

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

JANAÍNA RIGO SANTIN

MANOEL MESSIAS PEIXINHO

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; Manoel Messias Peixinho; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-346-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Administrativo. 3. Gestão. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

O III Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, trouxe um espaço virtual e síncrono de debates e discussões altamente qualificados, reunindo a comunidade jurídica e, em especial, os docentes e discentes dos programas de pós-graduação em direito do Brasil.

Estamos há mais de um ano da maior crise sanitária dos últimos tempos, uma pandemia que já matou mais de 500 mil brasileiros. Inobstante as enormes adversidades por que passamos neste período, a pesquisa científica não pode parar. Os novos desafios impõem alterações consideráveis no direito administrativo e na gestão pública brasileira, com um sem número de alterações legislativas, editadas com vistas a responder às demandas trazidas pela Covid-19.

Com vistas a problematizar este momento tão atípico, e na tentativa de buscar conjuntamente soluções, o CONPEDI, mais uma vez, ofereceu aos participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssimo nível.

A possibilidade de dialogar com nossos pares em tempos tão difíceis é como um sopro de esperança para todos e, nesse sentido, as pesquisas e debates realizados no Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I” reuniram um amplo e plural conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos e discussões abertas, horizontais, dialógicas e plurais. Contribuições marcadas pela pertinência acadêmica e pela preocupação com os desafios advindos da pandemia e, também, deste novo direito administrativo "de emergência".

A Academia (esta herança grega histórica e humanisticamente insubstituível do Ocidente) somente existe e é legitimada por meio do saber crítico – que é libertador - a visar às transformações políticas, sociais, econômicas e culturais. A produção científica do CONPEDI é resultado dos seus Congressos nacionais e internacionais, que são eventos dialogais e dialéticos, físicos e virtuais, e da produção científica decorrente de artigos acadêmicos apresentados por estudantes e professores. Este GT concilia, transdisciplinarmente, o Direito Administrativo com a Gestão Pública num contexto histórico

dramático, imprevisível e emergencial (COVID-19) em que há o desafio irrenunciável das administrações públicas federativas na alocação de recursos financeiros eficientes, transparentes e inclusivos.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DECOLONIZAR O DIREITO ADMINISTRATIVO? UMA REFLEXÃO SOBRE OBSTÁCULOS E POSSIBILIDADES
2. A IDEOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS NO PREÂMBULO COMO VETOR HERMENÊUTICO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL
3. INTERESSE PÚBLICO VERSUS DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA (RE) PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO
4. AS RAÍZES HISTÓRICAS E CULTURAIS DO PATRIMONIALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E A SUA PRESENÇA NA GESTÃO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL
5. EMERGÊNCIA DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL COMO INSTRUMENTO DE DIRETRIZES POLÍTICAS PRA DESENVOLVIMENTO E PROMOÇÃO DE INFORMAÇÕES GOVERNAMENTAIS.
6. REGULAÇÃO CENTRALIZADA VERSUS DESCENTRALIZADA: QUAL ESTRUTURA ORGANIZACIONAL É MAIS SUSCETÍVEL A INTERFERÊNCIAS POLÍTICAS?
7. A LEI ROBIN HOOD COMO INSTRUMENTO LEGAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL
8. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE: O CONTROLE SOCIAL NO CAMINHO DAS NOVAS TECNOLOGIAS
9. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS
10. A UTILIZAÇÃO DOS DISPUTE BOARDS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: POR UM PROCEDIMENTO MAIS JUSTO E CÉLERE

11. ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC) NOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

12. ANÁLISE DA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – O CASO DO ACORDO VALE S/A E ESTADO DE MINAS GERAIS

13. REGULAÇÃO EM DESEQUILÍBRIO: ESTRATÉGIAS PARA EQUILIBRAR AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

14. AVALIAÇÃO DE RESULTADO REGULATÓRIO: UM EXAME PRELIMINAR DAS NORMAS GERAIS VIGENTES

15. OS LIMITES DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUA EFETIVIDADE NA GARANTIA DE DIREITOS SOCIAIS

16. A ANEEL E A POLÍTICA REGULATÓRIA EXTRAFISCAL SOBRE CÉLULAS FOTOVOLTAICAS: UMA SAÍDA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL?

17. A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO NA PANDEMIA: UMA DISCUSSÃO SOB A ÓTICA DO ESTADO DE EXCEÇÃO

18. A ÉTICA DA ECONOMIA DA COMUNHÃO À LUZ DA EFICAZ DESTINAÇÃO DOS BENS MÓVEIS APREENDIDOS A LEILÃO

19. BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TRANSPARÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

20. ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS

21. O CONTROLE DAS FINANÇAS PÚBLICAS NO BRASIL

22. ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ANTES E APÓS A OPERAÇÃO QUINTO DO OURO

23. MUITO ALÉM DO CONTROLE: A ATUAÇÃO DO TCU COMO ÓRGÃO DE SUPERVISÃO E REVISÃO REGULATÓRIAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

24. DESESTATIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UMA ANÁLISE A RESPEITO DA TRANSFERÊNCIA DE DADOS DE UMA ESTATAL DE SANEAMENTO APÓS O PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO.

25. FUNÇÃO SOCIAL DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De nossa parte, estamos honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização de mais este evento virtual, congregando pesquisadores em torno da socialização da pesquisa científica produzida na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas temáticas!

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e do Rio de Janeiro (RJ), junho de 2021.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. Manoel Messias Peixinho – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) e Universidade Cândido Mendes (UCAM-Rio)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no III Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

MUITO ALÉM DO CONTROLE: A ATUAÇÃO DO TCU COMO ÓRGÃO DE SUPERVISÃO E REVISÃO REGULATÓRIAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

BEYOND CONTROL: TCU'S ROLE AS A REGULATORY OVERSIGHT AND REVIEW BODY FOR REGULATORY AGENCIES

Fernando Antonio de Souza Ferreira Junior ¹

Resumo

O TCU não mais se limita ao controle tradicional da Administração Pública de tipo formalista e legalista. A atuação do Tribunal é uma de supervisão e revisão regulatórias, a Corte interferindo nas escolhas e juízos técnicos das agências reguladoras. Tal atuação, apesar de não contar com suporte exposto em texto de lei, é legítima perante o direito, na medida em que fundada em costume constitucional que se desenvolveu e se consolidou nos últimos vinte anos.

