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.340-341.

³⁸¹ DE PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **O controle externo da regulação de serviços públicos**. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002, p. 64-65.

Concorda-se com os posicionamentos dos dois últimos doutrinadores anteriormente citados. Isso porque não há base jurídica alguma para eximir os atos regulatórios das agências do controle das Cortes de Contas. Primeiramente, porque as agências reguladoras federais, como autarquias, juridicamente fazem parte da Administração Pública federal, não havendo nada na Carta Constitucional – norma maior e de atribuição de competência – que autorize conferir tratamento de exceção às agências.

Muito pelo contrário, estão elas, assim como todos os órgãos e entidades federais dos três Poderes, quanto a seus atos administrativos – aí se incluindo os atos reguladores das agências – sujeitos aos vários mecanismos de controle por parte do TCU. Tais mecanismos, conforme já afirmado, vão, entre outros mecanismos de controle, desde o julgamento das contas de seus gestores, passando pela análise de legalidade das admissões, aposentadorias e pensões de seus servidores, pelas inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, e patrimonial. Chegam até fazer iscalizações de natureza operacional, em que se analisa o desempenho institucional, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade de seus atos, nos conforme estabelece o art. 70 da Lei Maior.

Argumentar ainda que os atos reguladores das agências não se sujeitariam ao controle das Cortes de Contas pelo fato de elas gozarem de autonomia também não vem ao caso. Isso porque a autonomia de que dispõem, induzida pela aprovação, pelo Senado Federal, da indicação dos nomes indicados pelo Presidente da República para seus cargos de diretoria; pela estabilidade do mandato de seus dirigentes; pela inexistência de recurso hierárquico impróprio contra as suas decisões; pela quarentena dos diretores, após deixarem o cargo etc. presta-se a fomentar a tomada de decisões, pelas agências, de maneira mais independente. Entende-se que, assim, protege-as das injunções político-partidárias, afasta-as da cooptação pelos grupos econômicos e das diversas intimidações por que passam os gestores públicos que não dispõem de estabilidade no cargo. Jamais a autonomia de que dispõem as agências

serviria para isentá-las do controle de seus atos, que, por dever constitucional, estão sujeitos todos os gestores e agentes públicos na Administração, quando à legalidade, legitimidade e economicidade.

Também não se sustenta a afirmativa de que os atos regulatórios, por não versarem sobre recursos públicos, não estariam sujeitos ao controle das Cortes de Contas. A uma porque, mesmo não versando diretamente sobre recursos públicos, os atos das agências abrangem, não somente a fiscalização dos setores regulados, mas também a edição de normas, a composição de conflitos, a outorga de concessões, permissões e autorizações, aplicação de penalidades, revisão de tarifas etc., atividades que afetam a conduta de inúmeros indivíduos e empresa, e que, caso ficassem isentas de controle dos Tribunais de Contas, estariam sujeitos a toda ordem de falhas e ilegalidades, sem nenhuma reprimenda. A falta de controle abriria mais ainda o leque a todo tipo de erros, distorções, favorecimentos, desproporcionalidades, imoralidades, excesso e desvio de poder. A duas, porque, por serem atos emanados de entes e agentes públicos, têm de respeitar os princípios norteadores da Administração Pública, em que se destacam os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Corroborando com esse posicionamento, resume-se a seguir, trecho do Relatório e Voto do Ministro Revisor, Benjamin Zymler, que fundamentaram o Acórdão/TCU nº 1756/2004 – Plenário, em processo de revisão tarifária em que se discutiu com grande clareza, entre outros assuntos, a competência do TCU para fiscalizar as atividades-fim das agências reguladoras. Nesse sentido, afirmou que o TCU deve exercer o controle das agências reguladoras, tanto sob o enfoque liberal (concernente à fiscalização da legalidade), quanto sob o enfoque gerencial (concernente ao incremento da eficiência da Administração Pública). Assim, declarou que o Tribunal não só pode, como deve atuar visando dotar as ações das agências da maior eficiência possível.³⁸²

³⁸² Ementa: Acompanhamento. Aneel. Processo de Revisão Tarifária da Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo SA. Exercício de 2003. Embargos de declaração opostos a acórdão que determinou à agência a

Ressaltando a importância da divulgação ao público em geral dos resultados das fiscalizações do Tribunal sobre os atos das agências, afirmou ainda o Ministro que essa publicidade facilita sobremaneira o exercício do controle social, considerando que os usuários dos serviços públicos não contam com assessoria profissionalizada para fazer frente aos interesses dos grupos mais organizados³⁸³.

Em seguida, como conclusão, afirmou o Ministro Benjamin Zymler ter ficado patente que o TCU possui competência para fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras. Porém, ressalta, deve o Tribunal atuar de forma complementar à ação das entidades reguladoras, no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos. Isso porque cabe ao Poder Concedente a competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias. Destacou ainda que a Corte de Contas não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição Federal. Nesse sentido, declarou que a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de “segunda ordem”, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório. Logo, essa fiscalização não deve versar sobre o jogo

inclusão dos efeitos do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio no cálculo do reposicionamento tarifário e nos próximos processos de revisão tarifária. Competência da Aneel de avaliar a conveniência, a oportunidade e a forma mais adequada de considerar tais efeitos nos processos de revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica. Conhecimento. Provimento. Recomendação. Diligência. BRASIL. Tribunal de Constas da União. Acompanhamento. Acórdão 1.756/2004 – Plenário. Processo nº 007.371/2003-5. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Interessados: Interessados: José Mário de Miranda Abdo, Diretor-Presidente da Aneel, e Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. - Eletropaulo. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Revisor: Benjamin Zymler (Revisor) Brasília, DF, 11 de novembro de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

³⁸³ Ementa: Acompanhamento. Aneel. Processo de Revisão Tarifária da Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo SA. Exercício de 2003. Embargos de declaração opostos a acórdão que determinou à agência a inclusão dos efeitos do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio no cálculo do reposicionamento tarifário e nos próximos processos de revisão tarifária. Competência da Aneel de avaliar a conveniência, a oportunidade e a forma mais adequada de considerar tais efeitos nos processos de revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica. Conhecimento. Provimento. Recomendação. Diligência. BRASIL. Tribunal de Constas da União. Acompanhamento. Acórdão 1.756/2004 – Plenário. Processo nº 007.371/2003-5. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Interessados: Interessados: José Mário de Miranda Abdo, Diretor-Presidente da Aneel, e Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. - Eletropaulo. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Revisor: Benjamin Zymler (Revisor) Brasília, DF, 11 de novembro de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

regulatório em si mesmo considerado.³⁸⁴ Ou seja, não deve o TCU exercer a fiscalização direta sobre o setor e as empresas que nele atuam, cabendo tal papel às agências³⁸⁵.

Assim, embora ainda remanesçam divergências doutrinárias quanto aos limites da competência do TCU, vale afirmar que no seio do Tribunal a matéria encontra-se já pacificada, não havendo quaisquer dúvidas quanto à possibilidade de fiscalização das atividades regulatórias das agências.

6.5 O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO JUDICIÁRIO

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, estabelece que nenhuma matéria pode ser afastada de exame pelo Poder Judiciário.

Os atos das agências reguladoras não constituem exceção a essa regra. Mesmo os discricionários são passíveis de exame, vez que poderão conter vícios que, se fossem suprimidos de apreciação judicial, poderiam causar lesões ou ameaças a direitos.

Destaque-se aqui o posicionamento de Eros Grau, ao defender importante distinção entre exame e controle dos atos administrativos discricionários. Segundo ele, o exercício da autêntica discricionariedade, pela Administração, não está sujeito ao controle pelo Judiciário, salvo quando esse exercício constituir desvio ou abuso de poder ou de finalidade. Mas ressalta

³⁸⁴ Ementa: Acompanhamento. Aneel. Processo de Revisão Tarifária da Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo SA. Exercício de 2003. Embargos de declaração opostos a acórdão que determinou à agência a inclusão dos efeitos do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio no cálculo do reposicionamento tarifário e nos próximos processos de revisão tarifária. Competência da Aneel de avaliar a conveniência, a oportunidade e a forma mais adequada de considerar tais efeitos nos processos de revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica. Conhecimento. Provimento. Recomendação. Diligência. BRASIL. Tribunal de Constas da União. Acompanhamento. Acórdão 1.756/2004 – Plenário. Processo nº 007.371/2003-5. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Interessados: Interessados: José Mário de Miranda Abdo, Diretor-Presidente da Aneel, e Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. - Eletropaulo. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Revisor: Benjamin Zymler (Revisor) Brasília, DF, 11 de novembro de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

que, embora o controle judicial somente deva ser feito quando tais ocorrências acontecerem, não pode o juiz eximir-se de examinar os atos. Caso o magistrado recuse liminarmente o exame dos atos discricionários, estará deixando de cumprir o seu dever.³⁸⁶

Luís Roberto Barroso, lembrando que a doutrina tradicional não admitia o controle do chamado mérito dos atos discricionários, ressalta que tal pensamento vem cedendo espaço a exceções qualitativamente importantes, geradas pelo que denomina de pós-positivismo jurídico e pela força normativa dos princípios. Ressalta, nesse sentido, a importância que vem alcançando no controle de mérito por princípios que imprimem forte influência sobre o Direito Administrativo, tais como o da razoabilidade, da moralidade, da eficiência. Dessa maneira, não é mais possível afirmar que o ato administrativo discricionário não é mais passível de controle. Isso porque, ao verificar se um determinado ato é, por exemplo, razoável, ou seja, se há adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade, se está realizado um exame de mérito.³⁸⁷

No que concerne às decisões informadas por critérios técnicos, Luís Roberto Barroso recomendou parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e do subjetivismo.³⁸⁸

É justamente sobre a chamada discricionariedade técnica, muito particular aos atos e decisões das agências reguladoras que recaem as maiores polêmicas. Claro está que quanto maior o caráter técnico da decisão, maior a necessidade de conhecimento técnico-científico. Mas tal exigência não exclui que o Judiciário possa examinar e, se for o caso, controlar os referidos atos. Isso porque, além de dispor do auxílio de peritos, no campo da

³⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 216.

³⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. In: BINEMBOJM, Gustavo (Org.) **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 81.

³⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. In: BINEMBOJM, Gustavo (Org.) **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 81.

discricionabilidade técnica não deixa de haver espaço para juízo de conveniência e oportunidade, em grau variado, dependendo do caso sob análise.

Ressalte-se ainda que a emissão de atos e decisões discricionários de ordem técnica visa à concretização das denominadas cláusulas gerais, *standards* e princípios previstos na legislação de hierarquia superior. Caso firmam tais parâmetros, há o comprometimento, por vícios de legalidade, visto que deveriam configurar a materialização, a especificação, dos fins visados por aquelas normas.

Deve ainda sempre ser destacado que quando as agências reguladoras, ao utilizar-se de discricionabilidade técnica, editam normas gerais infralegais, para regular sua própria conduta, vinculam-se às essas normas, constituindo, pois, inobservância do princípio da legalidade administrativa os atos e decisões individuais que venham ferir tais normas. O controle pelo Judiciário da observância dessas normas gerais, ao analisar os atos individuais das agências, tem grande importância, visto que permite impedir favorecimentos, perseguições, decisões sem base técnica etc.

Contudo, ante a concepção do Estado regulador, e com vista a evitar que o Judiciário adentre indevidamente no campo de atuação das agências, exercendo atividades de regulação propriamente dita, há que se preservar ao máximo a autonomia de que dispõe os entes reguladores, sob pena de ferimento do princípio da separação dos poderes.

Portanto, embora todos os atos das agências reguladoras submetam-se ao exame do Judiciário, somente devem ser objeto de correção ou invalidação aqueles que contenham vícios quanto aos elementos do ato, desvio ou excesso de poder, ferimento dos motivos determinantes, ou afronta aos princípios do Direito.

6.6 O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TCU

A Constituição Federal, ao estabelecer que o TCU seja o órgão técnico de auxílio ao Congresso Nacional no controle externo da Administração Pública federal, podendo, para tal fim realizar fiscalizações de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, com vista a aferir a legalidade, legitimidade, economicidade dos atos dos agentes públicos, não discriminou nenhum tipo de ato administrativo.

Assim, tanto os atos vinculados, quando os discricionários estão sob a competência fiscalizatória da Corte de Contas.

No caso das agências reguladoras, parte da doutrina ainda contesta a competência do TCU em fiscalizar as atividades-fim das agências, considerando que sua autonomia. No entanto, tal corrente representa cada vez mais uma minoria, frente à clareza das disposições constitucionais sobre o tema, bem como ao reconhecimento e grande legitimidade da atuação do Tribunal perante os diversos setores da sociedade e dos três Poderes, inclusive as próprias agências.

Por isso, mesmo em relação às agências reguladoras, tem o TCU competência constitucional em examinar e controlar o mérito de seus atos discricionários. Mas o Tribunal, como órgão que acompanha o desenvolvimento da Administração Pública, bem como a evolução da concepção de intervenção estatal na economia, sabe que, segundo o modelo de Estado atual, com atribuições marcadamente reguladoras, cabe às agências reguladoras importantes funções nesse mister. Para isso, o Tribunal tem preservado ao máximo a autonomia de que dispõem as agências, somente adentrando no mérito dos seus atos discricionários, quando as falhas ou omissões não puderem ser corrigidas pela própria agência, ou, tratando-se de ilegalidades, não possa o Tribunal omitir-se de intervir visando à pronta correção o ato.

Além do mais, sabe o Tribunal que há diferenças entre a discricionariedade conferida pelas demais normas legais frente à atribuída às agências reguladoras. Segundo Diogo de Figueiredo, nas demais normas legais, existe discricionariedade, quando elas, mesmo contendo a definição de condutas, abrem espaço de opções para que o administrador público possa integrá-la legitimamente, considerando razões de oportunidade e conveniência. Já quanto às normas que outorgam poder discricionário às agências, não há discricionariedade para a agência integrar a definição das condutas, apenas uma relativa liberdade para ponderar os interesses concorrentes, de modo a atingir resultados eficientes, observando os *standards e* princípios estabelecidos pela lei e pelo próprio Direito³⁸⁹.

Assim, conforme expôs o Ministro Benjamin Zymler, Relator do Acórdão 1703/2004 – Plenário, as decisões das agências reguladoras, desde que motivadas e destinadas à satisfação do interesse público, não são passíveis de reparação pelo TCU, caso sejam adotadas dentro dos limites da autonomia e da discricionariedade técnicas conferidas pela lei àqueles entes. Caso o Tribunal avançasse sobre esses limites, a Corte de Contas abandonaria sua função controladora e assumiria, em verdade, o papel de administrador, substituindo-se às agências³⁹⁰.

Declara ainda o Ministro que se o TCU assim procedesse contribuiria para o agravamento da “incerteza jurisdicional”, que decorre da insegurança gerada pelos múltiplos e conflitantes controles estatais a que ficam sujeitos os investimentos realizados no Brasil. Essa incerteza faz despertar nos investidores a desconfiança e o temor de que os contratos não

³⁸⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 115.

³⁹⁰ Ementa: Auditoria. DNER. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Contrato com a Concessionária Rio-Teresópolis S.A. - CRT. Pedido de reexame interposto pela empresa concessionária contra determinação dirigida à ANTT, acerca da adequação dos valores das tarifas do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis. Conhecimento. Provimento parcial. Alteração da redação do acórdão. Comunicação aos interessados. Competência do TCU para fiscalizar as atividades das agências reguladoras. Formas e limites de atuação. Análise da matéria. BRASIL. Tribunal de Constas da União. Auditoria. Acórdão 1703/2004 – Plenário. Processo nº 006.931/2002-0. Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Interessada: Concessionária Rio-Teresópolis S.A. - CRT. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 3 de novembro de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

serão cumpridos conforme celebrados, o que dificulta ou mesmo inviabiliza os investimentos no País, principalmente os de longo prazo.³⁹¹

Ressalta, porém o Ministro que, no exame dos atos discricionários das agências, caso se verifique vício de ilegalidade, o TCU é competente para avaliá-los e para determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão.³⁹²

Contudo, há de se fazer um adendo ao posicionamento do Ministro, à luz da concepção atual do princípio constitucional da legalidade administrativa. Isso porque, considerando o fato de que os princípios jurídicos ganham cada vez mais força normativa, o controle dos atos discricionários das agências não deve cingir-se à clássica legalidade, ou seja, aos elementos constitutivos do ato (competência, motivo, forma, objeto e finalidade), claro, sem deixar de verificar a existência de abuso ou excesso de poder e a vinculação aos motivos determinantes. Porém, o referido controle deve levar em conta também se o ato discricionário observou o princípio de legalidade administrativa em suas implicações ou decorrências, como os princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado.

³⁹¹ Ementa: Auditoria. DNER. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Contrato com a Concessionária Rio-Teresópolis S.A. - CRT. Pedido de reexame interposto pela empresa concessionária contra determinação dirigida à ANTT, acerca da adequação dos valores das tarifas do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis. Conhecimento. Provimento parcial. Alteração da redação do acórdão. Comunicação aos interessados. Competência do TCU para fiscalizar as atividades das agências reguladoras. Formas e limites de atuação. Análise da matéria. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Acórdão 1703/2004 – Plenário. Processo nº 006.931/2002-0. Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Interessada: Concessionária Rio-Teresópolis S.A. - CRT. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 3 de novembro de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

³⁹² Ementa: Auditoria. DNER. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Contrato com a Concessionária Rio-Teresópolis S.A. - CRT. Pedido de reexame interposto pela empresa concessionária contra determinação dirigida à ANTT, acerca da adequação dos valores das tarifas do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis. Conhecimento. Provimento parcial. Alteração da redação do acórdão. Comunicação aos interessados. Competência do TCU para fiscalizar as atividades das agências reguladoras. Formas e limites de atuação. Análise da matéria. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Acórdão 1703/2004 – Plenário. Processo nº 006.931/2002-0. Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Interessada: Concessionária Rio-Teresópolis S.A. - CRT. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 3 de novembro de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

Além disso, não vale olvidar que no exame dos atos individuais das agências também deve verificar se foram observadas as disposições editadas por elas próprias, em caráter geral, para reger a sua conduta posterior, com vistas a evitar privilégios, atecnias, irregularidades etc.

6.7 AS FISCALIZAÇÕES DO TCU SOBRE AS ATIVIDADES-FIM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Por ser pacífico no seio do TCU de que dispõe de competência constitucional para realizar o controle das atividades-fim das agências reguladoras, tem o Tribunal realizado diversos trabalhos de fiscalização a relacionados.