Palavras-chave: Direito regulador, Estado regulador, Governança regulatória, Interações institucionais, Controle da administração pública

Abstract/Resumen/Résumé

TCU is no longer limited to a traditional formalistic and legalistic control of the Public Administration. The Court's role is one of regulatory oversight and review, interfering in the technical choices and judgments of regulatory agencies. Such action, despite not having express support in the statutes, is legitimate under the law, insofar as it is based on a constitutional custom that developed and consolidated in the last twenty years.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regulatory law, Administrative state, Regulatory governance, Institutional interactions, Control of public administration

¹ Advogado. Assessor jurídico no Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito da Regulação pela FGV-RJ.

1. Introdução: “o governo não é uma máquina, mas um organismo vivo”: a consolidação de um costume e a ocupação de vazios institucionais e normativos pelo TCU

O direito administrativo é atualmente, e já há algumas décadas, um campo de transformações, disputas e debates. Fala-se recorrentemente em *transformações do direito administrativo* ou, ainda, em *mutações ou evolução do direito administrativo* (NETO, 2001) e (MEDAUAR, 2003).

Um desses debates, e talvez dos mais acirrados nos últimos anos, e que têm chamado cada vez mais a atenção dos estudiosos e publicistas em geral, é o que diz respeito à natureza e aos limites da atuação do Tribunal de Contas da União - TCU, em especial no tocante ao relacionamento com as agências reguladoras.

Há duas décadas, pelo menos, o Tribunal de Contas da União tem atuado, de forma consistente, fora dos limites impostos - ou presumivelmente impostos - pelo texto da Constituição e da lei, interferindo e imiscuindo-se nas escolhas regulatórias substantivas das agências reguladoras. Essa situação foi notada pelos estudiosos do direito público brasileiro que, a respeito do tema, já produziram considerável quantidade de textos no sentido de que a Corte de Contas tem se comportado de modo tal a não encontrar suporte direto e expresso nos textos legais, indo além do que se espera de um órgão auxiliar do controle externo (ROSILHO, 2016). O debate chegou, inclusive, às páginas dos jornais (TCU TOMA LUGAR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS - ECONOMIA - ESTADÃO, [s. d.]).

O problema que o presente trabalho pretende enfrentar, por conseguinte, é se essa atuação do TCU de interferir nas decisões e escolhas substantivas das agências reguladoras é compatível com o direito público vigente ou não.

A rigor, o papel que o TCU desempenha hoje não se limita mais ao do *tradicional* controle da Administração Pública, nos moldes da previsão dos arts. 70 e 71 da Constituição. O que está em jogo aqui é um novo papel: os de *supervisão e revisão regulatórias*.

As próprias agências reguladoras reconheceram, num processo que se desenrolou nos últimos vinte anos, essa função do TCU¹.

Trata-se, a bem ver, de uma regra de *direito não-escrito* ou, mais precisamente, de um

¹ E isso, certamente, não se deu sem motivo. Um deles, que será explorado mais à frente, diz respeito ao fato que a implantação do modelo do Estado regulador no Brasil ocorreu de maneira incompleta. Não se conseguiu replicar no Brasil a estrutura institucional do *administrative state* norte-americano. Disso resultaram falhas de desenho institucional, sendo uma delas a ausência de um órgão de supervisão das diversas agências setoriais. A atuação expansiva do TCU preencheu esse vácuo institucional.

costume constitucional, que obriga as agências reguladoras a se submeterem à supervisão e revisão regulatórias do TCU, que, então, no âmbito do *controle operacional*, determina, por meio de um procedimento *quase-judicial*, ajustes nas medidas ou decisões dos órgãos reguladores.

O trajeto argumentativo em favor da tese esposada neste artigo terá os seguintes passos. Após esta introdução, no item 2, o texto abordará a interpretação da atuação do TCU, não mais como órgão de controle, mas como órgão de supervisão e revisão regulatórias das agências reguladoras, tomando como exemplo a OIRA norte-americana e articulando, ainda que brevemente, a necessidade institucional, na esfera do modelo do estado regulador brasileiro, de um órgão incumbido dessa tarefa.

O item 3 tratará de apresentar os fundamentos jurídicos para essa nova atuação do TCU. Será o caso de se fazer uma discussão sobre a crise da lei como fonte única do direito, em geral, e do direito público, em particular, e da necessidade do abandono do paradigma legalístico. A função do Tribunal de Contas como órgão de supervisão e revisão regulatórias será interpretada como legítima à luz de um costume constitucional desenvolvido e sedimentado ao longo dos últimos vinte anos, costume este considerado fonte de direito. Por fim, o texto argumentará no sentido do reconhecimento formal - ainda que parcial - desse costume por parte do legislador, em virtude da edição da Lei nº 13.448/2017 e da discussão havida no Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

No item 4, à guisa de conclusão, será feito um apanhando das principais afirmações feitas ao longo do artigo.

Com isso, pretende-se dar uma contribuição, ainda que modesta, ao debate em torno da atuação e funções do Tribunal de Contas da União, em especial no que diz respeito à sua relação com as agências reguladoras, de modo a aprimorar o desenho institucional do estado regulador brasileiro.

2. Interpretando a atuação do TCU: órgão de supervisão e revisão regulatórias da Administração Pública federal

Não se trata aqui de discutir se esse desenho institucional, em que a competência de supervisão e revisão regulatórias cabe ao TCU, é o melhor ou não. O que importa é que tal modelo, no qual a Corte de Contas tem efetivamente a última palavra em matéria de regulação, é um modelo *consolidado*, seja por conta do largo transcurso de tempo - vinte anos não são pouca coisa -, seja por conta do reconhecimento por parte dos atores envolvidos - TCU e agências reguladoras - de que esse estado de coisas não será alterado em curto ou médio prazos

- é algo que realmente veio para ficar².

Logo, em se tratando de situação estabilizada o que se mostra decisivo é *tentar compreendê-la* ou, ao menos, *tentar formular uma interpretação que dê sentido ao fenômeno* à luz das noções jurídicas disponíveis.

Em certo sentido, a resposta já foi dada, dentre outros, pelos Profs. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda: o TCU é - e age como - *instância revisora integral da atividade administrativa*, o que implica dizer que o TCU examina, avalia, julga e eventualmente corrige e substitui as escolhas dos órgãos da Administração Pública, em especial das agências reguladoras (SUNDFELD; CÂMARA, 2013).

É interessante notar que, de acordo com o desenho institucional traçado pelos constituintes de 87, esse papel de supervisão e revisão regulatórias da Administração Pública caberia, a bem da verdade, ao Chefe do Poder Executivo, na medida em que a ele foi incumbida a tarefa de exercer a “direção superior da administração federal”, tal como determina o art. 84, inc. II da Constituição (RAGAZZO, 2018).

O modelo institucional adotado pela Assembleia Constituinte era um de tipo de *executivo centralizado*, de *Administração Pública hierarquizada e verticalizada*³, tendo como pólo de articulação justamente a figura do Presidente da República. Era o figurino, *mutatis mutandis*, do famoso Decreto-lei nº 200/1967, que orientava os trabalhos dos constituintes de então⁴. Como bem diz a respeito o Prof. Sérgio Guerra:

“[c]ontudo, e ainda que as entidades da administração indireta tenham sido dotadas de personalidade jurídica pelo Decreto-Lei 200/67, e que a

² Isso sem falar no recente reconhecimento parcial dessa situação por parte do legislador com a edição da Lei nº 13.448/2017, que trata das relicitações e prorrogações antecipadas de algumas concessões e parcerias no âmbito federal.

³ Centralizado, é verdade, *ma non troppo*, pois, a despeito da “direção superior”, o Executivo brasileiro divide-se, já a nível constitucional, em ministérios e outros órgãos dotados de marcada autonomia institucional, como, por exemplo, o Ministério Público. Ademais, o Executivo brasileiro se assemelha apenas longinquamente ao modelo por excelência de Executivo que é o previsto na Constituição norte-americana de 1787. Lá, diferentemente do que ocorre aqui, como deixa claro o texto constitucional, o Poder Executivo é “*vested in the president*”, o que significa dizer que o Poder Executivo se confunde com a pessoa física do presidente. Há aí nessa concepção um tipo de unidade, de unidade física mesma, manifestada na própria pessoa do presidente, que não se dá no modelo constitucional brasileiro.

⁴ De acordo com os Profs. Floriano Marques e Juliana de Palma: “[a] Assembleia Nacional Constituinte tomou como referência a estrutura de organização burocrático-administrativa disciplinada no Decreto-Lei n.º 200/67 para disciplinar a Administração Pública brasileira. Adota-se, assim, o modelo de Executivo Unitário, cabendo ao “chefe” do Poder Executivo a disciplina hierárquica de seus órgãos subalternos e o controle de seus entes personificados, como autarquias e empresas estatais. O chefe do Executivo corresponde exatamente ao ponto de coesão e uniformidade do Poder Público, com dois pressupostos bastantes claros: (i) protagonismo decisório do chefe do Executivo, que detém o poder constitucional de proferir a primeira e a última decisão, e (ii) plena capacidade de organização administrativa pelo chefe do Poder Executivo. (...) Em síntese, a Assembleia Nacional Constituinte estabeleceu um modelo de Administração Pública centrado no chefe do Poder Executivo, com superioridade perante órgãos, entidades e agentes públicos – seus auxiliares –, dada a atribuição constitucional de protagonismo decisório e amplas competências de organização administrativa”. (NETO; PALMA, 2020)

subordinação tenha sido substituída pela vinculação, na prática permaneceram - e ainda permanecem - sob exclusiva dependência da autoridade do Chefe do Poder Executivo. O Presidente da República nomeia e destitui o dirigente da entidade da administração indireta de acordo com seus interesses políticos e partidários. (...) Mesmo com essas medidas que direcionaram a burocracia para certa autonomia, a Administração Pública brasileira como um todo (direta e indireta), na prática continuou sendo dirigida de forma centralizada e hierarquizada pelo Presidente da República”. (GUERRA, 2015, p. 74-75)

O fato é que, a despeito do hibridismo do modelo institucional da Administração Pública brasileira, o Chefe do Poder Executivo deveria desempenhar um papel fundamental de articulação, supervisão e coordenação dessa estrutura, na medida em que é ele, por expressa determinação constitucional, o *diretor superior da administração federal*.

No entanto, a experiência histórica, especialmente em comparação com a dos EUA, mostra que a Presidência da República - ou outro órgão qualquer do Poder Executivo - não se estruturou de modo a lidar com essas demandas do modelo institucional híbrido atualmente vigente no Brasil. (GUERRA, 2014, p. 380)

Esse esforço de estruturação e capacitação supervisora ocorreu nos EUA, na medida em que a Presidência da República se viu assoberbada diante do crescimento exponencial dos órgãos e demais entes do *administrative state*. Como nota o Prof. Sérgio Guerra, diferentemente do que ocorreu - e ocorre - no Brasil, o “Poder Executivo norte-americano passou por grandes mudanças ao longo dos anos” (GUERRA, 2015, p. 18), estando muito longe atualmente do desenho institucional dos tempos de George Washington.

Foi com o *New Deal*, de Franklin Delano Roosevelt, que o *administrative state* norte-americano deu um grande salto em termos de complexidade e tamanho, várias agências e órgãos reguladores independentes surgindo em pouco espaço de tempo com a finalidade de intervir nas relações econômicas e promover um funcionamento mais equilibrado das mesmas, o que se mostrava decisivo no esforço de combate aos efeitos da Grande Depressão dos anos trinta⁵.

Não se trata aqui de esmiuçar a estrutura do Poder Executivo federal dos EUA, mas apenas de mostrar que, contrariamente ao que se deu no Brasil, lá o órgão de cúpula do Poder Executivo se estruturou para desempenhar um papel de supervisão e revisão regulatórias.

⁵ “A crise decorrente da Grande Depressão (Great Depression), ocorrida na década de 1930, acabou por levar à criação de mais agências governamentais. Com efeito, em que pese a existência de entes reguladores desde o século XVIII, foi no Governo do Presidente Franklin D. Roosevelt, primo de Theodore Roosevelt, sob a forma de um programa conhecido como New Deal, em que o Poder Executivo e o Congresso estruturaram a máquina estatal para enfrentar os enormes e complexos problemas sociais e econômicos que o país enfrentava”. (GUERRA, 2015, p. 27-28)

Esse papel é desempenhado especialmente pela “OIRA - Office of Information and Regulatory Affairs”, que faz parte da estrutura do “EOP” da Presidência da República⁶. A OIRA está encarregada de um sem número de *regulatory reviews*, desempenhando um papel de “*supervision of executive policymaking*” que, tal como mostram Freeman e Rossi, tem por finalidade harmonizar a atuação das diversas agências reguladoras e *commissions* com as prioridades da política pública definidas pelo Presidente, assim como com as disposições legais vigentes e, mais ainda, com a atuação de outras agências e entidades da administração federal, num claro esforço de coordenação de ações e tarefas⁷.