Deve-se destacar que, ao longo dos anos, por ter atuado no controle das diversas atividades estatais vinculadas à regulação, desde o processo de privatização, passando pela atuação das primeiras agências reguladoras, indo até os processos de outorga e revisão tarifária³⁹³, tem o TCU aumentado sensivelmente sua capacidade de órgão de controle nessa

³⁹³ Em geral, o concessionário de serviço público (ou de obra pública) explora o objeto de contrato mediante tarifas, cobradas diretamente dos usuários. Daí extrai, basicamente, a remuneração lhe corresponde. Isso não exclui a possibilidade de que sejam também previstas outras fontes de recursos para complementar a remuneração do concessionário. No entanto, as tarifas perfazem, em regra, a remuneração básica, tendo em vista que as provenientes de receitas alternativas, complementares ou acessórios ou de projetos associados, tem por finalidade favorecer a modicidade tarifária. O mesmo pode ser dito, quando as tarifas forem subsidiadas pelo concedente. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 722-723.~

Sobre a política tarifária, aí incluído o equilíbrio econômico-financeiro, vale destacar os seguintes dispositivos da Lei nº 8.987, de 13/02/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal:

“Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

área. Por conta disso, tem-se verificado que o grau de legitimidade das atividades desenvolvidas pelo Tribunal tem cada vez mais aumentado, tendo como base o crescente nível técnico das atividades de análise e fiscalização dos atos regulatórios.

A legitimidade dos trabalhos do Tribunal abrange cada vez mais as próprias agências reguladoras, assim como os agentes econômicos, o Judiciário e os usuários. Contempla também o Congresso Nacional, o qual tem solicitado não só a realização de auditorias, mas

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

(...)

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

(...)

IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas”.

O equilíbrio econômico-financeiro configura-se pela relação que se estabelece no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo concessionário e a remuneração que lhe assegura a Administração por meio da referida avença. Para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deverão ser levadas em consideração a tarifa e outras fontes de receitas previstas no edital e no contrato. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 96 e 105.

A Instrução Normativa/TCU nº 43/2002 assim dispõe a respeito da fiscalização, pelo TCU, dos processos de revisão tarifária do setor elétrico:

“Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União compete acompanhar, em todas as suas fases, os processos de revisão tarifária periódica relativos aos contratos de concessão dos serviços distribuição de energia elétrica, conduzidos pelo órgão regulador do setor elétrico.

§ 1º Para os fins do disposto nesta Instrução Normativa, consideram-se as seguintes definições:

I - revisão tarifária periódica: revisão contratual consistente em:

a) reposicionamento das tarifas de fornecimento de energia elétrica em nível compatível com a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão;

b) determinação do fator X, que será aplicado nos reajustes tarifários subsequentes, com o objetivo de compartilhar ganhos de produtividade com os consumidores.

II - reposicionamento tarifário: redefinição do nível de tarifas de energia elétrica da concessionária, considerando a relação entre a receita requerida e a receita verificada, além de outras receitas que contribuem para a modicidade tarifária, com vistas à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

III - fator X: coeficiente percentual a ser aplicado ao índice de variação da inflação que corrige a parcela de custos gerenciáveis da fórmula paramétrica de cálculo do Índice de Reajuste Tarifário – IRT, quando da realização dos reajustes tarifários anuais que ocorrem entre as revisões periódicas; representa o compartilhamento de ganhos de produtividade estimados entre as concessionárias e consumidores;

IV – data contratual da revisão tarifária: data estabelecida no contrato de concessão para o início da vigência do reposicionamento tarifário e do fator X;

V – audiência pública: evento público aberto à participação dos interessados, onde é apresentada, pelo órgão regulador, a proposta de revisão tarifária periódica e a proposta de reestruturação tarifária, que se destina a obter subsídios e informações adicionais para o aprimoramento desses dois processos”.

A Instrução Normativa/TCU nº 46/2004 assim reza sobre o processo de fiscalização, pelo Tribunal, das aprovações de solicitação de revisão, adequação ou reajuste da Tarifa Básica de Pedágio (TBP) nas rodovias federais ou via rodoviárias delegadas pela União:

“Art. 7º O órgão, a entidade federal concedente ou a agência reguladora informará ao Tribunal de Contas da União, com as devidas fundamentações, a ocorrência de qualquer das situações a seguir descritas:

I - aprovação de solicitação de revisão, adequação ou reajuste da Tarifa Básica de Pedágio (TBP), formulada pela concessionária, acompanhadas das planilhas em meio magnético que demonstrem as modificações promovidas no fluxo de caixa, evidenciando o parâmetro ou indicador utilizado para o estabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, previsto no art. 3º, inciso II, alínea 'c' desta instrução”.

também, ao pleitear informações sobre fiscalizações realizadas por iniciativa do próprio Tribunal, tem a Corte de Contas efetivamente materializado sua atuação como órgão auxiliar do Congresso, em matéria de controle externo.³⁹⁴

Para se ter uma ideia da abrangência dos temas abordados nas fiscalizações do TCU relativas às atividades finalísticas das agências reguladoras e da variedade das constatações, apresentam-se a seguir algumas falhas e irregularidades reais, por ramo de atividade econômica³⁹⁵:

a) Setor de Petróleo e Gás Natural:

a.1) acompanhamento das concessões dos blocos: falta de transparência no processo de escolha dos blocos ofertados nas rodadas de licitação da ANP; ausência de regulamentação da aplicação de penalidades para os concessionários e prorrogações indevidas de períodos exploratórios;

a.2) deficiências na área de fiscalização da ANP: falta de rotinas, pessoal e infraestrutura que resultam no baixo número de ações fiscalizatórias; dependência de informações declaratórias dos agentes econômicos (poucas fiscalizações *in loco*) e deficiência na integração com órgãos ambientais para ações de fiscalização.

b) Setor Elétrico:

b.1) revisão tarifária das distribuidoras de energia elétrica: falta de transparência no processo de revisão tarifária periódica; critérios pouco fundamentados para consideração de receitas extraconcessão e necessidade de aprimoramento do cálculo do fator X, que é a parcela por meio da qual se compartilha o ganho de eficiência empresarial com o consumidor;

³⁹⁴ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Enrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 205-206.

³⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **O controle externo das agências reguladoras**: questões relevantes sobre os setores elétrico e de petróleo de gás natural. Brasília: TCU, SEFID, 2003, p. 14-20; BRASIL. Tribunal de Contas da União. **O controle externo das agências reguladoras**: questões relevantes sobre o setor de rodovias, de ferrovias e de transporte rodoviário de passageiros. Brasília: TCU, SEFID, 2005, p. 11-21.

b.2) transmissão de energia: necessidade de mecanismo para repassar aos consumidores possíveis ganhos de alavancagem financeira se a instituição credora for pública e inexistência de mecanismo de repasse, aos consumidores, dos ganhos auferidos com receitas alternativas ao objeto da concessão;

b.3) hidrelétricas: necessidade de aprimoramento do método de cálculo do preço das outorgas;

c) Rodovias Federais:

c.1) controle das outorgas de concessão de rodovias federais: adoção de índices injustificados de fuga (desvio da praça de pedágio para não incorrer no pagamento) e de impedância (diminuição da quantidade de viagens em razão do pedagiamento da rodovia); abordagem incompleta dos aspectos ambientais; restrição à competitividade e inexatidão das situações que ensejariam o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato;

c.2) controle da execução contratual das concessões de rodovias federais: ausência de penalidades contratuais diante do descumprimento de requisitos operacionais; superfaturamento nos preços de insumos e investimentos; falta de motivação de ajustes realizados no fluxo de caixa de concessionárias; não apropriação de receitas acessórias em prol da modicidade tarifária e ganhos injustificados decorrentes de alterações na configuração original da rodovia;

c.3) controle do transporte rodoviário de passageiros: imprecisão dos estudos de viabilidade para licitação de novas linhas; planilha tarifária única para remuneração de todas as empresas do país; linhas outorgadas sem prévia licitação; inexistência de informações para auxiliar na elaboração de políticas públicas para o setor; inadequação do marco regulatório; eliminação do risco do negócio e apropriação exclusiva de ganhos de produtividade pelos operadores do transporte rodoviário de passageiros e adoção de premissa indevida para licitação de novas linhas.

A despeito da grande abrangência dos temas e da variedade das constatações efetuadas, deve ser ressaltado que, no controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o TCU tem procurado atuar de forma complementar, exercendo uma fiscalização denominada de “segunda ordem”, preservando o âmbito de competência dessas entidades públicas.

Conforme tem sido expresso nos Relatórios e Votos que fundamentam as diversas decisões do Tribunal que tratam do controle das atividades-fim das agências reguladoras, no atual cenário institucional, não cabe ao TCU substituir-se à Administração Federal, resolvendo de imediato possíveis omissões ou problemas regulamentares existentes nas concessões, permissões ou autorizações, pois entende que compete às agências solucionar, em primeiro plano, tais inconsistências³⁹⁶. Esse posicionamento do Tribunal tem o objetivo de preservar, não só o princípio da separação das funções estatais, mas também a concepção do denominado Estado regulador, por meio da qual cabe às agências a missão de órgãos de regulação dos diversos setores julgados mais sensíveis da economia. Isso, tendo em vista que, para o desempenho dessa atividade, dispõem as agências de toda um instrumental jurídico e uma estrutura técnico-institucional no sentido de preservar-lhes a autonomia na sua atuação.

Tem claro o TCU que sua competência para fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras, sendo de “segunda ordem”, visa não substituir o órgão regulador, pois caso adentrasse no jogo regulatório propriamente dito, atuaria o Tribunal mais como gestor

³⁹⁶ Ementa: Pedido de reexame. Decisão 1.648/2002-Plenário. Contrato de concessão da rodovia Presidente Dutra. Desmembramento da praça de pedágio de Paratef e criação da praça de pedágio de Jacareí. Determinações dirigidas à ANTT. Elaboração de norma para regular a metodologia de cálculo de receitas auferidas com a alteração na configuração de praças de pedágio. Revisão do contrato de concessão com base na norma a ser elaborada. Pedido de medida cautelar encaminhado pelo Ministério Público Federal. Conhecimento do recurso. Provimento parcial. Indeferimento da medida cautelar. BRASIL. Tribunal de Constas da União. Pedido de Reexame. Acórdão 575/2007 - Plenário. Processo nº 014.824/2000-8. Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT; Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT. Interessados: Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. - Novadutra (CNPJ 00.861.626/0001-92) e José Guilherme Ferraz da Costa, Procurador da República em São José dos Campos. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. Revisor: Augusto Nardes (Revisor) Brasília, DF, 11 de abril de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

dos contratos de outorga do que como órgão de controle externo em auxílio ao Congresso Nacional³⁹⁷.

Tem procurado o Tribunal cingir-se a situações em que houver omissão e falhas dos órgãos reguladores, quando do cumprimento de suas competências legalmente constituídas. Tem o TCU sempre a preocupação de que, como órgão de controle externo, não pode substituir as agências, mas tão somente cingir-se a aspectos extrínsecos e intrínsecos dos processos de análise, revisão e alterações das concessões, atuando por uma ótica sistêmica, sob pena de adentrar em matéria de mérito afeta ao exercício de competências discricionárias do órgão regulador³⁹⁸.

Vale ressaltar que, somente em certas situações, como já exposto, o TCU pode adentrar no mérito dos atos de regulação que tenham caráter discricionário, quando detectar haver incompatibilidade não somente com a lei, mas com o Direito como um todo. Isso porque, apesar de buscar não se imiscuir nas atividades-fim das agências, no âmbito de sua discricionariedade, não pode o Tribunal omitir-se ou corroborar com atos atentatórios à ordem jurídica, ou mesmo que contenham graves falhas.

³⁹⁷ Ementa: Pedido de reexame. Decisão 1.648/2002-Plenário. Contrato de concessão da rodovia Presidente Dutra. Desmembramento da praça de pedágio de Paratef e criação da praça de pedágio de Jacareí. Determinações dirigidas à ANTT. Elaboração de norma para regular a metodologia de cálculo de receitas auferidas com a alteração na configuração de praças de pedágio. Revisão do contrato de concessão com base na norma a ser elaborada. Pedido de medida cautelar encaminhado pelo Ministério Público Federal. Conhecimento do recurso. Provimento parcial. Indeferimento da medida cautelar. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Pedido de Reexame. Acórdão 575/2007 - Plenário. Processo nº 014.824/2000-8. Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT. Interessados: Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. - Novadutra (CNPJ 00.861.626/0001-92) e José Guilherme Ferraz da Costa, Procurador da República em São José dos Campos. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. Revisor: Augusto Nardes (Revisor) Brasília, DF, 11 de abril de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

³⁹⁸ Ementa: Pedido de reexame. Decisão 1.648/2002-Plenário. Contrato de concessão da rodovia Presidente Dutra. Desmembramento da praça de pedágio de Paratef e criação da praça de pedágio de Jacareí. Determinações dirigidas à ANTT. Elaboração de norma para regular a metodologia de cálculo de receitas auferidas com a alteração na configuração de praças de pedágio. Revisão do contrato de concessão com base na norma a ser elaborada. Pedido de medida cautelar encaminhado pelo Ministério Público Federal. Conhecimento do recurso. Provimento parcial. Indeferimento da medida cautelar. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Pedido de Reexame. Acórdão 575/2007 - Plenário. Processo nº 014.824/2000-8. Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT. Interessados: Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. - Novadutra (CNPJ 00.861.626/0001-92) e José Guilherme Ferraz da Costa, Procurador da República em São José dos Campos. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. Revisor: Augusto Nardes (Revisor) Brasília, DF, 11 de abril de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

Considerando não haver discordância no TCU quanto à possibilidade de sindicat as atividades-fim das agências reguladoras, vale informar que a maior divergência no seio do Tribunal trata dos limites de sua atuação no controle dessas atividades, assunto a ser analisado adiante.

6.8 AS CONCEPÇÕES NO TCU QUANTO AOS LIMITES DO CONTROLE DAS ATIVIDADES-FIM DAS AGÊNCIAS PELO TRIBUNAL E SUA ANÁLISE CONFORME O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.

Conforme já afirmado, não há dúvidas no TCU de que dispõe de competência para controlar as atividades-fim das agências reguladoras e, assim o vem fazendo há vários anos. Contudo, há divergências no Tribunal, envolvendo Ministros, Membros do Ministério Público junto à Corte, unidades técnicas e auditores quanto à forma de deliberar sobre as medidas a serem adotadas para corrigir as falhas e omissões encontradas nos atos apreciados pela Corte de Contas.

A divergência refere-se aos atos reguladores discricionários das agências, pois é pacífico o entendimento de que, no caso de atos vinculados, em caso de constatação de falhas ou ilegalidades, tem o Tribunal o dever de determinar a sua correção. Quanto aos atos discricionários, analisando-se os Acórdãos do TCU, constata-se a existência de duas correntes com posicionamentos opostos. Isso, quando se trata do controle do mérito desses atos administrativos referentes às atividades-fim das agências reguladoras, em cujo conteúdo, apesar de seu caráter técnico, também esteja envolvido o exame da conveniência e oportunidade da prática do ato pelo administrador.

Nesse sentido, ressaltando a existência de destacada autonomia das agências reguladoras, uma corrente defende que, ao detectar falhas ou omissões nos atos ligados às atividades-fim, que tenham caráter discricionário, deve o Tribunal expedir apenas

recomendações (que possuem caráter não compulsório), nos termos do art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, para a melhoria do desempenho, ficando ao alvedrio da direção das agências cumprir ou não tais recomendações.

Porém, a outra corrente sustenta que, em que pese a autonomia das agências, ao detectarem-se falhas ou omissões nos seus atos regulatórios discricionários, dependendo do caso, levando em conta a relevância e tipo da ocorrência, devem ser expedidas determinações para a adoção de providências corretivas (essas compulsórias), sujeitando-se o responsável à aplicação de multa pelo Tribunal em caso de descumprimento, nos termos do art. 58, inciso IV, da Lei nº 8.443, de 16/07/1992.

Analisando a jurisprudência do TCU, chega-se à conclusão de que o Tribunal tem privilegiado a formulação de recomendações, em vez de determinações, no controle das atividades finalísticas das agências, quando se trata de atos discricionários. Tal posicionamento pode ser expresso pelo conteúdo do Voto do Ministro Relator Benjamin Zymler que fundamentou o Acórdão 1703/2004 – Plenário. Nele afirma que, ao exercer o controle externo das concessões de serviços públicos, o TCU depara-se com dois tipos de atos praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários. Declara que quando os atos supostamente irregulares forem do primeiro tipo, o Tribunal pode determinar às agências que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades constatadas. Contudo, quando se tratar de atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, o Tribunal pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas pelas agências as mais adequadas. Defende tal posicionamento afirmando que, nessa última hipótese, a lei conferiu ao administrador uma margem de liberdade, a qual não pode ser eliminada pelo TCU³⁹⁹.

³⁹⁹ Ementa: Auditoria. DNER. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Contrato com a Concessionária Rio-Teresópolis S.A. - CRT. Pedido de reexame interposto pela empresa concessionária contra determinação dirigida à ANTT, acerca da adequação dos valores das tarifas do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis. Conhecimento. Provimento parcial. Alteração da redação do acórdão. Comunicação aos

Declara ainda o Ministro que há também um campo de discricionariedade técnica dentro do qual as agências reguladoras devem agir com autonomia. Destaca, porém, que essa ação autônoma não pode, confundir-se com o arbítrio, uma vez que no exercício dessa autonomia as agências estão, por imposição constitucional (art. 175, parágrafo único, inciso IV), obrigadas a manter um serviço adequado. Lembra que a prestação de um serviço público adequado representa, pois, o interesse público a ser perseguido na concessão e que, de acordo com o § 1º do artigo 6º da Lei nº 8.987/1995, é o serviço que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.⁴⁰⁰

Frisa o Ministro que a autonomia técnica das agências reguladoras tem como objetivo satisfazer, a um só tempo, todas as condições que caracterizam o serviço público adequado. Destaca, porém, que não é tarefa fácil satisfazer simultaneamente todas as condições que caracterizam o serviço adequado, e que constitui um grande desafio ponderar numerosas, complexas e dinâmicas variáveis, geralmente de caráter técnico e específico. Por tal motivo é atribuído às agências reguladoras o poder de trabalhar com essas variáveis com a flexibilidade necessária à consecução do serviço público adequado.⁴⁰¹

interessados. Competência do TCU para fiscalizar as atividades das agências reguladoras. Formas e limites de atuação. Análise da matéria. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Acórdão 1703/2004 – Plenário. Processo nº 006.931/2002-0. Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT Interessada: Concessionária Rio-Teresópolis S.A. - CRT. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 03 de novembro de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

⁴⁰⁰ Ementa: Auditoria. DNER. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Contrato com a Concessionária Rio-Teresópolis S.A. - CRT. Pedido de reexame interposto pela empresa concessionária contra determinação dirigida à ANTT, acerca da adequação dos valores das tarifas do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis. Conhecimento. Provimento parcial. Alteração da redação do acórdão. Comunicação aos interessados. Competência do TCU para fiscalizar as atividades das agências reguladoras. Formas e limites de atuação. Análise da matéria. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Acórdão 1703/2004 – Plenário. Processo nº 006.931/2002-0. Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT Interessada: Concessionária Rio-Teresópolis S.A. - CRT. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 03 de novembro de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

⁴⁰¹ Ementa: Auditoria. DNER. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Contrato com a Concessionária Rio-Teresópolis S.A. - CRT. Pedido de reexame interposto pela empresa concessionária contra determinação dirigida à ANTT, acerca da adequação dos valores das tarifas do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis. Conhecimento. Provimento parcial. Alteração da redação do acórdão. Comunicação aos

Em Acórdão mais recente, o de nº 715/2008 – Plenário, o Voto do Ministro Relator Augusto Nardes reitera o posicionamento supra, afirmando que, na fiscalização das agências reguladoras, o TCU decidiu somente ser cabível a adoção de determinações em caso de atos vinculados. Nesse sentido, afirma que sempre que a lei e o regulamento abrirem campo para a deliberação autônoma do ente regulador, e não se caracterizem ilegalidades nas decisões das agências reguladoras, o Tribunal somente lhes endereça recomendações, respeitando-lhes inclusive a faculdade de avaliar a oportunidade e a conveniência de adotar – ou não – as sugestões assim formalizadas. Ressalta que essas recomendações são feitas em caráter de colaboração, sem qualquer vezo coercitivo, de forma a respeitar os limites de competências técnica e regulamentar que estão assegurados por lei ao ente regulador.⁴⁰²

Nesse sentido, corrobora-se também com o posicionamento de respeitar ao máximo a autonomia das agências reguladoras, em seus atos de caráter discricionário, até porque a flexibilidade outorgada aos administradores das agências é fator essencial à dinâmica das atividades regulatórias.

No entanto, não se pode esquecer que, em sendo os atos regulatórios das agências espécies do gênero atos administrativos, não podem ferir o princípio constitucional da legalidade administrativa, devendo, pois, serem analisados à luz da concepção atual, em que além dos elementos do ato, devem ser aferida a sua compatibilidade com os princípios decorrentes da legalidade.

interessados. Competência do TCU para fiscalizar as atividades das agências reguladoras. Formas e limites de atuação. Análise da matéria. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Acórdão 1703/2004 – Plenário. Processo nº 006.931/2002-0. Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT Interessada: Concessionária Rio-Teresópolis S.A. - CRT. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 03 de novembro de 2004. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

⁴⁰² Ementa: Acompanhamento. Revisão tarifária, pela ANTT, do transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros em percursos superiores a 75 km. Conhecimento. Regularidade de atos inerentes à atividade finalística da agência reguladora. Controle externo de segunda ordem. Oportunidades de melhoria. Recomendações. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento. Acórdão 715/2008 – Plenário. Processo nº 003.183/2006-1. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: Augusto Nardes. Brasília, DF, 23 de abril de 2008. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

Além disso, deve ser ressaltado que há de ser verificado se em seus atos individuais obedeceu a atos normativos gerais expedidos, com base na lei, para reger a conduta da agência.

Também deve ser levado em conta que o controle dos atos discricionários cada vez mais se amplia, ante a força normativa crescente dos princípios jurídicos, o que faz considerar que afastar previamente a correção impositiva de atos, meramente, por serem discricionários, não se coaduna com a os fins da interpretação baseada em princípios.

Nesse sentido, reproduzo o pensamento de Gustavo Binbenbojm de que o controle da discricionariedade tendo por base princípios chega a operar verdadeira revolução na histórica classificação dos atos administrativos, como vinculados ou discricionários, pois a constitucionalização do Direito deu ensejo à incidência direta dos princípios constitucionais sobre os atos administrativos não diretamente vinculados pela lei. Assim, não há espaço decisório da Administração que seja externo ao Direito, nem tampouco nenhuma margem de decisão administrativa totalmente imune à incidência dos princípios constitucionais⁴⁰³.

Vale ainda lembrar que, mesmo quando se trata de discricionariedade técnica, na grande maioria dos casos, a agência reguladora poderá escolher entre um elenco de alternativas reciprocamente excludentes entre si, em que, para decidir por uma delas, terá de utilizar juízo de conveniência e oportunidade⁴⁰⁴, os quais estão sujeitos ao controle pelo TCU.

Cabe destacar que o foco das divergências entre as correntes do TCU são propostas formuladas pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização (Sefid), advindas das fiscalizações realizadas nos atos regulatórios das agências reguladoras. Especificamente, quando a Sefid propõe determinações para correção de falhas, omissões e, por vezes, mesmo até irregularidades, propostas essas que, quando submetidas à análise do corpo de Ministros,

⁴⁰³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 314.

⁴⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 528.

dão origem a polêmicas: alguns concordando com a Unidade Técnica, outros optando por transformar as propostas de determinação em recomendação.

Parece estabelecer-se entre a Unidade Técnica e alguns Ministros do Tribunal, apesar do tratamento respeitoso entre ambos, uma verdadeira dicotomia quanto à concepção de controle do TCU para com as agências reguladoras. Enquanto a Sefid, respaldada no conhecimento técnico e prático de seus auditores, adquirido nos diversos trabalhos de fiscalização das agências, detecta falhas e mesmo incompatibilidades com a lei e o Direito⁴⁰⁵ nos seus atos reguladores e propõe aos Ministros que formulem determinações para corrigi-las; alguns Ministros, por vezes, adotam posição política e, privilegiando, exacerbadamente, a autonomia das agências, optam por formular apenas recomendações, quando técnica e juridicamente caberiam determinações. Tal situação, diga-se de passagem, caso venha a ser avassaladoramente dominante, pode por em risco a legitimidade e a autoridade adquiridos pelo TCU, pela falta de compulsoriedade que, técnica e juridicamente, deveria ser imanente a certas decisões.

Conforme já informado, tem-se verificado que a corrente que defende a formulação de recomendações tem preponderado. Ressalte-se, porém, que em diversas situações estabelecem-se franco debate entre as duas correntes e, por vezes, o Tribunal tem reformado seu entendimento ou mesmo acatado a proposta da Sefid e proferido determinações.

Nesse sentido, adiante serão expostos algumas dessas situações, em que houve importantes divergências, retiradas de casos concretos, retratados em Acórdãos do Tribunal. Na oportunidade, será feita a respectiva análise dos posicionamentos adotados, à luz da concepção atual do princípio constitucional da legalidade administrativa, com vista a

⁴⁰⁵ A compatibilidade com a “a lei e o Direito”, expressa, de modo resumido, a noção atual do princípio da legalidade administrativa exposta nesta dissertação. Tal expressão foi também utilizada por Vladimir da Rocha França, ao afirmar que “A atual Administração deve ser conforme a lei o Direito. Atualmente, a legalidade administrativa é praticamente sinônimo de juridicidade administrativa”. FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Melheiros, 2007, p. 57.

contribuir para definirem-se quais os limites da atuação do TCU sobre as atividades-fim das agências reguladoras:

a) No Acórdão 272/2007 - Plenário⁴⁰⁶, que tratou do processo de revisão tarifária da Light, ocorrido em 2003, nos Relatórios e Votos que fundamentaram esse Acórdão, verificou-se acirrada polêmica entre o Ministro Relator e o Representante do Ministério Público junto ao TCU sobre a proposta de que a Aneel incluísse, no cálculo da revisão tarifária, os efeitos de benefício fiscal previsto na Lei 9.249/95, decorrentes da distribuição aos acionistas de juros sobre o capital próprio. A polêmica envolveu discussões versando se a agência estaria vinculada ou não à norma anteriormente expedida por ela, e se ao TCU caberia apenas recomendar ou poderia determinar a adoção de providências corretivas.

Um dos principais focos de divergência verificou-se em face do poder conferido às agências reguladoras de emitir normas reguladoras. Ao editar tais normas, usando de discricionariedade técnica devidamente justificada, vinculam-se as agências a tais normas, poderiam as agências descumprir seus próprios atos gerais? Qual o limite de sua discricionariedade?

O Ministro Relator Benjamin Zymler votou no sentido de que TCU somente deveria recomendar à Aneel que, no estudo específico que aquela entidade vinha conduzindo, para fins de revisão tarifária periódica, avaliasse a oportunidade, a conveniência e a forma mais

⁴⁰⁶ Ementa: Acompanhamento. ANEEL. Processo de revisão tarifária da Light Serviços de Eletricidade S. A. Exercício de 2003. Presumidas inconsistências metodológicas relativas ao cálculo do fator X. Desconsideração do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio. Fixação de reposicionamento tarifário supostamente acima do devido. Determinação. Remessa de cópia ao Congresso Nacional e interessados. Embargos de Declaração. Competência discricionária da Aneel para determinar a oportunidade, a conveniência e a forma mais adequada de consideração desse benefício. Conhecimento. Provimento parcial. Recomendação. Comunicação. Encaminhamento dos autos à Serur. Novos Embargos de Declaração. Conhecimento. Não provimento. Comunicação. Encaminhamento dos autos à Serur. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento. Acórdão 272/2007 - Plenário. Processo nº 016.128/2003-2. Entidade: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. Interessados: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União e José Mário de Miranda Abdo - Diretor-Presidente da Aneel. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 7 de março de 2007. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

adequada de considerar os efeitos do benefício fiscal decorrentes da distribuição de juros sobre o capital próprio, na forma prevista na Lei 9.249/1995.

Em seu Voto, o Ministro Relator alegou que não se poderia afirmar que a Aneel tenha incorrido em erro de cálculo, ao não considerar os efeitos do benefício fiscal. A uma, porque, consoante demonstrado, ela estava desenvolvendo os estudos necessários a essa consideração. A duas, porque a revisão tarifária sob análise possui caráter provisório e a própria agência afirmou que, caso esses estudos indiquem a necessidade de alteração da tarifa fixada, o valor estipulado seria modificado, visando evitar prejuízos aos usuários. A três, porque a elaboração de estudos e a fixação de tarifas provisórias não significam uma opção regulatória arbitrária ou que viole o devido processo legal.

Por sua vez, o Membro do Ministério Público junto ao TCU, Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, corroborando proposta inicialmente feita pela Sefid, defendeu que o TCU deveria determinar à Aneel que adotasse as providências necessárias para incluir, no cálculo do reposicionamento tarifário da Light do ano de 2003, os efeitos do benefício fiscal previsto na Lei 9.249/95.

Afirmou o Procurador que, se a agência reguladora não estiver adstrita às premissas por ela mesma estabelecidas para o reposicionamento tarifário, então cumpre indagar: em que estaria fundamentado o reposicionamento? Alegou que as opções regulatórias não podem ser arbitrárias. São discricionárias, mas exigem fundamentação e coerência técnica. Decisões discricionárias que discrepam de sua própria fundamentação são em verdade arbitrárias e violam o devido processo legal a que têm direito todos os agentes envolvidos e interessados no reposicionamento tarifário.

Após as divergências apresentadas, no Acórdão, prevaleceu a posição de apenas recomendar à Aneel que, no estudo específico que aquela agência vinha conduzindo no contexto do processo de revisão tarifária periódica, avaliasse a oportunidade, a conveniência e

a forma mais adequada de consideração dos efeitos do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio, na forma prevista na Lei nº 9.249/1995.

Analisando-se o referido Acórdão, concorda-se com a posição externada pelo Membro do Ministério Público junto ao TCU, no sentido de que se a Aneel estabeleceu em norma precedente, de caráter geral, que a remuneração devida às concessionárias seria o custo médio ponderado de capital da empresa de referência, depois de exercida sua competência discricionária, nada mais restaria à agência a não ser calcular, dentro do maior rigor e discernimento técnico possível, o correto custo de capital a ser empregado na revisão tarifária.

Ao editar a norma, exauriu-se, portanto, o espaço discricionário do regulador. Vinculou-se a Aneel à sua escolha, amplamente justificada, devendo ser aplicada a teoria dos motivos determinantes. Não poderia a agência desviar-se do modelo escolhido por ele própria, muito menos descaracterizá-lo, trocá-lo por outro, ou deixar de implementá-lo para, secretamente, implementar outro pelo qual tenha preferência. Cabia-lhe, tão somente, apurar o correto custo de capital próprio, exatamente nos termos da metodologia por ela definida.

Além disso, ao editar, usando de sua discricionariedade, norma técnica de caráter geral, devidamente justificada, para reger sua conduta posterior, a Agência não poderia em ato individual, descumpri-la, pois se vinculou aos parâmetros, exigências e motivos estipulados naquela norma técnica.

Assim, verifica-se que houve, por parte da Agência, descumprimento do princípio da legalidade administrativa, ao descumprir a teoria dos motivos determinantes e ao inobservar norma técnica por ela editada.

Além do mais, ao descumprir norma geral por ela editada, norma a qual deve ter sido submetida à apreciação de agentes econômicos e consumidores, executando ato administrativo em desconformidade com essa norma, descumpriu a Agência o devido processo legal de elaboração de atos normativos, caracterizado pela realização de consultas

aos agentes, aos consumidores e à sociedade. Isso inquina por vício processual e de legitimidade o ato do ente regulador.

Por tais motivos, deveria o TCU ter formulado determinação à Aneel, no sentido de que efetuasse a correção de erro de cálculo cometido, aplicando o modelo de reposicionamento tarifário por ela mesmo estabelecido.

Por se tratar de ato que violou um princípio jurídico, deveria o TCU ter determinado a correção do ato ilegal e não apenas recomendado que fossem verificada a conveniência e oportunidade de efetuar os ajustes nos estudos que a Agência estava desenvolvendo.

b) No Acórdão 131/2010 – Plenário⁴⁰⁷, que versou sobre o processo de acompanhamento do leilão para contratação de energia proveniente da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Rio Xingu, com posterior outorga de concessão de uso de bem público, no Relatório e Votos que fundamentaram esse Acórdão, verificou-se divergência entre as posições de dois Ministros do TCU.

A dissonância versou sobre proposta formulada pela Sefid de que fosse determinada à Aneel que, para os próximos leilões, aprimorasse os critérios de análise para a aprovação dos Estudos de Viabilidade Técnica, de modo a exigir maior qualidade e detalhamento dos estudos, para a adequada caracterização dos empreendimentos que subsidiam as licitações de concessão de aproveitamentos hidrelétricos, e que, no prazo de sessenta dias, apresentasse relatório de diagnóstico e propostas de alterações ao TCU. A proposta da Sefid deveu-se ao fato de terem sido constatadas por ela diversas falhas nos referidos estudos, que comprometiam a correta caracterização do empreendimento e a estimativa do valor

⁴⁰⁷ Ementa: Leilão para contratação de energia nova. UHE de Belo Monte. Acompanhamento do 1º estágio. Análise preliminar. Análise dos estudos econômico-financeiros, dos estudos de impacto e licenciamento ambiental e de aspectos relacionados a projeto e custos das obras. Determinações e recomendações BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento. Acórdão 131/2010 - Plenário. Processo nº 017.309/2009-1. Entidades: Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel; Empresa de Pesquisa Energética - EPE; e Ministério de Minas e Energia - MME. Interessados: Nelson José Hubner Moreira, Diretor-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica; Maurício Tiomno Tolmasquim, Presidente de Pesquisa Energética; e Edison Lobão, Ministro de Minas e Energia. Relator: José Múcio Monteiro. Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2010. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

econômico-financeiro do negócio, utilizada para definir o valor máximo da tarifa, para fins de leilão. Ressalte-se que essa tarifa-teto deve, caso não haja competição no leilão, proteger a modicidade tarifária e, ao mesmo tempo, garantir uma lucratividade normal, de mercado, ao empreendedor.

Enquanto o Ministro-Relator José Múcio Monteiro votou por que fosse prolatada apenas uma recomendação, o Ministro Walton Alencar Rodrigues, corroborando a proposta da Sefid, votou no sentido de que fosse feita determinação. Nesse sentido, a discordância tratou da forma de atuação do TCU ante a verificação de falhas de natureza grave em estudos de viabilidade técnica: se deveria apenas fazer uma recomendação, ou se caberia uma determinação, que tem caráter compulsório.

Assim, o Ministro Relator José Múcio Monteiro votou no sentido de que o TCU deveria fazer recomendação à Aneel, para que nos próximos leilões, aprimorasse os critérios de análise para a aprovação dos Estudos de Viabilidade Técnica, de modo a exigir maior qualidade e detalhamento desses estudos, que subsidiam as licitações de concessão de aproveitamentos hidrelétricos, com vistas à adequada caracterização dos empreendimentos.

Alegou o Ministro Relator, apesar reconhecer que o próprio TCU já havia considerado que as medidas propostas eram relevantes, que, por estarem sujeitas à discricionariedade da direção da Aneel, essa deveria avaliar a conveniência da adoção das medidas ali sugeridas.

Já o Ministro Walton Alencar Rodrigues defendeu e votou que fosse formulada determinação à Aneel para que, nos próximos leilões, aprimorasse os critérios de análise para a aprovação dos Estudos de Viabilidade Técnica, de modo a exigir maior qualidade e detalhamento deles, para possibilitar a adequada caracterização dos empreendimentos que subsidiam as licitações de concessão de aproveitamentos hidrelétricos. Além disso, propôs

que fosse determinado que, no prazo de sessenta dias, a Agência apresentasse relatório de diagnóstico e propostas de alterações ao Tribunal.

Alegou o Ministro Walton Alencar Rodrigues que os Estudos de Viabilidade Técnica do empreendimento (EVTE), para alcançar os objetivos a que se propõem, devem respeitar uma série de pré-condições, tais como: I) a tecnologia considerada nos estudos deve ser compatível com as usualmente adotadas pelo mercado; II) os preços e quantitativos usados para a estimativa dos investimentos e custos de manutenção devem refletir ao máximo os valores que o concessionário deverá encontrar no mercado e as características do empreendimento. Por isso, as premissas financeiras do EVTE devem ser razoáveis e estabelecidas com base em metodologias cientificamente estabelecidas. Acrescentou que, caso não sejam observadas estritamente essas pré-condições, corre-se o risco de se ter uma peça de ficção, sem nenhuma correlação com a realidade do negócio.