Não há nada semelhante na estrutura do Poder Executivo brasileiro: não há processo formalizado, institucionalizado, de *regulatory review*, que sirva de instrumento para supervisionar, revisar e coordenar a atuação das agências reguladoras, de modo a harmonizar toda a operação regulatória do Estado brasileiro à luz dos objetivos gerais da política pública governamental e da Constituição.

O problema da coordenação regulatória, tido como problema de segunda geração do estado regulador⁸, surge pela própria circunstância da expansão do modelo de *agencificação* do Estado: na medida em que mais agências e autoridades reguladoras vão sendo criadas, dada a necessidade de se prover os mais diversos setores da economia de uma intervenção regulatória estatal baseada num paradigma de racionalidade técnica e neutralidade político-partidária, mais premente se torna o problema de *harmonizar* a atuação dessas diversas entidades à luz dos

⁶ “Finally, the Office of Management and Budget (OMB), with a staff of hundreds, in the largest office in the EOP, plays an important role in coordinating agency action. OMB's primary roles are to advise the President in the preparation of the federal budget and to over-see the operation of the executive branch to ensure consistency with the President's spending priorities. OMB contains several “resource management offices” with responsibility for evaluating the performance of agency programs and reviewing agency budget requests. It also contains the Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA), which oversees a regulatory review process to ensure that agency regulations are consistent with the President's priorities and economically justified. Several senior OMB officials, including the Director, Deputy Director, and OIRA Administrator, are confirmed by the Senate”. (FREEMAN; ROSSI, 2012, p. 1178)

⁷ “Probably the most institutionalized process for centralized White House supervision of executive agency policymaking is Executive Order 12,866's planning and regulatory review requirement for federal agencies. Executive Order 12,866 authorizes OIRA to review agency regulatory actions for consistency with presidential priorities, statutory mandates, and, notably, other agencies' rules”. (FREEMAN; ROSSI, 2012, p. 1179)

⁸ De acordo com Bruno Queiroz Cunha: “problemas de “primeira geração”, que dizem respeito à estruturação do modelo de agências em padrões conhecidos, estão, senão plenamente resolvidos no país, já encaminhados ou em rota de solução previsível. (...) Ao se afirmar que problemas de “primeira geração” estão resolvidos ou encaminhados, reconhece-se que os prognósticos da reforma regulatória dos anos 1990 foram, ao menos ao nível organizacional das agências, sustentados ao longo do tempo, sem descontinuidades. Isso ocorreu por meio da busca pela incorporação de boas práticas internacionais. Não significa, contudo, que daí se depreenda uma perfeita governança regulatória, mas simplesmente a referida consistência intertemporal”. (p. 36-37). Problemas de segunda geração, ainda segundo o mencionado autor, são aqueles relacionados à dinâmica e sistêmica, e não puramente à estática das agências reguladoras. De acordo com o mesmo: “o papel dinâmico toca à capacidade do conhecimento regulatório e à expertise de suas instituições atuarem de modo mais sinérgico e intersetorial, alcançando atores e organizações a elas relacionadas, em especial de dentro do próprio aparato do Estado – assim, fluindo informação e aprimorando maior coordenação governamental” (CUNHA, 2018).

objetivos gerais da política pública e do próprio Estado, tal como expressos no texto constitucional, por exemplo.

Há aqui a questão do *espaço regulatório compartilhado* (*shared regulatory space*) que se caracteriza justamente pelo fato de duas ou mais agências ou autoridades reguladoras possuírem atribuições que, em maior ou menor medida, se sobrepõem umas às outras, criando zonas de interseção e, em decorrência, *problemas de ação coletiva*⁹.

A situação, portanto, configura-se da seguinte maneira: de um lado, tem-se a necessidade de supervisão e revisão da atuação reguladora do Estado brasileiro, especialmente no que diz respeito às agências reguladoras, com vistas à harmonização das atividades desses órgãos com os objetivos gerais da política pública e da Constituição, assim como no que diz respeito aos referidos *espaços regulatórios compartilhados*; de outro, há um *vácuo institucional*, na medida em que a Presidência da República - ou outro órgão qualquer do Poder Executivo -, diferentemente do que se deu nos EUA, não se equipou do ponto de vista estrutural e organizacional para desempenhar eficiente e eficazmente esse mister de *supervisionar, revisar e coordenar* a atuação das agências reguladoras¹⁰.

3. A legitimidade da atuação do TCU como órgão de supervisão e revisão regulatórias: o costume como fonte do direito

Esse item busca examinar se o papel que a Corte de Contas desempenha atualmente é *exercido de forma legítima* pelo Tribunal, ou seja, em consonância com o direito, ou, ao contrário, se se está diante de postura indevida e antijurídica.

A doutrina, de um modo geral, opina pela ilegitimidade. E o faz em virtude da circunstância dessa atuação do TCU *não encontrar respaldo em texto exposto de lei*, seja no texto da Constituição, seja no da lei em sentido estrito, em especial no texto da Lei Orgânica do TCU – Lei nº 8.443/1992.

Mas há uma solução alternativa. É que, a despeito de os textos não autorizarem a conduta da Corte de Contas, a legitimidade da mesma é garantida por uma *regra de direito não-escrito*, isto é, *por um costume que foi construído pelas partes envolvidas*, tanto o TCU, quanto as agências reguladoras.

O caminho argumentativo desse item é, portanto, o seguinte: (i) mostrar que a lei não

⁹ V., a respeito, (FREEMAN; ROSSI, 2012, p. 1145 e segs.)

¹⁰ Interessante notar que, com o advento do Decreto nº 10.411/2020, a análise de impacto regulatório se institucionalizou na Administração Pública federal. É possível encará-la como um mecanismo que poderia dotar a Presidência da República do meio adequado para desempenhar essa função de *examinar e avaliar* as medidas e decisões regulatórias das agências e demais entes.

é mais fonte única e absoluta do direito administrativo, quiçá do direito em geral – daí poder-se falar em *crise da lei*; e (ii) mostrar que o relacionamento entre o TCU e as agências *constitui um costume* que, como tal, é *fonte válida e legítima de direito*.