Afirmou também que somente por meio de um EVTE adequadamente calculado, poderá o TCU desempenhar seu papel no acompanhamento de concessões, de modo que possa verificar o cumprimento da lei, os riscos da concessão, as questões relacionadas à modicidade tarifária etc. Nesse sentido, declarou que essa peça é essencial ao Tribunal e deve ser feita com todo o cuidado necessário. Asseverou que os estudos apresentados pela Empresa de Pesquisa Energética e a Aneel contêm falhas merecedoras de correções. Afirmou que algumas dessas correções fogem à discricionariedade da Agência, tendo em vista ferirem premissas de matemática financeira e, portanto, são inconsistências que transgridem as regras do próprio método escolhido. Asseverou que, ao se observarem erros desse tipo, não pode o TCU dar a opção ao agente de corrigi-lo se assim o quiser, pois isso pode desqualificar o próprio EVTE apresentado, motivo pelo qual, nesse caso, cabe a formulação de determinação.

Contudo, prevaleceu no Acórdão a posição de apenas recomendar a Aneel que, para os próximos leilões, aprimorasse os critérios de análise para a aprovação dos Estudos de

Viabilidade Técnica, de modo a exigir maior qualidade e detalhamento dos estudos, com vista à adequada caracterização dos empreendimentos que subsidiam as licitações de concessão de aproveitamentos hidrelétricos.

Analisando-se o teor das divergências expostas, bem como o Acórdão, pode-se afirmar que os Estudos de Viabilidade Técnica do empreendimento são muito importantes, pois se prestam a determinar a correta caracterização do empreendimento e a estimativa do valor econômico-financeiro do negócio, para que possa ser definido o valor máximo da tarifa (tarifa-teto) para fins de leilão. Por isso, sua elaboração tem de ser feita com muito rigor, cumprindo metodologia científica, sob pena de transformar-se em uma peça de ficção.

Ao terem sido constatadas várias e importantes falhas na elaboração desses Estudos, incorrendo não só no descumprimento de regras do próprio método escolhido pela Agência, assim como em inconsistências no que concerne a premissas de matemática financeira, ocorreram vícios cuja correção não poderia ficar sujeitos à discricionariedade da Agência.

Ao editar atos ou normas gerais para reger sua própria conduta, a Agência vincula-se a eles, não podendo descumpri-los, sob pena de ferir o princípio da legalidade administrativa. Verifica-se que foi também inobservado esse princípio, ao se admitir que erros matemáticos fossem aceitos, sem correção, o que constituiu conduta não razoável, tendo em vista os Estudos de Viabilidade Técnica respaldarem-se em metodologia científica.

Ante tais falhas, as quais, além de comprometer a aferição da tarifa-teto do leilão, prejudicam os próprios trabalhos de controle do TCU, não tinha o administrador da Agência a discricionariedade de verificar a conveniência de corrigi-las, tinha o dever de fazê-lo. Por tal motivo, deveria o Tribunal ter formulado determinação para a adoção das providências corretivas cabíveis e não mera determinação.

c) No Acórdão 575/2007 – Plenário⁴⁰⁸, que tratou de Pedido de Reexame contra Decisão proferida em processo que teve por origem uma inspeção realizada na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), relacionada ao contrato de concessão da Rodovia Presidente Dutra, também ocorreram divergências entre as posições dos Ministros. A inspeção teve o objetivo de verificar se o benefício oferecido aos usuários, na forma da redução do pedágio, advindo do desmembramento da praça de pedágio de Parateí - SP e a criação da praça de pedágio de Jacareí - SP foi calculado na justa medida de manter inalterado o equilíbrio financeiro do contrato, sem proporcionar ganhos injustificados à concessionária. Visou também aferir se as adequações e revisões efetuadas no contrato, desde o início, preservaram o equilíbrio financeiro original e a modicidade das tarifas.

Como resultado da inspeção, o TCU apurou que as modificações advindas da instalação da nova praça de pedágio ocasionaram uma diminuição no risco de tráfego assumido pela Concessionária e gerou a obtenção indevida de ganhos econômicos para ela, sem que esses fossem repassados aos usuários, conforme se interpreta analisando-se o edital da licitação, o contrato e o Programa de Exploração da Rodovia (PER).

Diante dessa constatação, e ante a falta de clareza do contrato de concessão (Contrato PG-137/95-00) e de lacunas nas disposições para regular a situação específica ocorrida na Rodovia, ou seja, quanto à alteração da configuração das praças de pedágio e à destinação a

⁴⁰⁸ Ementa: Pedido de Reexame. Decisão 1.648/2002-Plenário. Contrato de concessão da rodovia Presidente Dutra. Desmembramento da praça de pedágio de Parateí e criação da praça de pedágio de Jacareí. Determinações dirigidas à ANTT. Elaboração de norma para regular a metodologia de cálculo de receitas auferidas com a alteração na configuração de praças de pedágio. Revisão do contrato de concessão com base na norma a ser elaborada. Pedido de medida cautelar encaminhado pelo Ministério Público Federal. Conhecimento do recurso. Provimento parcial. Indeferimento da medida cautelar. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Pedido de Reexame. Acórdão 575/2007 – Plenário. Processo nº 014.824/2000-8. Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - Dnit. Interessados: Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. - Novadutra (CNPJ 00.861.626/0001-92); José Guilherme Ferraz da Costa, Procurador da República em São José dos Campos. Relator: AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI. Revisor: AUGUSTO NARDES. Brasília, DF, 11 de abril de 2007. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

ser dada à receita originada do incremento de tráfego, verificaram-se divergências entre o Ministro Relator e o Ministro Revisor, quanto à forma de avaliar a irregularidade, bem como sobre o teor da medida a ser proposta para saná-la.

Nesse sentido, enquanto o Ministro Relator Augusto Sherman Cavalcanti defendeu e votou para que fossem formuladas determinações à ANTT, no sentido de destinar os ganhos obtidos em favor somente dos usuários; o Ministro Revisor Augusto Nardes sustentou e votou que fosse efetuada determinação à Agência para que ela adotasse providências para resolver as questões, sob sua discricionariedade. Nesse sentido, o Ministro Revisor, sem determinar previamente que destino dar aos ganhos obtidos, admitiu a hipótese de distribuição das vantagens entre a concessionária e a melhoria dos serviços e/ou cumulativamente com a redução de tarifas para os usuários.

Os motivos das divergências entre as posições dos Ministros são, além da avaliação do que seja discricionariedade e de seus limites, a diferença de concepção quanto à forma de atuação do TCU diante de atividades-fim das agências reguladoras.

Assim, o Ministro Relator Augusto Sherman Cavalcanti votou no sentido de que, no prazo de cento e oitenta dias, a ANTT promovesse o cálculo e a respectiva revisão do contrato de concessão firmado com a concessionária Nova Dutra. Para isso, deveria a Agência incorporar ao fluxo de caixa o adicional de tráfego gerado na praça de pedágio original de Parateí, em razão do desmembramento desta e do deslocamento da praça de Parateí Norte, e, ainda, do desmembramento e criação que originou a praça de Jacareí, garantindo, então, o repasse integral do benefício aos usuários, na forma de redução de tarifa, ressalvadas as despesas vinculadas às modificações implementadas.⁴⁰⁹

⁴⁰⁹ Alegou o Ministro Relator, em resumo, que:

- as alterações nas praças de pedágio não tiveram por motivo ou finalidade a eliminação de eventual desequilíbrio no contrato de concessão, uma vez que não ficou comprovado ter ocorrido desequilíbrio ou alguma das hipóteses que pudessem ensejar o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro;

Concluiu, afirmando que ter ficado caracterizado, no processo sob análise, que o contrato de concessão vem sendo irregularmente executado, visto que a Concessionária vem

-
- embora a concessionária tenha alegado que modificações realizadas teriam sido baseadas em cláusula do Programa de Exploração da Rodovia (PER), foi constatado pela Sefid que, em análise do contrato de concessão, que não há cláusula do PER que amparasse as alterações feitas nas praças de Parateí e Jacareí;
 - o fundamento jurídico aplicável à alteração da configuração de praças de pedágio, no caso em exame, é tão somente o atendimento ao interesse público, conforme disposto nas cláusulas 5ª, alínea “a”, e 206, inciso I, do contrato de concessão. Isso impõe que tanto a motivação da alteração, como o resultado que se espera alcançar com ela estejam permeados pelo interesse público. Ou seja, a alteração do contrato deve ser fundamentada em um motivo público e visar a uma finalidade pública. Assim, em que pese não devam impor perdas ou prejuízos ao particular contratado, também, pela mesma razão, não lhe deveriam propiciar vantagens econômicas, salvo se estas, no caso concreto, configurarem o interesse público a ser atendido;
 - o benefício público decorrente da modificação das praças de pedágio no contrato em tela deve estar vinculado ao motivo público alegado (situação de fato) e à finalidade pública perseguida (resultado), devendo ser destinado integralmente ao usuário;
 - o benefício público pode abranger providências como a redução do valor da tarifa, a realização de obras de melhoria na rodovia e a prestação de serviços de assistência ao usuário, entre outras possibilidades, que tornem o serviço adequado nos termos do art. 6º da Lei 8.987/95;
 - não havendo comprovação da vinculação, necessidade, razoabilidade e utilidade de novas obras e/ou melhorias na prestação de serviço de assistência ao usuário, então a receita adicional gerada em decorrência das alterações deverá ser integralmente destinada para a redução tarifária;
 - no caso do desmembramento da praça de pedágio de Parateí, documentos expedidos pelo Poder Concedente e pela Concessionária à época demonstram que: I) o motivo público alegado para a alteração foi a necessidade de eliminar as rotas de fuga ao pedágio, para evitar a sobrecarga da malha rodoviária vizinha e aumento do risco de acidentes, assim como a desigualdade na assunção dos custos de pedágio entre os usuários da rodovia; II) a finalidade pública pretendida pela alteração foi promover maior segurança e equidade, tanto no fluxo de trânsito como na distribuição dos encargos entre os usuários. Além disso, foi acordado pelas partes (Poder Concedente e Concessionária), que a receita advinda do acréscimo de tráfego gerado deveria ser aplicada em benefício público por meio da realização de melhorias na rodovia, incluindo a realização de determinadas obras, e da redução da tarifa;
 - no caso da criação da praça de pedágio de Jacareí, os elementos colhidos dão conta que: I) o motivo público alegado foi a necessidade de reduzir os custos dos fretes e o fato de que muitos usuários utilizavam a rodovia sem pagar o pedágio, enquanto outros arcavam integralmente com a tarifa; II) a finalidade pública consistiu, pois, na promoção de maior justiça tarifária, por meio da integração dos usuários não pagantes, e da repartição de custos; III) o benefício público pretendido foi a redução dos valores da tarifa; por conseguinte, a receita decorrente do incremento de tráfego resultante dessa alteração deveria ser exclusivamente pública e aplicada na promoção da modicidade da tarifa;
 - não se constatou a existência de fundamentos jurídicos ou fáticos capazes de amparar a pretensão da Concessionária de auferir a receita advinda do acréscimo de tráfego ocasionado pelo desmembramento da praça de pedágio de Parateí e pela criação da praça de Jacareí;
 - o desmembramento da praça de pedágio de Parateí e a criação da praça de pedágio de Jacareí não se constituíram em atos discricionários do Poder Concedente, uma vez que objetivaram o atendimento ao interesse público.

Ementa: Pedido de Reexame. Decisão 1.648/2002-Plenário. Contrato de concessão da rodovia Presidente Dutra. Desmembramento da praça de pedágio de Parateí e criação da praça de pedágio de Jacareí. Determinações dirigidas à ANTT. Elaboração de norma para regular a metodologia de cálculo de receitas auferidas com a alteração na configuração de praças de pedágio. Revisão do contrato de concessão com base na norma a ser elaborada. Pedido de medida cautelar encaminhado pelo Ministério Público Federal. Conhecimento do recurso. Provimento parcial. Indeferimento da medida cautelar. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Pedido de Reexame. Acórdão 575/2007 – Plenário. Processo nº 014.824/2000-8. Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - Dnit. Interessados: Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. - Novadutra (CNPJ 00.861.626/0001-92); José Guilherme Ferraz da Costa, Procurador da República em São José dos Campos. Relator: AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI. Revisor: AUGUSTO NARDES. Brasília, DF, 11 de abril de 2007. TCU. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

auferindo parte das receitas adicionais originadas das reconfigurações da praça de pedágio de Parateí, sem que existam fundamentos fáticos e jurídicos que amparem a pretensão da empresa em obter esses ganhos. Portanto, existe ilegalidade a reclamar a assinatura de prazo por parte do Tribunal para que a ANTT proceda à regularização dessa situação.

De sua parte, o Ministro Revisor Augusto Nardes votou no sentido de que fosse determinado à ANTT que adotasse providências [que a Agência entendesse necessárias] para resolver as questões verificadas pela Sefid na praça de pedágio de Jacareí – SP. Nesse sentido, votou para que a ANTT se manifestasse conclusivamente sobre as alterações havidas, inclusive no que tange à destinação das vantagens econômicas porventura auferidas e à adoção, ou não, de regra de proporcionalidade para a reversão de valores à Concessionária ou à melhoria dos serviços, alternada ou cumulativamente, com a redução de tarifas para os usuários.

Em defesa de sua posição, o Ministro Revisor afirmou que o TCU, ao determinar, de plano, sem prévia manifestação conclusiva da ANTT sobre o mérito da questão, que ela promova a destinação obrigatória e exclusiva da receita adicional advinda da instalação de novos postos de cobrança à redução da tarifa do pedágio, estaria o Tribunal, de certa forma, assumindo não o controle, mas a administração do contrato de concessão. Assim, portanto, estaria o TCU exercendo típico ato de gestão, de cunho estritamente discricionário, inserido na atribuição privativa do poder concedente, no âmbito de suas competências legais.

Alegou, ainda, o Ministro Revisor Augusto Nardes que a atuação direta do TCU, mediante controle de primeira ordem sobre atos discricionários da referida Agência Reguladora, poderia resultar em verdadeiro esvaziamento das competências legalmente atribuídas à Autarquia Federal.

Argumentou também que tem a opinião no sentido de que cumpriria ao Tribunal o estabelecimento de diretrizes gerais a serem observadas em norma a ser elaborada pela

ANTT, com vista a regular a maneira como deveria ser tratado o incremento de tráfego constatado nas praças de pedágio após as modificações na configuração. Declarou que as diretrizes gerais a serem estabelecidas pelo TCU deveriam prever o aproveitamento do adicional de tráfego não apenas em prol da modicidade tarifária, mas também, se for o caso, em favor da arrecadação da concessionária e da realização de melhorias na rodovia.

Defendeu que a ANTT tem melhores condições técnicas de, em primeiro plano, apreciando as reais circunstâncias do jogo regulatório, escolher o objeto e o motivo do ato, pugnando pelo melhor destino a ser dado às receitas adicionais, selecionando, assim, a opção administrativa mais condizente com a busca do serviço adequado.

Afirmou ainda que, naquele momento processual, o TCU deveria abster-se de encaminhar determinações sobre condutas específicas a serem adotadas pela ANTT, limitando-se a exigir que ela deliberasse a respeito, comunicando os termos da decisão para oportuna apreciação da Corte de Contas.

No Acórdão, prevaleceu o posicionamento do Ministro Relator, de maneira mais detalhada, no sentido de que fosse determinado à ANTT, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que promovesse, no prazo de cento e oitenta dias, a revisão no contrato de concessão firmado com a Nova Dutra, a fim de que fosse incorporado ao fluxo de caixa o adicional de tráfego e de receita gerado na praça original de Parateí, em razão do deslocamento da praça de Parateí Norte, e da criação da praça de Jacareí, segundo as diretrizes estabelecidas a seguir. Foi também determinado que a Agência informasse ao TCU, ao término do aludido prazo, sobre a deliberação adotada e, destarte, sobre as alterações contratuais porventura promovidas.

Foi também determinado à ANTT que, em futuras modificações da configuração original das praças de pedágio da rodovia Presidente Dutra, como o desmembramento, a criação de novas praças ou a instalação de cabines de bloqueio, observasse, entre outras que

entender cabíveis em cada caso, as seguintes diretrizes quanto à fórmula de cálculo e de agregação ao fluxo de caixa do adicional de tráfego e de receitas gerado:

- ressalvados as despesas e os custos vinculados à implementação das referidas modificações, bem como outros casos definidos pela ANTT, desde que devidamente justificados, a receita relativa ao adicional de tráfego gerado nas praças originais deverá ser aplicada em benefício exclusivamente público, vinculado ao motivo público alegado e à finalidade pública pretendida pelas modificações, devendo ser integralmente repassada ao usuário;

- a receita decorrente do adicional de tráfego gerado somente poderá ser aplicada na realização de obras de melhoria na rodovia e/ou na prestação de serviços de assistência ao usuário, na hipótese de tais ações não estarem previstas originalmente no Programa de Exploração da Rodovia (PER), devendo haver vinculação da respectiva ação ao motivo público alegado e à finalidade pública perseguida, bem como estar comprovadamente caracterizado que tais ações sejam úteis, razoáveis e indispensáveis à efetiva adequação do serviço, nos termos do art. 6º da Lei n.º 8.987/1995;

- nas hipóteses não abrangidas no parágrafo anterior, a receita decorrente do adicional de tráfego deverá ser integralmente aplicada na redução tarifária.

Analisando-se o caso, verifica-se que, ao ser constatado pela inspeção da Sefid e corroborado pelos Ministros, sem exceção, que o contrato de concessão estabeleceu, juntamente com os demais documentos a ele relacionados, que o fundamento jurídico aplicável à alteração da configuração de praças de pedágio era somente o interesse público, induz-se a interpretar que o motivo da alteração nas praças de pedágio, bem como o objeto (resultado que se esperava alcançar) estivessem vinculados ao fundamento jurídico aplicável, ou seja, a um interesse público.

Após o Poder Público ter exercido a discricionariedade em definir o motivo e o objeto das alterações nas praças de pedágio, atrelando-os exclusivamente ao interesse público, vinculou-se a eles, não podendo, discricionariamente admitir a mudança do motivo e objeto previamente definidos, no sentido de aceitar que as receitas adicionais fossem carreadas em favor do concessionário.

Aplica-se ao caso a teoria dos motivos determinantes, pois não poderia a Administração definir no contrato um motivo para as alterações nas praças de pedágio e, na realidade, agir, ou admitir que fossem gerados, na prática, outros efeitos não condizentes com os motivos estabelecidos.

Por isso, entende-se não ser cabível a declaração do Ministro Revisor, naquele momento processual, quando afirmou crer que a ANTT tenha melhores condições técnicas de, em primeiro plano, escolher o objeto e o motivo do ato, pugnano pelo melhor destino a ser dado às receitas adicionais. Isso porque o momento de definir o objeto e o motivo já se tinha esgotado, pois já haviam sido estabelecidos, quando da elaboração do contrato, do edital e das Normas do Programa de Exploração da rodovia, cabendo, pois, naquela fase do processo, apenas serem observados pelas partes.