3.1 A crise da lei e o esgotamento do modelo legalista

Como já observado, a atuação do TCU, a bem ver, *não encontra suporte expresso em texto de lei*, que aqui pode ser entendida como o texto da Constituição ou como texto da lei ordinária, particularmente, nesse último caso, o texto da Lei Orgânica do TCU¹¹.

Mas há de se verificar se a existência de um texto *autorizador expresso* se mostra, de fato, como *conditio sine qua non* para que a atuação do TCU como órgão de supervisão e revisão regulatórias não seja tida como arbitrária ou destituída de qualquer fundamento jurídico.

A crise da lei já foi apontada pela doutrina e pelos estudiosos do direito público. E, ao falar-se em crise da lei, fala-se por necessidade em *crise dos textos*, i.e., em *crise do direito posto*, em *crise do direito positivado*.

A ideia da lei como comando neutro, abstrato e universal, fruto da vontade geral ou da vontade soberana do povo, fonte única e absoluta de todo o direito¹² beira a pura e simples fantasia.

Como diz o Prof. Sérgio Guerra:

“não mais se pode identificar, como se defendeu no período da Ilustração, o

¹¹ Os Profs. Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda afirmam, por exemplo: “(...) que as atribuições do Tribunal, sem dúvida, cresceram com o advento da Constituição de 1988, mas no sentido de introduzir um novo tipo de análise e de fiscalização (a operacional), e não no de fazer do órgão um revisor geral da atividade administrativa federal. O exame de legalidade e o exercício de poderes mais intervertidos pelo Tribunal (emissão de atos de comando) ficaram adstritos ao que acima designamos como “gestão financeira em sentido amplo”. Os demais aspectos da atividade administrativa só se sujeitam a consideração de natureza diversa, menos interventiva, que resulta da chamada fiscalização operacional”. (SUNDFELD; CÂMARA, 2013, p. 186) André Rosilho, por seu turno, fala em “(...) erosão dos parâmetros normativos voltados a balizar suas [do TCU] atividades” e também que “(...) exercício de controle completamente desvinculado de qualquer regra jurídica é arbítrio e arbítrios não são tolerados pelo Direito (...)”. (ROSILHO, 2016, p. 346) Por fim, os Profs. Floriano Marques e Juliana de Palma apontam o: “(...) deslocamento de competência das Agências Reguladoras para o TCU, à revelia do texto expresso em lei (...)”. (NETO; PALMA, 2020, p. 233)

¹² “Uma circunstância que sempre me alarmou profundamente, ao menos desde o período em que era estudante na faculdade de direito, é a teimosa desconfiança que o homem do povo, o homem comum, tem no que diz respeito ao direito. Uma desconfiança que nasce da convicção de que o direito é alguma coisa bem diferente da justiça, enquanto se confunde com a lei (talvez possa-se especificar: justo porque se confunde com a lei). O homem do povo, portador do bom senso do homem comum, não está errado. O direito mostra-se para ele somente como lei, e lei é o comando autoritário que cai do alto sobre a indefesa comunidade dos cidadãos sem levar em conta os fermentos que circulam na consciência coletiva, indiferente à diversidade das situações que pretende regular. De fato, é correntemente ensinado que são virtudes comuns da lei: os aspectos abstrato e geral, ou seja, a sua indiferença perante casos e motivos particulares; a rigidez, ou seja, a sua insensibilidade às possíveis diferentes exigências dos seus destinatários; a autoritariedade, ou seja, a indiscutibilidade do seu conteúdo”. (GROSSI, 2007, p. 23)

direito única e exclusivamente na lei “e esta com a vontade do Estado”. A lei já não é a expressão pacífica de uma sociedade política internamente coerente; é manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social. Não é o final, mas a continuação de um conflito. Não é um ato impessoal, geral e abstrato, expressão de interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis. Ao contrário, a lei é um ato personalizado que persegue interesses particulares”. (GUERRA, 2012, pos. 3298-3310)

Nesse mesmo sentido, o Prof. Gustavo Binbenbojm mostra que:

“foi exatamente esta visão liberal idealista e mitificadora que sucumbiu. Enquanto manifestação da vontade geral do povo, como pretendia Rousseau, a lei há muito deixou de conter a solução para as grandes questões do Estado e dos indivíduos (e a história provou isto). De fato, a lei não foi sequer capaz de atender às demandas de que ela própria pretendia tratar, sendo, ainda mais, inábil a responder aos anseios do «Estado providência»”. (BINENBOJM, 2008, p. 127)

Trata-se, portanto, de uma *mitologia jurídica da modernidade*, para usar a expressão do Prof. Paolo Grossi (GROSSI, 2007, p. 13-14), que parece ter sucumbido, eis a sua total incapacidade de descrever, com um mínimo de acurácia, a verdadeira realidade do direito e de suas manifestações e de suas relações com o Estado.

Diante disso, e indo um pouco mais além, seria o caso de se pensar seriamente no abandono do modelo teórico kelseniano, de tipo piramidal e hierárquico, lógico-dedutivo, em favor de uma estrutura mais condizente com a realidade e com a experiência prática do direito.

Portanto, se a lei perdeu sua primazia, se perdeu seu posto de fonte principal - única, na verdade - do direito, em geral, e do direito público, em particular, não há razão para considerar ilegítima a atuação interventiva do TCU como órgão de supervisão e revisão regulatórias em virtude da ausência de previsão expressa em texto legal. A ausência de texto legal não implica *necessariamente* a existência de arbítrio, pois, como mostra a história do Ocidente, o arbítrio pode muito bem conviver com textos legais e constitucionais - estes, a rigor, não são garantia de nada.

O que se deu nos últimos vinte anos, portanto, foi o processo histórico de consolidação de uma praxe ou, mais precisamente, de um *costume constitucional*, na medida em que as partes envolvidas desenvolveram um rito, uma prática, que é tida como *obrigatória e cogente*, não sendo contestada ou resistida por nenhuma delas - trata-se, a bem ver, de *regra de direito não-escrito*.

3.2 O costume como fonte legítima da atuação do TCU como órgão de supervisão e revisão regulatórias

O costume é fonte legítima de direito¹³. Mais uma vez, como referido no item anterior, trata-se de “libertar-se da religião da lei”¹⁴, para recorrer-se à expressão de Michel Villey, e admitir que a vida do direito aceita outros caminhos que não exclusivamente o texto posto por políticos.