Não estava mais no campo da discricionariedade da Agência admitir que os efeitos (objeto) das alterações realizadas nas praças de pedágio pela concessionária fossem diferentes dos que os estabelecido na avença, pois, após o objeto ser definido, ocorreu vinculação do Poder Público.

Além disso, em sendo o contrato de concessão uma norma específica entre as partes, que, ao lado do edital da licitação e das regras do Programa de Exploração da Rodovia, foram editados para reger a conduta posterior de ambas, não poderia o Poder Público descumpri-los, sob pena de ferir o princípio constitucional da legalidade administrativa.

Ressalte-se ainda que, não se constatando a existência de fundamentos jurídicos ou fáticos capazes de amparar a pretensão da concessionária de auferir a receita advinda do acréscimo de tráfego, verificou-se descumprimento do contrato de concessão e das normas a ele relacionadas. Por isso, devia TCU não apenas recomendar, ou determinar a adoção de providências que a agência julgasse necessárias, mas determinar pontualmente a adoção das medidas cabíveis para fazer cumprir as disposições do contrato e das normas a ele relacionadas, como de fato, neste caso, o fez.

Ao verificar que o contrato de concessão vem sendo irregularmente executado, com omissão ou anuência por parte da Agência, não está o TCU tomando o lugar do ente regulador no jogo regulatório. Apenas está exercendo sua competência constitucional de controle dos atos da Administração Pública, quanto à legalidade, ao estabelecer prazo para que a ANTT proceda à regularização dessa situação, conforme previsto no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal.

7. CONCLUSÃO

Os princípios são normas jurídicas, ocupantes de posição hierárquica privilegiada, de onde exercem grande influência no ordenamento. Tem o aplicador do Direito o dever de tentar concretizar, em cada situação que se lhe apresenta, os princípios jurídicos aplicáveis ao caso. Assim, ao se inserirem as agências reguladoras no âmbito da Administração Pública, jamais se poderia interpretar qualquer matéria que as envolva sem levar em conta a principiologia jurídica que rege os entes estatais.

Tratando do princípio da legalidade, verificou-se que a concepção de legalidade não estagnou. Se, em suas origens, tinha como um dos principais objetivos preservar os direitos e liberdades individuais contra o poder estatal ou dos soberanos, passou também a desenvolver outra finalidade, a de estabelecer os procedimentos, os parâmetros, as diretrizes, os objetivos e os fins da atuação estatal. Essa outra roupagem da legalidade passou a perfazer uma garantia de que ao agir o Estado deveria cumprir o que os representantes do povo estabelecessem por lei.

A concepção de que o Estado e seus governantes devem concretizar suas ações seguindo o que a lei estabelece denomina-se princípio da legalidade administrativa, o qual veio a constituir importante fator de controle da gestão estatal.

O princípio da legalidade administrativa passou por grande evolução. No Estado liberal de Direito, aceitava-se, como forma de atuação, que seus governantes poderiam fazer tanto o que a lei expressamente autorizasse, assim como tudo o que não estivesse proibido por ela, ensejando, assim, boa margem de discricionariedade. Tal concepção reconhecia à Administração Pública uma esfera de atuação livre de vinculação à lei e desarraigada de qualquer controle judicial.

Essa concepção vigorou até o segundo pós-guerra, quando se consolidou o Estado social de Direito, fruto das lutas contra o liberalismo econômico. Assim, superou-se a

concepção de que a Administração estaria livre para atuar de acordo com seu alvedrio, de forma discricionária, passando, pois, a ter de cumprir o que a lei estabelecesse. Para suprir a carência de produção legislativa que se fazia necessária, a elaboração normativa infralegal acentuou-se enormemente, passando o Estado, muitas vezes, a normatizar sua própria conduta, o que gerou déficit de democracia, por ferir um de seus principais primados, o sistema de freios e contrapesos advindo da separação dos Poderes.

Em seguida foi criado o Estado democrático de Direito, com o fim de dirimir as falhas do Estado liberal e as do Estado social de Direito, acrescentando a este um novel elemento, a participação popular, tanto no processo político e nas decisões de Governo, como no controle da Administração. No Estado Democrático de Direito reconhece-se que este seja regido pela lei, mas não somente por ela, mas também pelo Direito, abrindo espaço ao entendimento de que a Administração Pública seja regida tanto pelas regras, quanto pelos princípios jurídicos. Tais princípios atuam como limites à discricionariedade administrativa e, se forem inobservados, dão origem a atos ilícitos, passíveis de revisão pelos órgãos de controle.

O princípio da legalidade administrativa no período atual não rompe com o Estado de Direito e continua tendo como sustentáculo a concepção da necessidade de o Estado agir somente conforme o estabelecido pela lei e pelo próprio Direito, em que se destacam os princípios jurídicos. Ressalte-se que em face o Direito pertencer a um fenômeno cultural sofre influências dos processos de globalização, do princípio da subsidiariedade, da Reforma do Estado e das concepções que dela advêm. Em consequência, a dinâmica da vida social e econômica dos tempos atuais exige dos órgãos reguladores, cada vez mais, a necessidade de versarem, por meio de atos administrativos e normas de regulação, a respeito de assuntos técnicos específicos, cuja dinâmica a produção legislativa, muitas vezes, não consegue acompanhar.

Diante de todo esse quadro atual de inovações, para a observância do princípio da legalidade administrativa, deve-se ressaltar que há diversos graus de vinculação da Administração. Por vezes, dispõe o agente público de grande margem de discricionariedade; porém, em outras situações, sua discricionariedade é mais limitada. Mas, em qualquer das situações, sempre deve ser observado se os atos administrativos ou as normas editadas respeitam os marcos legais, as regras e os princípios constitucionais.

Nesse sentido, nos dias atuais, a observância do princípio da legalidade administrativa abrange muito mais do que a adequação do ato aos ditames literais estabelecidos em lei, mas também a conformidade com o próprio Direito. Para isso, requer-se do interprete ou o aplicador verifique se o ato cumpriu as finalidades legais; se não foi desarrazoado ou desproporcional; se constaram as motivações, os fundamentos que ensejaram a execução do ato; além de se constatar se, em tendo causado danos a terceiros, responsabilizou-se o Estado pelas perdas verificadas. Vale destacar, ainda, que é desdobramento do princípio da legalidade administrativa no período atual o respeito, pela Administração, quando praticar atos individuais, aos atos genéricos que expediu com base na lei, para regular seus comportamentos ulteriores.

Um dos temas fundamentais ao se estudar o Estado atual é o do poder normativo das agências reguladoras e seus limites, vez que tal poder normativo é uma das expressões de sua discricionariedade. Entende-se que o poder normativo das agências reguladoras está albergado pelo que a doutrina denomina de “supremacia especial”, também chamada de “relação especial de sujeição”, da qual a própria entidade estatal – no caso, as agências – extrai poderes para editar normas reguladoras das condutas dos entes regulados.

Fundamental também para a apreciação da matéria sob análise foi distinguir os termos regulamentação e regulação. A regulamentação é a produção normativa infralegal utilizada tanto pelo Chefe do Executivo, como por órgãos e entidades da Administração

Pública – aí incluídas as agências reguladoras – para regulamentar a lei, ou mesmo para concretizar e especificar os fins previstos nas cláusulas gerais ou *standards* previstos em leis, ou mesmo para executar as finalidades e princípios inculpidos na Constituição. Já como conceito de regulação pode-se interpretar que constitui um conjunto de atribuições de variada espécie, em que estão contempladas atividades relativas à normatização, resolução de conflitos, fiscalização e aplicação de sanções nos setores regulados.

Ao se abordar o tema controle da Administração Pública, não se pode deixar de tratar de Democracia e Estado de Direito, pois é no seio dos regimes democráticos e nos Estados de Direito, que os mecanismos de controle encontram espaço ideal e devem fazer-se mais ativos, visando evitar os excessos no exercício do poder estatal, tendo por base o princípio da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos.

Nesse sentido, com a redemocratização do Brasil, o Tribunal de Contas da União foi deveras prestigiado na Carta de 1988, tendo seu leque de atribuições enormemente ampliado e o rol de jurisdicionados alargado.

Mas, a atuação do TCU como órgão de controle não pode desconhecer as mudanças que o Estado brasileiro passou, principalmente após o advento da Constituição de 1988, com sua Reforma, ocorrida durante o Governo de Fernando Henrique Cardoso, em que se destacaram a retirada do Estado da produção direta de bens e serviços, passando a exercer funções mais reguladoras; o processo de privatização e a criação das agências reguladoras, a exemplo do fenômeno ocorrido nos principais países do mundo. Quanto às agências, destacam-se suas funções fiscalizatórias, sancionatórias, de composição de conflitos e regulamentares, que dão a marca de seu poder regulador. Ressaltando-se que a função regulamentar das agências, em geral, é admitida, desde que fixados *standards* legais, dentro dos quais poderá desenvolver-se.

Deve também ser frisado que um dos pontos em comum entre todos os países que passaram pelas recentes reformas é a concepção de que as competências estatais na era do Estado regulador não podem ser exercidas com as estruturas administrativas tradicionais, ou seja, com ampla centralização do poder estatal. Surgiu a necessidade de determinadas atividades e áreas desenvolverem-se sob o controle de autoridades imparciais, em posição de equidistância em relação aos interesses públicos e privados em jogo, missão que deve ser desempenhado pelas agências reguladoras.

Em que pese o papel importante das agências reguladoras no Brasil, dotadas que são de maior grau de autonomia frente aos demais órgãos e entidades da Administração, não deixam de estar sujeitas aos princípios e regras que norteiam o desempenho da máquina governamental, bem como aos mecanismos de controle republicado do Estado, tais como os do Ministério Público, Judiciário, Tribunal de Contas, ao controle do Legislativo, ao controle interno e ao controle popular.

A ação autônoma dos entes reguladores não pode, de forma nenhuma, mesmo quando versar sobre suas atividades-fim em que houver considerável margem de discricionariedade, confundir-se com o arbítrio. Daí a necessidade de controle de seus atos pelos órgãos legitimados para tal. Isso porque o exercício dessa autonomia está, por imposição constitucional, nos termos do art. 175, Parágrafo Único, inciso IV, da Constituição Federal, jungida à obrigação de se manter um serviço adequado.

Ressalte-se, porém, que o controle a ser exercido pelo TCU sobre as atividades-fim das agências reguladoras não poder desconhecer a necessidade de estabilidade das regras relativas à concessão de serviços e as consequências à segurança jurídica que derivam dessa estabilidade. Isso, considerando a relevância do impacto das decisões proferidas pelo TCU sobre a estabilidade dessas regras.

Se a Corte de Contas Federal invadir o âmbito de competência discricionária das agências reguladoras, de maneira desarrazoada, ainda que movida pela busca do interesse público, poderá contribuir para o incremento da “incerteza jurídica”. Isso porque pode gerar o receio de que os contratos não serão cumpridos, na forma em que foram celebrados.

No entanto, em que pese todo o novo contexto da Administração Pública implantado pela Reforma do Estado brasileiro, em que se destaca a bandeira da busca da eficiência na prestação estatal, não se deve endeusar a eficiência e a modernidade e proscrever a legalidade. Isso porque, defender que, no Estado atual, por esse desempenhar função marcadamente reguladora e buscar a eficiência, seja o princípio da legalidade colocado em segundo plano, equivale a querer fugir dos limites e controles do sistema de freios e contrapesos do Estado democrático de Direito e da valorização e respeito às regras e princípios constitucionais.

Chega-se a essa mesma conclusão observando as Diretrizes sobre Melhores Práticas para a Auditoria de Financiamentos Público-Privados e de Concessões elaboradas pela Intosai. Ante o teor das Diretrizes, verifica-se que o controle exercido pelas Entidades Fiscalizadoras Superiores sobre as atividades dos entes reguladores deve ser bastante amplo, vez que também deve abranger diversos aspectos e etapas de suas atividades-fim. Entre as atividades de controle que devem ser exercidas pelas EFS, destaca-se o exercido sobre os atos em cuja decisão haja a faculdade discricionária do ente regulador. Para esse fim, deve ser ressaltado que tal controle deve ter como uma de suas funções principais verificar e coibir se o uso de faculdades discricionárias não está confundindo-se com comportamentos arbitrários da autoridade reguladora. Seguem esse mesmo diapasão as experiências práticas de controle exercidos pelas Entidades Fiscalizadoras Superiores dos vários países ilustrados na dissertação.

Cumprindo essa tendência e em obediência à sua competência prevista na Constituição, tem o TCU atuado no controle das atividades-fim das agências reguladoras.

Destacam-se como um dos instrumentos de controle, pelo Tribunal, das atividades-fim das agências, as auditorias de natureza operacional. Incluídas na Constituição Federal, em seu art. 71, inciso IV, como meio de ampliação de sua competência, que – além das tradicionais auditorias contábeis, financeiras, patrimoniais e orçamentárias, – possibilita a atuação do Tribunal com vistas a aferir a eficiência do setor público. Especificamente, por meio das auditorias de natureza operacional, o TCU realiza o controle de desempenho das agências reguladoras, verificando se estão atuando segundo sua missão institucional.

Assim, em que pese ainda remanescerem divergências doutrinárias quanto à competência do TCU para fiscalizar as atividades-fim das agências reguladoras, no seio do Tribunal e de parte considerável da doutrina, a matéria encontra-se já pacificada, não havendo quaisquer dúvidas quanto à possibilidade de realizar tal controle. Isso porque as agências reguladoras, como autarquias, embora especiais, portanto, pertencentes à Administração Pública, estão sob a jurisdição do TCU. Nesse sentido, não há nada na Carta Constitucional que autorize conferir tratamento de exceção às agências reguladoras.

Ressalte-se, porém, que apesar de o TCU deter competência para sindicar as atividades-fim das agências, deve atuar de forma complementar à ação dessas entidades reguladoras, no que tange ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos. Isso, devido a caber ao Poder Concedente a competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias.

Nesse sentido, a Corte de Contas não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar contrariamente à Constituição Federal, maculando o princípio da separação dos Poderes. Por isso, é de entendimento pacífico no seio do TCU que a sua fiscalização deve ser sempre de “segunda ordem”, tendo por objetivo preservar a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório. Ou seja, não deve o TCU exercer a fiscalização direta sobre o setor e as empresas que nele atuam, cabendo tal papel às agências.

Para isso, o Tribunal deve sempre preservar ao máximo a autonomia de que dispõem as agências reguladoras, somente adentrando no mérito dos seus atos discricionários quando as falhas ou omissões não puderem ser corrigidas ao alvedrio da própria agência, ou, tratando-se de ilegalidades, não puder o Tribunal omitir-se de intervir visando à pronta correção ou invalidação do ato.

Deve também ser destacado que o controle dos atos finalísticos das agências reguladoras pelo TCU não há de se fazer somente sobre o aspecto da clássica legalidade, ou seja, em relação aos elementos constitutivos do ato administrativo (competência, motivo, forma, objeto e finalidade), nos casos de abuso ou excesso de poder e na inobservância dos motivos determinantes. Isso porque, considerando o Direito contemporâneo, em que a força normativa dos princípios ganha cada vez maior ascendência, o controle das atividades finalísticas das agências deve verificar também se o ato discricionário observou o princípio de legalidade administrativa em suas implicações ou decorrências, como os princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado.

Tal concepção amolda-se à visão atual de que não basta o ato administrativo ser compatível com a lei, devendo estar respaldado pelo próprio Direito, o qual encontra grande alicerce na figura dos princípios constitucionais.

Se tal concepção do princípio constitucional da legalidade administrativa não bastasse, deve o TCU, ao exercer suas atividades de exame dos atos das agências, verificar um aspecto que parece ser menor, mas só parece: se as agências observaram os atos de caráter geral, ou normas gerais, editadas por elas próprias, com base na lei, para reger a sua conduta posterior. Embora pareça menor, essa verificação destina-se a um mister muito nobre: verificar se, na prática, as normas gerais infralegais foram aplicadas a todos a ela submetidos, não havendo tratamento privilegiado, perseguições, falhas ou ilegalidades.

Quanto às divergências entre os membros do próprio TCU sobre a forma de o Tribunal deliberar a respeito de falhas, omissões ou até irregularidades detectadas nas atividades-fim das agências reguladoras, em atos que tenham caráter discricionário (se apenas recomendando, ou determinando providências corretivas), deve-se afirmar que são muito salutares, pois demonstram ser rico o debate de ideias no âmbito da Corte de Contas.

Porém, conquanto a jurisprudência dominante do Tribunal venha privilegiado a formulação de recomendações, em vez de determinações, deve-se ter bastante cuidado com esse caminho. O Direito, como ciência cultural, é fruto das experiências humanas, as quais não se congelam no tempo. No âmbito das agências reguladoras, cada caso é um caso, por isso, cada falha, omissão ou irregularidade deve ser analisada de *per si*. Alerta-se que a adoção de posição política em que se exacerba a autonomia das agências, optando por formular apenas recomendações, quando técnica e juridicamente caberiam determinações, pode comprometer a legitimidade conquistada pelo TCU, ao longo de anos de trabalho, pela falta de eficácia, por ausência de compulsoriedade que deveria ser imanente a certas decisões.

8. REFERÊNCIAS

AGN, Auditoria General de la Nación. **AGN**. Disponível em: <<http://www.agn.gov.ar/>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio Janeiro: Forense, 2006.

_____. (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ALMEIDA, Paula Joyce de Carvalho Andrade de. **O controle da atuação das agências reguladoras federais brasileiras**. São Paulo, 2007. 154 p. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ALVES FILHO, Garibaldi. Garibaldi: medidas provisórias deveriam ser editadas apenas em casos excepcionais. Agência Senado. mar. 2008. **Direito2.com.br**, Brasília, mar. 2008. Disponível em: <[http://www.direito2.com.br/asen/2008/mar/19/Garibaldi: medidas provisórias deveriam ser editadas apenas em casos excepcionais](http://www.direito2.com.br/asen/2008/mar/19/Garibaldi:medidasprovisóriasdeveriamsereditadasapenasencasosexcepcionais)>. Acesso em: 11 abr. 2010.

ARAKAKI, Allan. Brasil: o país das medidas provisórias. **Jus Vigilantibus**, Vitória, abr. 2010. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/31014>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2. ed. 4. tir. atualizada por FOLGOSI, Rosolea Miranda. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Regra-Matriz versus princípios. In: SCHOUERI, Luis Eduardo. (Org.). **Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. 1 ed. v. 1., São Paulo: Quartier Latin, p. 67-77, 2008.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

BARRADOS, Maria; MAYNE, Jonh; COOK, Roberto; MACDONALD, Patricia. Strengthening governance arrangements for alternative ways of delivering service. In: **3rd International public sector management symposium**, 2001, Mannheim, Texto distribuído aos participantes.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 229, p. 288-290, jul/set. 2002.

_____. Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. In: BINEMBOJM, Gustavo (Org.) **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos: limites da fiscalização a ser desempenhada pelo tribunal de contas do estado. **Boletim de direito administrativo**. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, ano XV, n. 6, p. 367-374, jun. 1999.

_____. **Revista jurídica Consulex**. A reconstrução democrática do Brasil. Anexo XIII. Nº 281. 30/09/2008. Brasília: Consulex, 2008.

BEMERGUY, Marcelo. **O papel do controle externo na regulação de serviços de infraestrutura no Brasil**. Brasília: 2004. 43 p. Monografia (Especialização em Controle Externo). Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União.

_____; GOMES, Marcelo Barros; MARTINS, Paulo Roberto Wichers; NORONHA, Maridel Piloto de; WANDERLEY, Mauricio de A. Privatisation and regulatory reform in Brazil: the advent of the regulatory state. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special insue n. 104. apr/jun 2005.

BINENBOJM, Gustavo. As agências reguladoras independentes. In: BINEMBOJM, Gustavo (Org.) **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Leis Delegadas. Planalto, Brasília, abr. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Ldl/Quadro_LDL.htm>. Acesso em: 11.04.2010.

_____. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento. Acórdão 1.756/2004 – Plenário. Processo nº 007.371/2003-5. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Interessados: Interessados: José Mário de Miranda Abdo, Diretor-Presidente da Aneel, e Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. - Eletropaulo. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Revisor: Benjamin Zymler (Revisor) Brasília, DF, 11 de novembro de 2004. **TCU**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento. Acórdão 272/2007 - Plenário. Processo nº 016.128/2003-2. Entidade: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. Interessados: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União e José Mário de Miranda Abdo - Diretor-Presidente da Aneel. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 7 de março de 2007. **TCU**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento. Acórdão 715/2008 – Plenário. Processo nº 003.183/2006-1. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: Augusto Nardes. Brasília, DF, 23 de abril de 2008. **TCU**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Acórdão 1.703/2004 – Plenário. Processo nº 006.931/2002-0. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Interessada: Concessionária Rio-Teresópolis S.A. – CRT. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 03 de novembro de 2004. **TCU**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Acórdão 1536/2004 – Plenário. Processo nº 009.580/1999-9. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER. Interessados: Maurício Hasenclever Borges, Eduardo Lima, Prudêncio Alves da Silva, Pedro Elói Soares, Hélio Guimarães e Rômulo Fontenelle Morbach. Relator: Benjamin Zymler. Brasília, DF, 06 de outubro de 2004. **TCU**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2>>. Acesso em: 14 mai. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. **O controle externo das agências reguladoras:** questões relevantes sobre os setores elétrico e de petróleo de gás natural. Brasília: TCU, SEFID, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. **O controle externo das agências reguladoras:** questões relevantes sobre o setor de rodovias, de ferrovias e de transporte rodoviário de passageiros. Brasília: TCU, SEFID, 2005.

_____. Tribunal de Contas da União. Pedido de Reexame. Acórdão 575/2007 - Plenário. Processo nº 014.824/2000-8. Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT; Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT. Interessados: Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. - Novadutra (CNPJ 00.861.626/0001-92) e José Guilherme Ferraz da Costa, Procurador da República em São José dos Campos. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. Revisor: Augusto Nardes (Revisor) Brasília, DF, 11 de abril de 2004. **TCU.** Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. Embargos de Declaração. Acompanhamento. Voto do Revisor, Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 1757/2004 – Plenário. Processo nº 016.128/2003-2. Interessados: José Mário de Miranda Abdo, Diretor-Presidente da Aneel e Light Serviços de Eletricidade S/A. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília - DF, **DOU**, de 23 de novembro de 2004. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em 24 jul. 2009.

_____. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento. Acórdão 131/2010 - Plenário. Processo nº 017.309/2009-1. Entidades: Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel; Empresa de Pesquisa Energética - EPE; e Ministério de Minas e Energia - MME. Interessados: Nelson José Hubner Moreira, Diretor-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica; Maurício Tiomno Tolmasquim, Presidente de Pesquisa Energética; e Edison Lobão, Ministro de Minas e Energia. Relator: José Múcio Monteiro. Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2010. **TCU.** Brasília, 2010. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. **TCU.** Brasília, 2010. Disponível em:<<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/unidades/Sefid>>. Acesso em 14 jun. 2010.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional do tribunal de contas. In: CARDOZA, José Eduardo Martins. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006.

BOURN, John Bourn. The role of the Intosai Privatisation Working Group and regulatory accountability in the UK. **Revista do TCU.** Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 1996.

CASTARDO, Hamilton Fernando. **Natureza jurídica do tribunal de contas no ordenamento brasileiro**. Piracicaba, 2007. 190 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Medidas provisórias**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COTIAS E SILVA, Artur Adolfo. O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). In: **Monografias vencedoras do Prêmio Serzedello Corrêa 1998**. Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 19-141, 1999.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de contas no Brasil**: natureza jurídica e alcance das suas funções, à luz dos princípios constitucionais da administração pública. Itajaí, 2005. 379 p. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade Vale do Itajaí – UNIVALI.

DESPOUY, Leandro. Regulation control in Argentina. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special inssue n. 104. apr/jun 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras In: Brasil. Tribunal de Contas da União. **O controle externo da regulação de serviços públicos**. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002.

_____. **Discricionabilidade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMON. **Curso de derecho administrativo**. Madrid. Civitas Ediciones, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. atualizada por BINENBOJM, Gustavo. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRAGA, Luis Eduardo. La Argentina ante el CIADI. **Monografias.com**. Disponível em :<<http://www.monografias.com/trabajos908/argentina-ciadi/argentina-ciadi.shtml>>. Acesso em: 24. ago. 2010.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Marcelo Barros. Supreme audit institutions in search of accountability and performance improvement in regulatory utility agencies: a comparative analysis of oversight practices in the telecommunication sector regulators in Brazil and the United States in the last decade. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA, Evandro Martins. Funções e atividades do controle externo. **Fórum de contratação e gestão pública**. ano 1, n. 2, mar. 2002.

HANS, Kelsen. Wesen und wert der demokratie. **Wiener Juristische Gesellschaft**, Viena, set. 2010. Disponível em: <www.wjg.at/docs/wesen.doc>. Acesso em: 27 set. 2010.

INTOSAI. International Organization of Supreme Audit Institutions. Disponível em: <http://www.intosai.org/en/portal/about_us/>. Acesso em: 08 ago. 2010.

_____. International Organization of Supreme Audit Institutions Professional Standards Committee. **Guidelines on best practice for the audit on public/private finance and concessions**. Viena: 2001.

_____. International Organization of Supreme Audit Institutions. Professional Standards Committee. **Guidelines on best practice for the audit on public/private finance and concessions (revised)**. ISSAI 5220, Viena: 2007.

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

LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios constitucionais tributários**. 2. ed. São Paulo. Malheiros, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Russel, 2005.

LINCOLN, Abraham. Lincoln's Address Gettysburg. **American civil war.com**. Disponível em: <http://americancivilwar.com/north/lincoln.html>. Acesso em 29 set. 2010.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e legitimidade. In SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTEBELLO, Mariana. Os tribunais de contas e o controle das contas públicas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. vol. 31, n. 2, abr/jun. 1999, p. 01-302.

MORAES, Tiago Cacique. **O processo de modernização dos tribunais de contas no contexto da reforma do estado no Brasil**. São Paulo, 2006. 110 p. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo). Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

MORDACQ, Frank. **La reforme de l'état par l'audit**. Paris: lextenso, 2009.

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.

NAGEL, Jose. A fisionomia distorcida do controle externo. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 31, n. 86, out./dez. 2000.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OAG, Office of the Auditor General of Canada. **OAG**. Disponível em: < <http://www.oag-bvg.gc.ca/>>. Acesso em: 27 ago. 2010.

OLIVEIRA, Modesto Marques de. **O controle, esse desconhecido**. São Paulo: Resenha Tributária e Revista dos Tribunais, 1983.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Plano diretor da reforma do aparelho de estado**. Brasília, Documentos da Presidência da República, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDIA.HTM>. Acesso em: 17 nov. 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à constituição de 1946**. vol. 2, 3. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

_____. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969**. tomo III. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PORTUGAL. Tribunal de Contas. Relatório n.º 10/2008 2.ª Secção Vol. I. **TC**. Disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2008/audit-dgtc-rel010-2008-2s.pdf>. Acesso em: 6 set. 2010.

ROCHA. Lincoln Magalhães da Rocha. A função controle na administração pública: controle interno e externo. **Fórum Administrativo**. ano 1, n. 2, abr. 2001. Belo Horizonte: Fórum, 2001.

RODRIGUES, Walton Alencar. The control of regulation in Brazil. **Revista do TCU**. Brasília: TCU, vol. 36. special issue n. 104. apr/jun 2005.

SANTOS, Luis Wagner Mazzaro Almeida. As sementes do controle externo nas bases do pensamento do “Águia de Haia”. In: Brasil. Tribunal de Contas da União. **Prêmio Serzedelo Corrêa 1999 – Monografias Vencedoras – 3º lugar**. Brasília: Instituto Serzedelo Corrêa, 2000.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madri: Alianza, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União de ontem e hoje. In: **A história do Tribunal de Contas da União: prêmio Serzedello Corrêa 1998 – monografias vencedoras**. Brasília. TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. **O congresso e as delegações legislativas**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SOUTO, Humberto Guimarães. Congresso nacional, tribunal de contas e controle externo. **Revista do tribunal de contas da união**. Brasília. v. 30, n. 79. jan./mar. 1999.

SPECK. Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros: 2002.

TC, Tribunal de Contas. TC. Disponível em: http://www.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade/sit_act.pdf>. Acesso em: 6 set. 2010.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. **O controle do tribunal de contas da união sobre os atos discricionários das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais**. Brasília, 2004. 94. p. Monografia (Especialização em Controle Externo). Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Vol. 1. 3. Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

WIKIPEDIA. Wikipedia: a enciclopédia livre. **Wikipedia**. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Accountability>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. **Fórum Administrativo**. ano 2, n. 11, jan. 2002

_____. **O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras**. Palestra proferida no Instituto Brasiliense de Direito Público. p. 01-19, out/2003.

_____. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. In: Brasil. Tribunal de Contas da União. **O controle externo da regulação de serviços públicos**. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Enrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

9. ANEXOS

9.1 ANEXO A - INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 27, DE 2 DE DEZEMBRO DE 1998

Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no exercício de suas competências constitucionais, legais e regimentais;

Considerando o poder regulamentar que lhe confere o art. 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992;

Considerando o disposto no inciso VIII do artigo 18 da Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, resolve:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União compete acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, compreendendo as privatizações de empresas, inclusive instituições financeiras, e as concessões, permissões e autorizações de serviço público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal e das normas legais pertinentes.

§ 1º Para os fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

I – desestatização: a transferência para a iniciativa privada, de participações societárias e da execução dos serviços públicos explorados pela União por intermédio das entidades da Administração Pública Federal;

II – privatização: a alienação pela União de direitos que lhe assegurem, diretamente ou por meio de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;

III – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

IV - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

V – permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

VI – autorização: ato administrativo discricionário e precário pelo qual o poder

concedente torna possível ao postulante a realização de certa atividade, serviço, ou a utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, condicionada à aquiescência prévia da Administração.

§ 2º Aplicam-se os dispositivos desta Instrução Normativa, no que couber, aos processos de desestatização a serem realizados com procedimentos simplificados nos termos do art. 33 do Decreto nº 2.594, de 15 de maio de 1998, bem como dos processos de concessão de uso de bem público associados a serviços públicos.

CAPÍTULO II FISCALIZAÇÃO DA PRIVATIZAÇÃO

Art. 2º A fiscalização dos processos de privatização será realizada em cinco estágios, mediante análise dos seguintes documentos e informações:

I – primeiro estágio:

- a) razões e fundamentação legal da proposta de privatização;
- b) Recibo de Depósito de Ações a que se refere o § 2º do art. 9º da Lei nº 9.491/97;
- c) mandato que outorga poderes específicos ao gestor para praticar todos os atos inerentes e necessários à privatização;
- d) edital de licitação para contratação dos serviços de consultoria referidos no art. 31 do Decreto nº 2.594/98.

II – segundo estágio:

- a) processo licitatório para contratação dos serviços de consultoria, incluindo os respectivos contratos;
- b) processo licitatório para contratação dos serviços de auditoria mencionados no art. 21 do Decreto nº 2.594/98, incluindo o respectivo contrato;
- c) processos licitatórios para contratação de serviços especializados.

III – terceiro estágio:

- a) relatórios dos serviços de avaliação econômico-financeira e de montagem e execução do processo de privatização;
- b) relatório do terceiro avaliador a que se refere o § 2º do art. 31 do Decreto nº 2.594/98, se houver.

IV - quarto estágio:

- a) relatório contendo data, valor, condições e forma de implementação dos títulos e meios de pagamentos utilizados, a partir da autorização legal da privatização, para o saneamento financeiro da empresa ou instituição;
- b) relatório contendo data, valor, condições, forma de implementação, títulos e meios de pagamentos utilizados, a partir da autorização legal da privatização, para investimentos ou inversões financeiras de qualquer natureza realizados na empresa por órgãos ou entidades da administração pública federal ou por ela controlada, direta ou indiretamente;
- c) relatório contendo data, valor, condições e forma de implementação de renúncia de direitos, a partir da autorização legal para a privatização da empresa, contra entidade privada ou pessoa física, cujo montante supere 1% (um por cento) do patrimônio líquido;
- d) proposta e ato de fixação do preço mínimo de venda, acompanhados das respectivas justificativas;

e) cópia de ata da assembléia de acionistas que aprovou o preço mínimo de venda;

f) edital de privatização.

V – quinto estágio:

a) relatório contendo preço final de venda; prazos, condições e moedas de privatização utilizadas para liquidação financeira da operação; relação dos adquirentes, com indicação de tipos, preços e quantidades de ações adquiridas; data, valor e condições do financiamento concedido por instituição pública para privatização da empresa;

b) parecer dos auditores independentes, acompanhado de relatório circunstanciado, contendo análise e avaliação, dentre outros, quanto aos seguintes aspectos: observância dos dispositivos legais pertinentes; igualdade de tratamento dispensado aos concorrentes e regularidade dos procedimentos na fase de qualificação dos candidatos.

Art. 3º O órgão responsável pela execução e acompanhamento da privatização encaminhará ao Tribunal de Contas da União, a documentação descrita nos incisos I a V do artigo anterior, observados os seguintes prazos:

I – Cinco dias, no máximo, após a publicação do aviso de licitação destinado à contratação dos serviços de consultoria, no que se refere aos documentos integrantes do primeiro estágio;

II – Cinco dias, no máximo, após a assinatura dos contratos dos serviços de consultoria de auditoria e de serviços especializados, com respeito aos documentos relacionados no segundo estágio;

III – Sessenta dias, no mínimo, antes da realização do leilão público ou outra forma de alienação prevista em Lei, no tocante aos documentos elencados no terceiro estágio;

IV – Quarenta e cinco dias, no mínimo, antes da realização do leilão público ou outra forma de alienação prevista em Lei, relativamente aos documentos integrantes do quarto estágio;

V – Trinta dias, no máximo, após a privatização, no que diz respeito aos documentos enumerados no quinto estágio.

§ 1º A documentação relacionada no art. 2º, no que diz respeito aos editais e relatórios de avaliação econômico-financeira, deverá ser enviada também em meio magnético.

§ 2º Eventuais alterações no edital deverão ser encaminhadas ao Tribunal, no mínimo, 5 (cinco) dias antes da publicação determinada pelo art. 28, § 5º, do Decreto nº 2.594/98.

Art. 4º A Unidade Técnica competente deverá analisar os elementos remetidos e encaminhar os autos ao Relator nas etapas e prazos a seguir especificados:

I – primeira etapa – os elementos referentes aos quatro primeiros estágios, no prazo não inferior a 15 (quinze) dias antes da data fixada para a realização do leilão público ou outra forma de alienação prevista em Lei;

II – segunda etapa – os elementos referentes ao quinto estágio e o demonstrativo previsto no art. 6º desta Instrução Normativa, no prazo de até noventa dias após o encerramento da privatização.

Art. 5º O órgão responsável pela execução ou acompanhamento do processo de privatização, em caso de existência de sobras na alienação de ações representativas do controle acionário, deverá encaminhar, com antecedência mínima de 40 dias da nova

alienação, os estudos que determinam a oportunidade da venda e a fixação do preço das ações remanescentes.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, a Unidade Técnica competente deverá examinar o processo no prazo de 25 (vinte e cinco) dias e submetê-lo ao Relator.

Art. 6º Após realizada a privatização, deverá ser encaminhado ao Tribunal de Contas da União demonstrativo indicando a totalidade dos recursos arrecadados sob forma de moeda corrente ou de privatização; discriminação de todas as deduções realizadas na operação, inclusive as referentes a despesas administrativas e promocionais; e os valores líquidos transferidos ao alienante ou ao órgão ou entidade federal concedente, conforme o caso.

Parágrafo único: O demonstrativo previsto neste artigo deverá ser remetido no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias após a privatização, pelo órgão encarregado da execução e acompanhamento do processo.

CAPÍTULO III FISCALIZAÇÃO DAS CONCESSÕES, PERMISSÕES E AUTORIZAÇÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Seção I

O Processo de Outorga

Art. 7º A fiscalização dos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos será prévia ou concomitante, devendo ser realizada nos estágios a seguir relacionados, mediante análise dos respectivos documentos:

I - primeiro estágio:

a) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados;

b) relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;

c) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental.

II – segundo estágio:

a) edital de pré-qualificação;

b) atas de abertura e de encerramento da pré-qualificação;

c) relatório de julgamento da pré-qualificação;

d) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à pré-qualificação;

e) edital de licitação;

f) minuta de contrato;

g) todas as comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, bem como as impugnações ao edital, acompanhadas das respectivas

respostas.

III – terceiro estágio:

- a) atas de abertura e de encerramento da habilitação;
- b) relatório de julgamento da habilitação;
- c) questionamentos das licitantes sobre a fase de habilitação, eventuais recursos interpostos, acompanhados das respostas e decisões respectivas;
- d) atas de abertura e de encerramento da fase do julgamento das propostas;
- e) relatórios de julgamentos e outros que venham a ser produzidos;
- f) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à fase do julgamento das propostas.

IV – quarto estágio:

- a) ato de outorga;
- b) contrato de concessão ou de permissão.