A doutrina, em certa medida, não deixa de reconhecer o fenômeno, especificamente no caso do TCU que se está a tratar, ainda que reclame a sanção expressa de texto legal. Nesse sentido, por exemplo, os Profs. Floriano Marques e Juliana de Palma falam em “(...) consolidação de entendimentos internos sedimentados a partir do acúmulo de experiência concreta”¹⁵. O Prof. Eduardo Jordão, após mencionar o posicionamento institucional do STF, do TCU e dos administradores públicos, fala qual tal situação “(...) [termina] por consagrar um estado de coisas que o Constituinte quis afastar (...)”. (JORDÃO, 2014, p. 229-230).

Menciona também, inclusive, em outra ocasião, “(...) o costume desenvolvido por várias destas entidades de “consultar” o TCU antes da tomada de decisões de sua competência”. (JORDÃO, 2019)

No entanto, se a doutrina reconhece *o fato*, ainda reluta por reconhecer *o direito*, reclamando, como visto, a existência de texto legal autorizativo expresso.

Mas o que se tem aqui, a bem ver, é uma situação de fato já consolidada. Tem-se, então, *por definição*, uma *regra de direito não-escrito*, ou, de outro modo, um *costume*.

O costume é tradicionalmente tido como *fonte legítima de direito*¹⁶. Ele é definido como:

“(...) regra de conduta surgida da consciência comum do povo ante a observância de maneira constante e uniforme, sob a convicção de que tem caráter de determinação jurídica. É um direito não-escrito, tacitamente criado”. (MELLO, 2007)

¹³ “All creatures are creatures of habit”. (ALLEN, 1958, p. 64)

¹⁴ Como bem diz o Prof. Sérgio Guerra nessa linha: “[e]m muitas situações, a busca de exaustiva regulação por meio da norma primária, isto é, uma “omnímoda submissão da sociedade a uma excessiva padronização e detalhamento de comportamentos por via legislativa, a pretexto de racionalizá-los e de impor critérios tidos como superiores” pode produzir consequências nefastas ao interesse público, pois a adequação da ação no campo regulatório a determinadas circunstâncias que se apresentam no cotidiano exige uma flexibilidade de regras para sua correta apreciação e decisão”. (GUERRA, 2012, pos. 3341)

¹⁵ Dizem também que “(...) o controle operacional foi construído jurisprudencialmente. A partir de casos concretos, o TCU delimitou a dinâmica do controle operacional: fundamentos, métodos, limites, interpretações e cominações”. (NETO; PALMA, 2020, p. 213 e 218)

¹⁶ Na expressão de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, fonte formal objetiva, tal como a lei. V., a respeito, (MELLO, 2007, p. 251 e segs.)

Os requisitos do costume, para ser considerado *norma, regra de conduta*, são: (i) uma situação de fato consolidada pela repetição contínua; (ii) o caráter geral e público dessa situação de fato; e (iii) a convicção de que se trata de determinação jurídica, i.e., de algo que é *juridicamente obrigatório e vinculante*¹⁷.

A situação havida entre o TCU e as agências reguladoras preenche todos esses requisitos. Todos os depoimentos doutrinários mencionados ao longo deste trabalho mostram tratar-se de situação de fato de repetição constante e já consolidada pelo longo decurso de tempo.

Além disso, tem-se aqui uma situação pública, geral e notória: a submissão das agências reguladoras, particularmente no que diz respeito aos seus juízos técnicos, suas decisões e escolhas regulatórias substantivas, às deliberações do TCU é algo sabido por todos - é uma prática pública, institucional, não se tratando de uma relação entre pessoas privadas específicas. Está-se aqui diante de uma praxe ou hábito de *direito público*.

Mais ainda: há o reconhecimento, ainda que tácito¹⁸, de que sua *natureza é obrigatória e vinculante*: as agências reguladoras, e respectivos gestores, *têm consciência de que estão sujeitos à interferência e ao controle do TCU*; este, por seu turno, *sabe que tem esse poder, e que deve exercê-lo*.

A Carta de 88 realmente inovou pela introdução dessa figura da *fiscalização operacional*¹⁹. Mas, na medida em que essa figura não foi definida, seja no nível do próprio texto da Constituição, seja no texto da Lei Orgânica do TCU - que se demitiu da função de densificar e dar os contornos a essa nova figura ou noção -, abriu-se espaço para que a Corte de Contas, em conjunto com as agências reguladoras, construísse esse *costume constitucional* em torno da ideia de *fiscalização operacional*.

¹⁷ Carlos Barros Júnior define o costume da seguinte forma: “[é] uma norma jurídica que resulta de um constante e uniforme modo de agir com a convicção de que se procede de acôrdo com o direito. A repetição uniforme de um determinado procedimento entre os sujeitos, na convicção de que cumprem preceito jurídico obrigatório, acaba por criar uma norma que, embora não resulte diretamente da vontade do Estado, tem a mesma essência das outras normas, isto é, a essência de direito objetivo. É, pois, um direito que nasce das necessidades sociais, sem que o Estado o tenha consagrado expressamente”. (JÚNIOR, 1952, p. 7)

¹⁸ Em parte trata-se de um reconhecimento tácito, em parte não, na medida em que o legislador já positivou, em certa medida, essa relação de submissão das agências reguladoras ao TCU, tal como será indicado mais à frente.

¹⁹ “Conscientemente, ou não, a Assembleia Nacional Constituinte imprimiu um novo projeto ao Tribunal de Contas: o exercício da fiscalização operacional. Do extenso estudo empírico realizado por André Rosilho, não se constata qualquer debate substancial sobre fundamentos, limites e conteúdo desta inédita atribuição ao Tribunal de Contas. Um simples silêncio eloquente rompeu com a tradição constitucional de prever tríplice competência fiscalizatória de contas: a “fiscalização contábil, financeira e orçamentária”, tal qual o título da Seção IX. Pode-se afirmar que da Constituição de 1988 surge uma nova instituição Tribunal de Contas, tradicionalmente controladora das contas públicas, mas que passou a deter expressa capacidade de controle operacional quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, na condição de auxiliar do Congresso Nacional. A grande inovação em sua disciplina constitucional está na inédita previsão da competência operacional no art. 70 (...)”. (NETO; PALMA, 2020, p. 212)

Esse é o caminho natural do direito: sua formação em meio às forças sociais, políticas e econômicas da sociedade, com a progressiva e constante cristalização de costumes com força de obrigatoriedade jurídica que, pouco a pouco, vão sendo depurados e retrabalhados dialeticamente pelos juízes e tribunais, de modo a formar-se um corpo de precedentes e julgados mais ou menos estável, o que, por sua vez, vai permitir um trabalho de natureza teórica da parte dos estudiosos, através da formulação de conceitos universais abstraídos da massa dos precedentes e, por fim, a consolidação dos resultados desse trabalho em textos legais, em direito positivo²⁰. E, mesmo quando esse resultado é atingido, no fim de um longo percurso dialético, a lei nada mais pode fazer do que estatuir em termos gerais e abstratos - incompleto e imperfeito, por definição. Situação que se torna mais aguda ainda na contemporaneidade, quando o Estado é chamado a participar ativamente da operação das forças econômicas, por meio da intervenção regulatória, como forma de promover a superação das falhas de mercado, a alocação eficiente dos recursos escassos e o amortecimento das tensões e conflitos sociais²¹.

Em suma, trata-se, no dizer do Prof. Sérgio Guerra, de não mais opor “a realidade ao direito”, reconhecendo que o que se dá aqui é justamente a construção e consolidação de um *direito consuetudinário* de intervenção do TCU nas escolhas e decisões regulatórias substantivas das agências reguladoras, assumindo o papel de *órgão supervisor e revisor da atuação regulatória da Administração Pública como um todo*, sem que disso resulte qualquer resistência ou insurgência da parte dessas últimas.

Fala-se em construção e consolidação de um costume jurídico, mas, na realidade, pode-se afirmar até mesmo que se está diante, neste momento, de uma *consagração desse costume em direito positivo*, i.e., *em texto de lei*, o que confirma a referência feita acima acerca do ciclo natural de consolidação do direito, no sentido de que, no normal das vezes, a lei nada mais é do que uma *consagração* de fenômenos jurídicos já consolidados no seio da sociedade.

Por meio da Lei nº 13.448/2017, o legislador, não somente autorizou as relicitações e prorrogações antecipadas de contratos de concessão de serviços públicos e outras utilidades no

²⁰ Trata-se do caminho, por exemplo, da *common law*: “[o] direito anglo-americano, ao contrário do direito Continental Europeu e dos países latino-americanos, ainda não está fundado nos textos legais, mas no costume, embora hoje se verifique. mesmo nesses povos, a marcha para o direito legislado, *statute law*. O direito consuetudinário anglo-americano tem suas fontes no *common law* e na *equity*. Mas o *common law* não é a síntese dos costumes locais, é antes a eliminação das divergências dos costumes locais, pela ação da jurisprudência dos Tribunais do Rei da Inglaterra no julgar os casos concretos a ele pertinentes”. (MELLO, 2007, p. 387)

²¹ O Prof. Sérgio Guerra define a atividade regulatória do Estado da seguinte forma: “[a] regulação se distingue dos modos clássicos de intervenção do Estado na economia, pois consiste em supervisionar o jogo econômico, estabelecendo certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer as tensões, compor os conflitos e assegurar a manutenção de um equilíbrio de conjunto. Ou seja, por meio da regulação o Estado não se põe mais como ator, mas como árbitro do processo econômico, limitando-se a enquadrar a atuação dos operadores e se esforçando para harmonizar suas ações”. (GUERRA, 2014, p. 364)

âmbito da Administração Pública federal²², como, mais do que isso, *reconheceu e consagrou*, ao menos em parte, a *atuação interventiva, supervisora e revisora*, do TCU sobre as agências reguladoras objeto do presente artigo. A esse respeito, tenha-se em mente os seguintes dispositivos do referido diploma:

“[a]rt. 11. Encerrada a consulta pública, serão encaminhados ao Tribunal de Contas da União o estudo de que trata o art. 8º desta Lei, os documentos que comprovem o cumprimento das exigências de que tratam os incisos I e II do § 2º do art. 6º desta Lei, quando for o caso, e o termo aditivo de prorrogação contratual.

(...)

Art. 19. Encerrada a consulta pública, os estudos de que trata o art. 17 desta Lei deverão ser encaminhados ao Tribunal de Contas da União, em conjunto com os documentos referidos no art. 14 desta Lei”.

O art. 11 da Lei nº 13.448/2017 refere-se à prorrogação antecipada dos contratos de concessão que especifica, determinando que, antes da celebração do respectivo termo aditivo, os estudos técnicos - previstos no art. 8º -, bem como a documentação pertinente e a minuta do próprio termo aditivo, *serão encaminhados previamente ao Tribunal de Contas para exame e avaliação* - ou seja, o TCU, por força de determinação legal expressa, *avaliará e revisará* a atuação regulatória substantiva do “órgão ou entidade competente” no que diz respeito à prorrogação antecipada de contratos de concessão.

O mesmo acontece em relação ao art. 19, apenas que nessa hipótese está-se diante de processo de relicitação de concessão: caberá ao “órgão ou entidade competente” encaminhar a documentação e os estudos pertinentes ao TCU para que este *examine e revise a priori* a respectiva escolha regulatória.

O STF chegou a se manifestar sobre essa lei, apenas que não tratando especificamente da questão presente nos referidos arts. 11 e 19. No entanto, por ocasião da Adin 5991, julgada em fevereiro de 2020, o Tribunal tangenciou a questão, por meio de um *obiter dictum* do Ministro Gilmar Mendes, que entendeu que a lei “estabeleceu um interessante mecanismo de diálogo institucional que facilita a atuação do órgão de controle externo, inclusive de maneira prévia à assinatura do aditivo contratual”.

Ou seja, tanto num caso, como no outro, ocorre, da parte do legislador, a *positivação*

²² É o que determina o art. 1º da Lei em questão: “[a]rt. 1º Esta Lei estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995”.

de costume estabelecido e consolidado, com força de regra de direito não-escrito, entre o Tribunal de Contas e as agências reguladoras e demais órgãos da Administração Pública. A Lei nº 13.448/2017 parece representar, portanto, o reconhecimento desse costume, e, mais do que isso, sua transformação em direito positivo, cumprindo, desse modo, o papel normal e ordinário da lei.