§ 1º Nos casos em que expressivo número de direitos de outorga de um mesmo serviço, com procedimentos uniformes e editais padronizados, for licitado simultaneamente, o Relator poderá autorizar, de acordo com os pareceres, a utilização de técnicas de amostragem e outros procedimentos simplificados com o objetivo de selecionar as outorgas que deverão ser examinadas individualmente nos estágios previstos neste artigo, dispensando-se o exame das demais. (AC) (Instrução Normativa nº 40, de 24/4/2002, BTCU nº 27/2002, DOU de 3/5/2002).

§ 2º Os procedimentos de que trata o parágrafo anterior não dispensarão o envio, nos respectivos prazos, da documentação prevista neste artigo, salvo se assim determinado pelo Relator. (AC) (Instrução Normativa nº 40, de 24/4/2002, BTCU nº 27/2002, DOU de 3/5/2002).

Art. 8º 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:

I – primeiro estágio - 30 (trinta dias), no mínimo, antes da publicação do edital de licitação;

II – segundo estágio - 5 (cinco) dias, no máximo, após:

- a) a sua publicação, para o edital de pré-qualificação;
- b) o resultado final do julgamento, para os documentos relacionados nas alíneas "b" a "d" deste estágio;
- c) a sua publicação, para o edital de licitação, acompanhado da minuta do contrato;
- d) esgotado o prazo de impugnação ao edital, para os documentos relacionados na alínea "g" deste estágio.

III – terceiro estágio - 5 (cinco) dias, no máximo, após:

- a) esgotado o prazo para a interposição de recursos ao resultado do julgamento da fase de habilitação para os documentos relacionados nas alíneas "a" e "b" deste estágio;
- b) as decisões proferidas sobre eventuais recursos interpostos para os documentos relacionados na alínea "c" ;
- c) a homologação do resultado do julgamento das propostas para os demais

documentos deste estágio.

IV – quarto estágio - cinco dias após a assinatura do termo contratual.

Parágrafo único. O prazo a que se refere o inciso I deste artigo será de 60 (sessenta) dias, para a outorga de concessão de serviço público de transmissão de energia e de concessão de uso de bem público destinado à exploração e aproveitamento hidrelétrico, desde que a estimativa de investimentos seja superior a um bilhão de reais. (AC) (Instrução Normativa TCU nº 58, de 03/06/2009, DOU de 08/06/2009)

Art. 9º A Unidade Técnica responsável pela instrução do processo de fiscalização de que trata o art. 7º deverá autuá-lo e analisar, com a urgência requerida, em prazo não superior a trinta dias úteis, os elementos remetidos, encaminhando-os, após findo o terceiro estágio, ao respectivo Relator.

Parágrafo único. Para fins do devido exame por parte do Tribunal de Contas da União, o órgão ou a entidade federal concedente observará o prazo mínimo de quarenta e cinco dias, entre a homologação do resultado do julgamento das propostas e a assinatura do termo contratual.

Art. 10. Na ocorrência de processo de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos que se enquadre nos casos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação previstos em lei específica sobre a matéria, ou ainda, na hipótese de outorga de autorização de serviços públicos, o órgão ou a entidade federal concedente encaminhará, até 05 (cinco) dias após o encerramento de cada semestre, relatório sintético indicando, além de outras informações que julgar pertinentes, a relação dos seguintes atos firmados no semestre anterior:

I – outorga de concessão ou de permissão com dispensa ou com inexigibilidade de licitação, caracterizando seu objeto, área abrangida e prazo, com indicação expressa do fundamento legal; e

II – outorga de autorização, caracterizando seu objeto, área abrangida e prazo, com indicação expressa do fundamento legal;

III – contratos firmados ou termos de obrigações assinados.

§ 1º O órgão ou a entidade federal concedente manterá arquivo atualizado, contendo os documentos associados aos atos descritos no caput deste artigo, com vistas a atender eventual diligência, inspeção ou auditoria do Tribunal de Contas da União;

§ 2º No exame das informações e respectivos documentos, a que se refere este artigo, a Unidade Técnica competente observará o disposto no art. 17 desta Instrução Normativa.

Seção II

Execução Contratual

Art. 11. Na fase de execução contratual, a fiscalização observará o fiel cumprimento das normas pertinentes e das cláusulas contidas no contrato e 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.

Parágrafo único. A fiscalização prevista neste artigo será exercida na forma preceituada pelos §§ 1º e 3º do art. 13 desta Instrução Normativa e mediante exame de Relatório Consolidado de Acompanhamento, elaborado pelo órgão, pela entidade federal concedente, ou pela respectiva agência a ser encaminhado semestralmente a este Tribunal.

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 nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

§ 1º O prazo para cumprimento do disposto neste artigo é de 5 (cinco) dias, contados a partir da caracterização formal de cada uma das situações arroladas nos incisos de I a IX deste artigo.

§ 2º No exame das informações e respectivos documentos, a que se refere este artigo, a Unidade Técnica competente observará o disposto no art. 17 desta Instrução Normativa.

CAPÍTULO IV DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 13. A fiscalização dos processos de privatização e de concessão, permissão e autorização de serviços públicos será realizada pela Unidade Técnica competente, sob a orientação do Relator, em cuja lista esteja incluída a empresa em privatização, no primeiro caso, o órgão ou entidade federal concedente ou a respectiva agência reguladora, nos demais casos.

§1º Para os fins do disposto neste artigo, a Unidade Técnica poderá realizar auditoria, inspeção ou levantamento nos órgãos e entidades encarregadas da execução e acompanhamento do processo de privatização, concessão, permissão e autorização de serviços públicos, bem como na própria empresa em desestatização.

§2º A Unidade Técnica competente poderá solicitar a colaboração das Secretarias de Controle Externo nos Estados para a realização dos trabalhos previstos no parágrafo anterior.

§3º A Unidade Técnica poderá, sob a orientação do Relator, requisitar a qualquer órgão ou entidade federal envolvida no processo, os elementos considerados indispensáveis à execução das atividades de acompanhamento, fiscalização e avaliação, fixando prazo para o atendimento das solicitações.

§4º O responsável que deixar de dar cumprimento ao disposto no parágrafo anterior, salvo motivo justificado, ficará sujeito à multa prevista no art. 58, inciso IV, da Lei nº 8.443/92, nos valores fixados no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

Art. 14. A fiscalização do processo de liquidação de empresa incluída no Programa Nacional de Desestatização será realizada pela Unidade Técnica a que esta estiver jurisdicionada, por meio de seu processo de prestação de contas anual.

Art. 15. Na fiscalização de processo de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos efetivado por meio de licitação na modalidade leilão público, aplica-se, no que couber, o disposto nesta Instrução Normativa.

Art. 16. Aplica-se, no que couber, o disposto nesta Instrução Normativa aos processos de outorga de subconcessão de serviços públicos, autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente.

Art. 17. Em qualquer estágio da fiscalização dos processos de desestatização, verificados indícios ou evidências de irregularidades, os autos serão submetidos de imediato à consideração do Relator da matéria, com proposta de adoção das medidas cabíveis.

Art. 18. A Unidade Técnica competente poderá propor ao Relator a requisição de serviços técnicos especializados, nos termos do art. 101 da Lei nº 8.443/92.

§ 1º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a Unidade Técnica supervisionará as atividades, indicando servidor que participará da realização dos trabalhos.

§ 2º O responsável por órgão ou entidade da Administração Pública Federal que deixar de atender à requisição de que trata este artigo, salvo por motivo justificado, ficará sujeito à multa de que trata o artigo 58, caput, da Lei nº 8.443/92, nos valores fixados no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

Art. 19. O disciplinamento dos procedimentos técnico-operacionais a serem observados no processo de fiscalização de que trata esta Instrução Normativa será estabelecido em manual, a ser aprovado mediante Portaria do Presidente do Tribunal de Contas da União.

Art. 20. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 21. Ficam revogadas as Instruções Normativas nºs 07, de 29.11.94 e 10, de 22.11.95.

HOMERO SANTOS
Presidente

9.2 ANEXO B - INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 43, DE 03 DE JULHO DE 2002

Dispõe sobre o acompanhamento pelo Tribunal de Contas da União dos processos de revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no exercício de suas competências constitucionais, legais e regimentais;

considerando o poder regulamentar que lhe confere o art. 3º, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992;

considerando a competência de que dispõe para realizar auditorias de natureza operacional nas entidades de administração direta e indireta, conforme o art. 71, inciso IV, da Constituição Federal;

considerando a incumbência do Poder Público de prestar serviços públicos, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, de acordo com o disposto no art.175, da Constituição Federal e nas normas legais pertinentes;

considerando a competência da União de explorar direta ou indiretamente os serviços e instalações de energia elétrica, segundo o art. 21, inciso XII, alínea “b”, da Constituição Federal.

considerando o disposto no art. 11 da Instrução Normativa nº 27, de 02 de dezembro de 1998, sobre o acompanhamento, pelo Tribunal de Contas da União, da execução contratual dos contratos de concessão, resolve:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União compete acompanhar, em todas as suas fases, os processos de revisão tarifária periódica relativos aos contratos de concessão dos serviços distribuição de energia elétrica, conduzidos pelo órgão regulador do setor elétrico.

§ 1º Para os fins do disposto nesta Instrução Normativa, consideram-se as seguintes definições:

I - revisão tarifária periódica: revisão contratual consistente em:

a) reposicionamento das tarifas de fornecimento de energia elétrica em nível compatível com a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão;

b) determinação do fator X, que será aplicado nos reajustes tarifários subsequentes, com o objetivo de compartilhar ganhos de produtividade com os consumidores.

II - reposicionamento tarifário: redefinição do nível de tarifas de energia elétrica da concessionária, considerando a relação entre a receita requerida e a receita verificada, além de outras receitas que contribuem para a modicidade tarifária, com vistas à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

III - fator X: coeficiente percentual a ser aplicado ao índice de variação da inflação que corrige a parcela de custos gerenciáveis da fórmula paramétrica de cálculo do Índice de Reajuste Tarifário – IRT, quando da realização dos reajustes tarifários anuais que ocorrem entre as revisões periódicas; representa o compartilhamento de ganhos de produtividade estimados entre as concessionárias e consumidores;

IV – data contratual da revisão tarifária: data estabelecida no contrato de concessão para o início da vigência do reposicionamento tarifário e do fator X;

V – audiência pública: evento público aberto à participação dos interessados, onde é apresentada, pelo órgão regulador, a proposta de revisão tarifária periódica e a proposta de reestruturação tarifária, que se destina a obter subsídios e informações adicionais para o aprimoramento desses dois processos.

CAPÍTULO II

FISCALIZAÇÃO DO PROCESSO DE REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA

Seção I

Exame Preliminar

Art. 2º A fiscalização dos processos de revisão tarifária periódica terá como subsídio o exame preliminar, pela unidade técnica, de estudos e procedimentos aplicáveis uniformemente a todos os processos de revisão tarifária.

§ 1º O órgão regulador, com vistas a propiciar o exame preliminar a que se refere o *caput* deste artigo, encaminhará ao Tribunal de Contas da União informações sobre:

I – procedimentos-padrão, consistentes na metodologia e respectiva fundamentação técnica, a serem utilizados para:

- a) escolha do ano-teste;
- b) cálculo da base de remuneração de capital;
- c) projeção da demanda no mercado de atendimento, caso seja utilizada nos cálculos;
- d) determinação da despesa operacional;
- e) determinação dos encargos sobre tarifas;
- f) determinação das quotas de reintegração, depreciação e amortização;
- g) determinação do resultado não-operacional;
- h) determinação dos planos de investimento a serem considerados;
- i) determinação das receitas de fornecimento, de suprimento e outras receitas;
- j) determinação da parcela de receitas extra-concessão a considerar para contribuir com a modicidade tarifária;
- k) determinação do fator X.

II – parâmetros a serem utilizados na definição da taxa de remuneração de capital, acompanhados dos respectivos cálculos e critérios de definição, consistentes em:

- a) taxas projetadas para inflação e juros;
- b) estrutura de capital adotada, e amostra de empresas utilizada para definição do capital ideal, caso utilizada;
- c) taxa de remuneração de capital próprio, indicando o modelo a ser utilizado e, ainda:
 - c.1) horizonte temporal para aplicação do modelo;
 - c.2) parâmetro β :
 - c.2.1) amostra de ações para cálculo do β representativo;

c.2.2) índices de liquidez das ações da amostra;

c.2.3) cálculos de alavancagem e desalavancagem;

c.3) índice de retorno livre do risco;

c.4) índice de retorno de mercado;

c.5) índice do risco país (se necessário);

d) taxa de remuneração de capital de terceiros:

d.1) taxa de remuneração de capital de terceiros em captações junto ao mercado;

d.1.1) amostra de captações a considerar;

d.2) custo de capital de terceiros captado junto a instituições públicas com taxas subsidiadas;

§ 2º Somente haverá autuação de processo na fase de exame preliminar, se forem detectados indícios ou evidências de irregularidades nos estudos apresentados pelo órgão regulador, situação em que a unidade técnica formulará representação ao Tribunal de Contas da União.

§ 3º Se houver alterações nas informações relativas aos procedimentos-padrão ou taxa de remuneração de capital, enumeradas no § 1º, o órgão regulador deverá comunicá-las ao Tribunal de Contas da União juntamente com as devidas justificativas e com a indicação dos processos de revisão tarifária a que se aplicam.

§ 4º Os exames efetuados pela unidade técnica competente sobre as informações objeto do § 1º deste artigo e sobre suas alterações, conforme § 3º, serão elevadas ao conhecimento do relator, imediatamente após sua conclusão, ainda que não haja autuação de processo.

Seção II

Do exame específico dos processos de revisão tarifária

Art. 3º Até o dia quinze de agosto de cada ano, o órgão regulador informará ao Tribunal de Contas da União quais processos de revisão tarifária periódica de contratos de concessão de serviços de distribuição de energia elétrica serão iniciados no ano seguinte, indicando para cada concessionária a receita operacional bruta referente ao último balanço patrimonial publicado e o número de unidades consumidoras atendidas.

§ 1º dos processos informados, serão selecionados quatro processos de revisão tarifária a serem acompanhados integralmente, segundo os seguintes critérios:

I – três, relativos às empresas com maior número de unidades consumidoras atendidas;

II – um processo escolhido aleatoriamente pela unidade técnica, sujeito à aprovação do relator.

§ 2º Caso a diferença entre o número de unidades consumidoras selecionadas pelo critério do inciso I do § 1º seja inferior a cinquenta mil, a receita operacional bruta será utilizada como critério de desempate, selecionando-se a empresa com maior receita.

§ 3º Caso alguma das empresas escolhidas pelo critério do inciso I do § 1º atenda a menos de quarenta mil unidades consumidoras, outra empresa deverá ser selecionada por escolha aleatória.

§ 4º O Tribunal dará conhecimento ao órgão regulador que determinado processo será acompanhado integralmente, no prazo de 260 dias após o seu início formal.

Art. 4º A fiscalização dos quatro processos a que se refere o § 1º do art. 3º, retro, ocorrerá em dois estágios, mediante análise dos seguintes documentos:

I – primeiro estágio:

a) proposta de revisão tarifária apresentada pelo órgão regulador à concessionária de distribuição de energia elétrica, acompanhada de planilhas de cálculo, em meio magnético, correspondentes;

b) resposta do concessionário à proposta de revisão tarifária elaborada pelo órgão regulador;

c) análise do órgão regulador sobre a manifestação do concessionário de que trata a alínea “b” supra;

d) nota técnica e planilhas de cálculo, em meio magnético, que fundamentam a proposta de reposicionamento tarifário e a estimativa do fator X, divulgadas antes da audiência pública;

e) relatório dos representantes do Tribunal de Contas da União sobre a manifestação dos participantes da audiência pública referida no inciso V do art. 1º, retro;

II – segundo estágio:

a) segunda nota técnica e planilhas de cálculo, em meio magnético, que dão suporte à decisão final da ANEEL sobre a revisão de tarifas;

b) eventuais fatos relevantes atinentes ao processo de revisão tarifária em curso;

c) ato de homologação de tarifas.

Seção III

Dos Prazos

Art. 5º O órgão regulador do setor elétrico encaminhará ao Tribunal de Contas da União a documentação enumerada nos incisos I e II do § 1º do art. 2º e nos incisos I e II do art. 4º, com observância aos seguintes prazos:

I – 165 dias após o início formal do processo de revisão tarifária, no que se refere aos procedimentos-padrão (art. 2º, § 1º, inciso I);

II – 195 dias após o início formal do processo de revisão tarifária, no que se refere à definição da taxa de remuneração de capital (art. 2º, § 1º, inciso II);

III – 275 dias após o início formal do processo de revisão tarifária, no que se refere à proposta de reposicionamento tarifário e fator X, acompanhada de planilhas de cálculo, e à manifestação do concessionário (art. 4º, inciso I, alíneas “a” e “b”);

IV – 295 dias após o início formal do processo de revisão tarifária, no que se refere à nota técnica divulgada na internet, juntamente com as planilhas de cálculo que a fundamentam (art. 4º, inciso I, alíneas “c” e “d”);

V – 365 dias após o início formal do processo de revisão tarifária, no que se refere aos documentos que compõem o segundo estágio (art. 4º, inciso II).

§ 1º Os documentos referentes ao exame preliminar, indicados nos incisos I e II do § 1º do art. 2º serão encaminhados ao Tribunal de Contas da União apenas uma vez, por ocasião do primeiro processo de revisão tarifária em que serão utilizados.

§ 2º Em caso de alteração de procedimentos-padrão e dos estudos sobre taxas de remuneração de capital, o órgão regulador deverá encaminhar ao Tribunal de Contas da União os novos estudos respeitando os prazos estabelecidos, respectivamente, nos incisos I e II deste artigo, contados com relação ao primeiro processo de revisão tarifária no qual serão utilizados.

Art. 6º A unidade técnica competente deverá analisar os documentos remetidos nos seguintes prazos:

I – trinta dias para análise da proposta de revisão tarifária enviada, pelo órgão regulador, ao concessionário e da subsequente manifestação do concessionário (art. 5º, inciso III);

II – trinta dias para análise da proposta de revisão tarifária constante da nota técnica divulgada na internet, da planilha de cálculo correspondente, além da análise da manifestação dos participantes da Audiência Pública (art. 4º, inciso I, alínea “e”, e art. 5º, inciso IV);

III – vinte dias para análise da nota técnica e das planilhas de cálculo que servem de base para a decisão final do órgão regulador sobre revisão tarifária periódica, além de eventuais fatos relevantes que venham a interferir no processo (art. 5º, inciso V).

Parágrafo único. Os autos serão remetidos ao relator após a análise de mérito do último estágio, ressalvadas as situações previstas no art. 7º desta Instrução Normativa.