A tendência, por conseguinte, é que, pouco a pouco, o costume constitucional, firmado, ao longo desses últimos vinte anos, entre o TCU e as agências reguladoras, obtenha o paulatino reconhecimento e consagração do direito positivo, isto é, dos textos legais, de modo que se possa, de uma vez por todas, “assumir o modelo que já se verifica na prática”. (GABRIEL, 2017)

4 – Conclusão

O TCU não mais se limita ao tradicional controle da Administração Pública de tipo formalista e legalístico.

Já há vinte anos a Corte de Contas desempenha uma função que vai muito além do exame das contas em sentido estrito da Administração Pública. Nos dias que correm, pelo que se percebe, o Tribunal desenvolve uma atividade de *supervisão e revisão regulatórias*, interferindo, sem maiores pudores, nas escolhas e juízos técnicos das agências reguladoras: a Corte de Contas não apenas sugere soluções e medidas regulatórias diversas, como, no mais faz vezes, as impõe, sem levar em grande conta a *independência técnica* desses órgãos e entes.

Mas não se trata de relação conflituosa, muito pelo contrário. As agências reguladoras, ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, acatam as recomendações e determinações do TCU, inclusive quando se trata de questões de natureza estritamente técnica. Viu-se que as agências não recorrem ao Judiciário em defesa de suas prerrogativas, nem mesmo opondo os recursos cabíveis na seara dos procedimentos internos do TCU. Há um reconhecimento tácito, por parte das agências reguladoras, do papel a ser desempenhado pelo Tribunal em termos de supervisão e revisão regulatórias.

Não se pode negar que essa função reguladora do TCU não encontra suporte expresso em texto de lei ou mesmo no texto da Constituição, apesar de que essa última introduziu no direito brasileiros a figura do *controle operacional*. A doutrina, de uma maneira geral, aponta essa circunstância da falta de autorização legislativa expressa para, com maior ou menor ênfase, condenar a atuação reguladora da Corte de Contas.

No entanto, pontuou-se que a lei em sentido forma, i.e., a lei parlamentar não é o mais o *nec plus ultra* do direito, este se desenvolvendo e se consolidando por vias outras que não a

da iniciativa formal dos parlamentares. A vida real do direito, enquanto estrutura da ordem de qualquer sociedade, não se compraz com o figurino estreito e sufocante da pirâmide lógico-dedutiva kelseniana.

A atuação do TCU é legítima porque encontra-se fundada num *costume constitucional* tido como público, válido e cogente pelas partes envolvidas. Tanto é assim que nenhuma dessas partes opõe qualquer contestação séria e formal à obrigatoriedade das agências reguladoras se submeterem à supervisão e revisão regulatórias do Tribunal.

Esse costume se desenvolveu e se consolidou nos últimos vinte anos. Não se trata de situação surgida anteontem. Portanto, o costume, que vale como *regra de direito não-escrito*, corresponde à aspiração de segurança jurídica, cabendo agora ao legislador cumprir a sua função e promover o reconhecimento formal, por meio de lei, dessa situação que, a rigor, já se cristalizou em nosso direito.

Referências bibliográficas

- ALLEN, Carleton Kemp. **The law in the making**. Sixth ed. Oxford: Oxford University Press, 1958.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CUNHA, Bruno Queiroz. **(Re)contextualizando a governança regulatória: uma visão sistêmica de problemas de “segunda geração”**. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8967>>. Acesso em: 5 ago 2020.
- FREEMAN, Jody e ROSSI, Jim. **Agency Coordination in Shared Regulatory Space**. Harvard Law Review, v. 125, n. 5, Mar 2012. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=1778363>>. Acesso em: 15 jul 2020.
- GABRIEL, Yasser. **Controle do TCU sobre agências reguladoras**. JOTA Info. [S.l: s.n.]. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/controle-do-tcu-sobre-agencias-reguladoras-13122017>>. Acesso em: 11 set 2018. , 13 Dez 2017
- GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? **Teoria do estado regulador**. Curitiba: Juruá, 2015.
- GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.
- GUERRA, Sérgio. **Separação de poderes, executivo unitário e estado administrativo no Brasil**. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, v. 3, n. 1, p. 123–152, 20 Ago 2017.
- GUIMARAES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle**. Direito do Estado. [S.l: s.n.]. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 12 jun 2018.
- JORDÃO, Eduardo. **A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador?** Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, v. 12, n. 47, p. 22, 2014.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **A expansão do TCU para dentro de entidades controladas.** JOTA Info. [S.l: s.n.]. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/a-expansao-do-tcu-para-dentro-de-entidades-controladas-17072019>>. Acesso em: 17 jul 2019.

JÚNIOR, Carlos S. de Barros. **Fontes do direito administrativo.** Revista de Direito Administrativo, v. 28, n. 0, p. 1–9, 1 Abr 1952.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução.** Edição: 3ª ed. [S.l.]: Gazeta Jurídica, 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira De. **Princípios gerais de direito administrativo.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. v. I.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do direito administrativo.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques e PALMA, Juliana Bonacorsi De. **Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 120, p. 203–236, Jun 2020.

OLIVEIRA, Anderson Marcio De. **Intervenção regulatória do TCU: avaliação empírica nos processos de concessão da ANTT, ANTAQ e ANAC.** 2017. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19724>>. Acesso em: 5 ago 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi De. **Consequencialismo, evidências e o controle pelo TCU.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/consequencialismo-evidencias-e-o-controle-pelo-tcu-03042019>>. Acesso em: 5 ago 2020.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Coordenação e efetiva sistematização: novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil.** REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, v. 4, n. 2, p. 513–536, 18 Dez 2018.

RIBEIRO, Maurício Portugal e JORDÃO, Eduardo Ferreira. **O TCU atua como gestor público; tratemo-lo como tal!** JOTA Info. [S.l: s.n.]. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/o-tcu-atua-como-gestor-publico-tratemo-lo-como-tal-13112018>>. Acesso em: 13 jul 2020. , [S.d.]

ROSILHO, André Janjacomo. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União.** 2016. Universidade de São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/>>. Acesso em: 8 jul 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas: possibilidades e limites. **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. **Controle das contratações públicas pelos tribunais de contas**. Revista de Direito Administrativo, v. 257, 2011. Disponível em: <<http://biblioteca.versila.com/>>. Acesso em: 5 jul 2016.

TCU toma lugar das agências reguladoras - Economia - Estadão. [S.d.]. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,tcu-toma-lugar-das-agencias-reguladoras,10000027856>>. Acesso em: 11 set 2018.