CAPÍTULO III

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 7º A fiscalização dos processos de revisão tarifária periódica será realizada pela unidade técnica competente, sob a orientação do relator em cuja lista esteja incluído o órgão regulador do setor elétrico.

Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, a unidade técnica, a critério do relator, poderá realizar auditoria, inspeção ou levantamento no órgão regulador ou na concessionária de serviço público cujo processo de revisão tarifária encontra-se sob exame.

Art. 8º Em quaisquer dos estágios de acompanhamento de revisão tarifária periódica, havendo indícios ou evidências de irregularidades, a unidade técnica submeterá os autos à consideração do ministro-relator, com proposta de adoção das medidas cabíveis.

Art. 9º. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

T.C.U., Sala de Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 3 de julho de 2002.

VALMIR CAMPELO
Vice-Presidente,
no exercício da Presidência

9.3 ANEXO C - INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 46, DE 25 DE AGOSTO DE 2004

Dispõe sobre a fiscalização, pelo Tribunal de Contas da União, dos processos de concessão para exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias ou trechos rodoviários delegados pela União a estado, ao Distrito Federal, a município, ou a consórcio entre eles.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no exercício de suas competências constitucionais, legais e regimentais;

Considerando o poder regulamentar que lhe confere o art. 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992;

Considerando que deverá prestar contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, como previsto no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, com a redação dada pelo art. 12 da Emenda Constitucional nº 19, de 5 de maio de 1998;

Considerando a competência para apreciar os processos de desestatização incluídos no Programa Nacional de Desestatização (PND), entre os quais os relativos a serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização, consoante disposto no inciso III do art. 2º c/c inciso VIII do art. 18 da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997;

Considerando que as vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública, estão sujeitas ao regime de concessão, como previsto no inciso IV do art. 1º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; e

Considerando, ainda, que a União pode delegar, por intermédio do Ministério dos Transportes, pelo prazo de até vinte e cinco anos, prorrogáveis por até mais vinte e cinco, a município, a estado da federação ou ao Distrito Federal, ou a consórcio entre eles, a administração de rodovias e exploração de trechos de rodovias ou obras rodoviárias federais, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.277, de 5 de outubro de 1996; resolve:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º A fiscalização, realizada pelo Tribunal de Contas da União, nos processos de concessão para exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias ou trechos rodoviários delegados pela União a estado, ao Distrito Federal, a município, ou a consórcio entre eles, observará o disposto nesta Instrução Normativa.

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

I - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

II - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público,

delegada pelo poder concedente, mediante licitação, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

III - convênio de delegação: acordo em que a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, delega, por prazo determinado, a municípios, estados da federação, ao Distrito Federal, ou a consórcio entre eles, a administração de rodovias e a exploração de trechos de rodovias, ou obras rodoviárias federais.

CAPÍTULO II FISCALIZAÇÃO DAS CONCESSÕES PARA EXPLORAÇÃO DE RODOVIAS FEDERAIS

Seção I

Outorga da Concessão

Art. 3º A fiscalização prévia e concomitante dos processos de outorga de concessão para exploração de rodovias federais será realizada em cinco estágios, mediante análise dos seguintes documentos:

I - primeiro estágio:

a) ato justificativo quanto à conveniência da outorga da concessão, em que esteja caracterizado o objeto, a área e o prazo, bem como informação quanto ao caráter de exclusividade da concessão, como estabelece o art. 5º c/c o art. 16 da Lei n.º 8.987, de 1995;

b) comprovante de que o objeto licitado foi incluído no plano de outorgas previsto no inciso III do art. 24 da Lei n.º 10.233, de 2001;

c) estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, contendo, entre outras informações que o gestor do processo julgue necessárias, as seguintes:

1. objeto, área e prazo da concessão;
2. quantificação e localização das praças de pedágio devidamente justificadas;
3. estudos técnicos estimativos dos índices de fuga e impedância adequadamente fundamentados;
4. estudo específico e fundamentado de estimativa de tráfego para a rodovia ou trecho de rodovia em licitação;
5. orçamento, com data de referência, das obras a realizar previstas pelo poder concedente para o objeto a licitar;
6. custo estimado de prestação dos serviços, incluindo os custos operacionais;
7. projeção das receitas operacionais da concessionária;
8. projeção de ganhos de produtividade, decorrentes de avanço tecnológico, aperfeiçoamento industrial, soluções técnicas inovadoras e soluções/produtos novos;
9. eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados;
10. fluxo de caixa projetado do empreendimento, coerente com o estudo de viabilidade;

d) relatório de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;

e) Programa de Exploração da Rodovia (PER), elaborado pelo poder concedente ou por empresa contratada com essa finalidade, ou outro documento que se destine a delimitar as obras, os investimentos e os serviços a serem realizados pela concessionária durante a execução contratual, acompanhado dos respectivos cronogramas físico-financeiros;

f) relatório sintético sobre os estudos de impacto ambiental disponíveis, em que esteja indicada a existência de licenciamento ambiental para a execução das obras previstas, bem como a existência de passivo ambiental no trecho rodoviário a ser licitado e o agente responsável por sua recuperação;

g) exigências contratuais e legais impostas por organismos internacionais, quando participarem do financiamento do empreendimento;

II - segundo estágio:

a) edital de licitação elaborado com base nos critérios e nas normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e, em específico, no que prevê o art. 18 da Lei nº 8.987, de 1995, o § 2º do art. 26 e o § 2º do art. 34-A da Lei nº 10.233, de 2001;

b) anexos do edital de licitação, entre os quais a minuta de contrato de concessão, em que sejam observadas as cláusulas essenciais dos contratos, nos termos do art. 23 da Lei nº 8.987, de 1995, e dos arts. 35 e 37 da Lei nº 10.233, de 2001;

c) justificativa para a escolha do parâmetro ou do indicador a ser utilizado para a aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, previsto no Capítulo IV da Lei nº 8.987, de 1995;

d) comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, bem como retificações do edital;

e) impugnações apresentadas contra o edital e análises correspondentes proferidas pela comissão de licitação;

III - terceiro estágio:

a) questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às licitantes sobre a fase de habilitação;

b) atas de abertura e de encerramento da fase de habilitação;

c) relatório de julgamento da fase de habilitação, em que sejam abordados os aspectos relativos a:

1. habilitação jurídica;
2. regularidade fiscal;
3. qualificação técnica;
4. qualificação econômico-financeira;
5. declaração dos licitantes quanto a recebimento de todos os documentos da licitação (edital, anexos, plantas e outros), bem como conhecimento de todas as informações e das condições locais da rodovia ou trecho a ser licitado, por meio de vistoria, necessárias para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

6. compromisso do licitante de informar ao órgão concedente a superveniência de fato impeditivo da habilitação, se existente, nos termos do § 2º do art. 32 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993;

d) decisões proferidas em recursos interpostos contra os resultados da fase de habilitação;

IV - quarto estágio:

a) fase de julgamento das propostas técnicas, quando houver:

1. questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às licitantes sobre a fase de julgamento das propostas técnicas;
 2. atas de abertura e encerramento da fase de julgamento das propostas técnicas;
 3. relatório de julgamento das propostas técnicas;
 4. decisões proferidas em recursos interpostos contra os resultados da fase de julgamento das propostas técnicas;
- b) fase de julgamento das propostas econômico-financeiras:
1. questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às licitantes sobre a fase de julgamento das propostas econômico-financeiras;
 2. atas de abertura e encerramento da fase de julgamento das propostas econômico-financeiras;
 3. relatório de julgamento das propostas econômico-financeiras, em que sejam avaliados, entre outros dispositivos, a exequibilidade das propostas apresentadas, em cumprimento ao § 3º do art. 15 da Lei nº 8.987, de 1995, e a necessidade de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes, situação prevista no art. 17 da Lei n.º 8.987, de 1995;
 4. decisões proferidas em recursos interpostos contra os resultados da fase de julgamento das propostas econômico-financeiras;

V - quinto estágio:

- a) ato de outorga;
- b) contrato de concessão assinado;
- c) Programa de Exploração da Rodovia (PER) apresentado pela concessionária ou qualquer outro documento que se destine a delimitar as obras e os serviços a serem realizados durante todo o prazo contratual;
- d) cópia da proposta econômico-financeira apresentada pela licitante vencedora e dos correspondentes anexos, inclusive em meio magnético, em que conste, no mínimo:
 1. matriz de tráfego e premissas adotadas para a formulação da proposta econômico-financeira;
 2. discriminação de todas as receitas esperadas;
 3. discriminação e cronograma econômico-financeiro dos investimentos e dos custos operacionais;
 4. fluxo de caixa da concessão com demonstração da Taxa Interna de Retorno (TIR) ou de qualquer outro parâmetro, previsto no edital de licitação, que se destine a aferir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Art. 4º O dirigente do órgão ou da entidade federal concedente encaminhará, mediante cópia, os documentos descritos no artigo anterior ao Tribunal de Contas da União, observados os seguintes prazos:

I - primeiro estágio - quarenta e cinco dias, no mínimo, antes da publicação do edital de licitação;

II - segundo estágio - dez dias, no máximo, após:

a) a publicação do edital de licitação e correspondentes anexos;

b) o envio de comunicações e esclarecimentos a licitantes;

c) a retificação do edital de licitação;

d) a análise conclusiva de impugnação apresentada contra o edital de licitação;

III - terceiro estágio - dez dias, no máximo, após:

a) a divulgação do resultado final da fase de habilitação;

b) a análise conclusiva dos recursos interpostos contra o resultado da fase de habilitação;

IV - quarto estágio - dez dias, no máximo, após:

a) a divulgação do resultado final da fase de julgamento das propostas técnicas, quando houver;

b) a análise conclusiva dos recursos interpostos contra o resultado final da fase de julgamento das propostas técnicas;

c) a divulgação do resultado final da fase de julgamento das propostas econômico-financeiras;

d) a análise conclusiva dos recursos interpostos contra o resultado final da fase de julgamento das propostas técnicas;

V - quinto estágio - dez dias, no máximo, após a assinatura do contrato de concessão.

Parágrafo único. Para fins do devido exame por parte do Tribunal de Contas da União, o órgão ou a entidade federal concedente observará o prazo mínimo de quarenta e cinco dias, entre a homologação do resultado do julgamento das propostas e a assinatura do contrato.

Art. 5º A unidade técnica responsável pela instrução do processo de fiscalização de que trata o art. 3º deverá, após a devida autuação, proceder à análise dos referidos estágios, na medida em que os elementos correspondentes forem recebidos.

§ 1º Findo o quarto estágio, o processo deverá ser encaminhado ao respectivo Relator em prazo não superior a vinte dias úteis.

§ 2º Recebido o contrato de concessão assinado, previsto no quinto estágio da fiscalização, a unidade técnica responsável deverá encaminhar ao relator, em prazo não superior a quinze dias úteis, informação quanto à adequação do termo contratual com os ditames da licitação e proposta de encerramento dos autos, ou outra medida que se faça necessária.

§ 3º A unidade técnica competente observará o disposto no art. 13 desta Instrução Normativa quando da análise dos documentos e das informações referidos neste artigo.

§ 4º O órgão ou a entidade federal concedente organizará e manterá arquivo atualizado para, no âmbito da atividade fiscalizatória prevista no caput deste artigo, subsidiar eventual levantamento, inspeção ou auditoria do Tribunal de Contas da União.

Seção II Execução Contratual

Art. 6º Na fase de execução contratual, a fiscalização observará o fiel cumprimento das normas pertinentes e das cláusulas contidas no contrato e nos respectivos termos aditivos firmados com a concessionária, além de avaliar a ação exercida pelo órgão, pela entidade federal concedente ou pela respectiva agência reguladora, bem como as diretrizes estabelecidas pelo poder concedente ou pelo órgão ou agência responsável pelo acompanhamento e pela fiscalização da execução contratual.

Parágrafo único. A atuação da unidade técnica na fiscalização da execução contratual dar-se-á mediante a realização de inspeção, levantamento ou auditoria no órgão ou na entidade concedente, na agência reguladora e na concessionária, conforme o caso.

Art. 7º O órgão, a entidade federal concedente ou a agência reguladora informará ao Tribunal de Contas da União, com as devidas fundamentações, a ocorrência de qualquer das situações a seguir descritas:

I - aprovação de solicitação de revisão, adequação ou reajuste da Tarifa Básica de Pedágio (TBP), formulada pela concessionária, acompanhadas das planilhas em meio magnético que demonstrem as modificações promovidas no fluxo de caixa, evidenciando o parâmetro ou indicador utilizado para o estabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, previsto no art. 3º, inciso II, alínea 'c' desta instrução;

II - assinatura de termo aditivo ao contrato de concessão;

III - modificação das condições inicialmente pactuadas;

IV - aplicação de penalidades regulamentares e contratuais à concessionária;

V - intervenção em concessionária de rodovia federal, nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei nº 8.987, de 1995;

VI - extinção da concessão no advento do termo contratual, bem como medidas adotadas a fim de que sejam garantidas a continuidade e a atualidade do serviço concedido, nos termos do art. 36 da Lei nº 8.987, de 1995;

VII - encampação do serviço concedido por motivos de interesse público, bem como as medidas adotadas para garantir a continuidade e a atualidade do serviço, nos termos do art. 37 da Lei nº 8.987, de 1995;

VIII - declaração da caducidade da concessão, a partir das conclusões do processo administrativo instaurado para verificar a inadimplência da concessionária, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.987, de 1995;

IX - ação judicial movida pela concessionária contra o órgão ou a entidade federal concedente, com qualquer fim, inclusive o de rescisão contratual, situação prevista no art. 39 da Lei nº 8.987, de 1995;

X - anulação do contrato de concessão, situação prevista no inciso V do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995;

XI - falência ou extinção da empresa concessionária, situação prevista no inciso VI do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995;

XII - subconcessão do objeto contratual, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.987, de 1995;

XIII - transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, situação prevista no art. 27 da Lei nº 8.987, de 1995;

XIV - prorrogação do prazo contratual.

§ 1º O prazo para cumprimento do disposto neste artigo é de dez dias, no máximo, contados a partir da caracterização formal de cada uma das situações arroladas nos incisos de I a XIV deste artigo.

§ 2º Verificados indícios ou evidências de irregularidades nos documentos encaminhados em cumprimento ao disposto neste artigo, a unidade técnica formulará representação ao Ministro-Relator, com proposta para adoção das medidas cabíveis.

§ 3º Caberá à unidade técnica obter junto ao órgão ou à agência responsável, mediante diligência ou inspeção, os elementos necessários à instrução do processo autuado nos termos do parágrafo anterior.

CAPÍTULO III

RODOVIAS FEDERAIS DELEGADAS A ESTADO, AO DISTRITO FEDERAL, A MUNICÍPIO OU A CONSÓRCIO ENTRE ELES

Art. 8º A fiscalização das rodovias federais delegadas pela União a estado, ao Distrito Federal, a município, ou a consórcio entre eles, operadas diretamente ou mediante concessão à iniciativa privada, será motivada por:

I - solicitação do Congresso Nacional, de suas casas ou comissões, de acordo com o art. 38 da Lei nº 8.443, de 1992, e os arts. 231 a 233 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RI/TCU);

II - iniciativa própria do Tribunal de Contas da União, nos termos do inciso II do art. 1º da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 230 do RI/TCU;

III - denúncia encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, na forma dos arts. 53 a 55 da Lei nº 8.443, de 1992, e dos arts. 234 a 236 do RI/TCU;

IV - representação legitimamente formulada, nos termos do art. 237 do RI/TCU.

Art. 9º O órgão delegante encaminhará, ao Tribunal de Contas da União, cópia dos seguintes documentos:

I - convênio de delegação, celebrado com município, estado, o Distrito Federal, ou consórcio entre eles, versando sobre a exploração de trecho de rodovia federal;

II - instrumento de denúncia de convênio de delegação, celebrado com município, estado, Distrito Federal, ou consórcio entre eles, versando sobre a exploração de trecho de rodovia federal delegada.

§ 1º O prazo para encaminhamento dos documentos solicitados nos incisos I e II é de dez dias após a ocorrência de cada evento citado neste artigo.

§ 2º O órgão delegante, ou outro ente federal que vier a ser responsável pelo acompanhamento do processo no âmbito do delegatário, deverá informar ao Tribunal de Contas da União, no prazo especificado no parágrafo anterior, o início do processo licitatório para concessão do trecho de rodovia federal delegada.

Art. 10. A atuação da unidade técnica na fiscalização das rodovias federais delegadas pela União a estado, ao Distrito Federal, a município, ou a consórcio entre eles, dar-se-á mediante a realização de inspeção, levantamento ou auditoria, conforme o caso, no órgão delegante, no órgão delegatário ou na concessionária.

CAPÍTULO IV DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 11. A fiscalização dos processos de outorga e de execução contratual das concessões rodoviárias federais, assim como das rodovias federais delegadas a entes da federação, será realizada pela unidade técnica competente, sob a orientação do relator em cuja lista esteja incluído o órgão ou a entidade concedente, ou a agência reguladora do setor.

§ 1º A unidade técnica competente poderá contar com a colaboração das secretarias de controle externo nos estados para a fiscalização prevista nesta instrução normativa.

§ 2º A unidade técnica poderá requisitar, a qualquer órgão ou entidade federal envolvida no processo, os elementos considerados indispensáveis à execução das atividades de acompanhamento e fiscalização, fixando prazo razoável para o atendimento das solicitações, nos termos do inciso III do art. 245 do RI/TCU.

§ 3º A unidade técnica competente poderá propor ao Relator a requisição de serviços técnicos especializados, nos termos do art. 101 da Lei nº 8.443, de 1992.

§ 4º Na hipótese prevista no parágrafo anterior, caberá à unidade técnica a supervisão dos serviços desenvolvidos, com a indicação, se julgar necessário, de servidores para atuarem junto aos prestadores dos serviços.

Art. 12. O disciplinamento dos procedimentos técnico-operacionais a serem observados no processo de fiscalização de que trata esta Instrução Normativa será estabelecido em manual, a ser aprovado mediante Portaria do Presidente do Tribunal de Contas da União.

Art. 13. Em qualquer estágio da fiscalização empreendida junto às rodovias federais concedidas ou delegadas, verificados indícios ou evidências de irregularidades, a unidade técnica submeterá os autos, de imediato, à consideração do relator, com proposta das medidas cabíveis.

Art. 14. Aplica-se o disposto nesta Instrução Normativa, no que couber, aos processos de outorga de subconcessão de serviços públicos, nos termos previstos no contrato de concessão e desde que expressamente autorizada pelo órgão ou pela entidade federal concedente, como estabelece o art. 26 da Lei nº 8.987, de 1995.

Art. 15. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

VALMIR CAMPELO
Presidente do Tribunal