

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

ILTON GARCIA DA COSTA

FABIO FERNANDES NEVES BENFATTI

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 Naspolini - 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 Gaiher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves; Fabio Fernandes Neves Benfatti; Ilton Garcia Da Costa – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-690-1

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

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Transformações na ordem social e econômica.
3. Regulação. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação I

Eis que estamos em meados do ano de 2023, mais especificamente, no mês de junho, novamente, recebendo tantos amigos e pesquisadores a apresentarem seus trabalhos no VI Encontro Virtual do CONPEDI. Aliás, a forma virtual de trabalho e o uso das novas tecnologias são evidentes sinais de transformação na Ordem Social e Econômica que faz urgir a necessária regulação Estatal para que se definam, via intervenção do aparato jurídico-normativo do Estado, as devidas competências, direitos e deveres dos agentes envolvidos em interações físicas e por meio de novéis tecnologias que desafiam, por assim dizer, o clássico Direito. As interações entre os sujeitos de Direito já não são locais e, mesmo, passam a ser internacionais, até mesmo, pelo uso de plataformas digitais que desconhecem fronteiras e jurisdições. Evoluímos nos últimos quarenta anos de forma tão surpreendente que restam, agora e daqui para frente, enormes desafios em se institucionalizar Direito (seja quando da criação de normas ou, ainda, quando da apreciação pelo Poder Judiciário de casos concretos) que esteja concretamente coadunado com a realidade fática de um mundo que avança em sociedade de redes tecnológicas. É o nosso desafio e, assim, passamos a analisar, do ponto de vista acadêmico, diversas possibilidades para entendimento de realidades desafiadoras e que merecem diferentes formas de pensar o legislado e o julgado. Destarte, apresentam-se, então, para a comunidade jurídica, os seguintes artigos:

A CARNE CULTIVADA NO BRASIL: ANÁLISE DO PONTO DE VISTA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS REGULATÓRIAS; de autoria de Amilton Cardoso Dos Santos Junior e Filipe Fortes de Oliveira Portela. Analisando a elaboração de política pública regulatória de pesquisas, produção e comercialização de carne cultivada no Brasil destacando que o processo de elaboração e condução da política pública regulatória deve estar pautado em estudos transdisciplinares

A CONSTITUIÇÃO DE FUNDOS DE ENDOWMENT COMO INCENTIVO REGULATÓRIO A APS DO SUS: O FORTALECIMENTO DAS CAPACIDADES ESTATAIS PELO FINANCIAMENTO; apresentado por Luiz César Martins Loques. Discutindo problemas relacionados a Atenção Primária à Saúde, parte essencial do modelo do Sistema Único de Saúde, expostos pelo Banco Mundial; bem como que, na realidade, no

Sistema Brasileiro administrativo-constitucional não há impedimentos, em princípio, da colaboração da atividade empresarial com a Administração Pública, mormente, via PPPs e fundos de endowment.

A LIVRE INICIATIVA COMO EXPRESSÃO DE LIBERDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF; de autoria de Marcelo Benacchio, Vera Lucia Angrisani e Mikaele dos Santos. Tratando da compreensão da livre iniciativa como expressão de liberdade e valor necessário no desenvolvimento social à luz da jurisprudência do STF.

A REGULAÇÃO DE GATEKEEPERS SEGUNDO O DIGITAL MARKETS ACT EUROPEU: AVANÇO REGULATÓRIO OU RETROCESSO PARA INOVAÇÃO? Apresentado por Temis Chenso da Silva Rabelo Pedroso e Tania Lobo Muniz. Discorrendo sobre o conteúdo do Digital Markets Act Europeu publicado no segundo semestre de 2022, com o objetivo de garantir competitividade entre os mercados digitais pela regulação das grandes companhias de tecnologia para se evitar que, abusando de seu poder de mercado, impeçam a entrada de novos concorrentes.

A TELEVISÃO COMO INSTRUMENTO LESIVO AO DESENVOLVIMENTO DA CAPACIDADE COGNITIVA elaborado por Francelino das Chagas Valença Junior e Jessica Manuella Duarte Valença. Discutindo a transformação da capacidade de abstração do ser humano após o surgimento e a massificação da televisão na sociedade moderna e como esse avançar tecnológico está impactando a capacidade de raciocínio das pessoas, evidenciando que estamos, de forma passiva, recebendo inputs que são absorvidos como por osmose sem que façamos qualquer esforço intelectual. Trata-se de verdadeiro “mergulhar” na passividade em frente a uma tela, em geral por diversas horas ao longo do dia.

CAMINHOS PARA A CONSOLIDAÇÃO DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL; de autoria de Pedro Augusto Gil de Carvalho. Ensinando que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados está prevista na Lei Geral de Proteção de Dados como Órgão da Administração Pública Federal responsável, dentre outros aspectos, por zelar pela proteção dos dados pessoais, fiscalizar o tratamento dos dados e aplicar sanções quando adequado.

DESENVOLVIMENTO SOCIAL E ECONÔMICO A PARTIR DE PLATAFORMA DIGITAL ELETRÔNICA DE MEIOS DE PAGAMENTO (PIX): UMA VISÃO JURÍDICA A PARTIR DOS IMPACTOS DA PANDEMIA; elaborado por Geovanna Nayane Nunes de Andrade, Eduardo Augusto do Rosário Contani e Patricia Etsuko Issonaga. Lembrando que, a partir da Pandemia de COVID-19 iniciada ao final de 2019, seguido pelo surgimento de uma

onda no Brasil em março de 2020, produziram-se severas restrições às atividades econômicas e sociais em inúmeros setores. Nesse cenário, o artigo estuda o Sistema de pagamentos Pix, concebido na década anterior e concretizado em novembro de 2020, revolucionando o acesso a meios de pagamento de baixo custo e proporcionando a bancarização de muitas pessoas.

INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO: ACESSO À INFORMAÇÃO SOBRE O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE EMPRESARIAL E O IMPULSO PARA O CONSUMO CÍVICO E CONSCIENTE; intuído por Marlene Kempfer e Philippe Antônio Azedo Monteiro. Trabalhando, dentre as possíveis intervenções do Estado Brasileiro (Art. 174 CRFB/88), sobre as relações no domínio econômico, a necessária convergência das condutas de consumo, das empresas e do Estado para o fim de promover eficácia social dos direitos que compõem o conceito de função social da propriedade empresarial.

INTERVENÇÃO ESTATAL EM PROL DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE À LUZ DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS; de autoria de Marcus Aurélio Vale Da Silva, Marisa Rossignoli, Bruno Bastos De Oliveira. Defendendo a atuação das micro e pequenas empresas que merecem ser escopo de políticas públicas direcionadas ao desenvolvimento socioeconômico, considerando o tratamento diferenciado previsto no Ordenamento Jurídico brasileiro, que prevê a possibilidade de aplicação de benefícios aos microempreendedores, mas que ainda não atingem os objetivos que transcendem à seara econômica.

LIMITAÇÃO DO DIREITO DE FRUIR DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA: UMA ANÁLISE DAS INTERVENÇÕES JUDICIAIS E LEGISLATIVAS NA LEI DO INQUILINATO NO PERÍODO DA PANDEMIA DO COVID-19; escrito por Paulo Andre Pedroza de Lima e Alisson Jose Maia Melo. Compreendendo como o Legislativo e o Judiciário Federal intervieram nas relações contratuais referente as locações imobiliárias limitando o direito do proprietário de fruir de sua propriedade.

O FENÔMENO CONTEMPORÂNEO DA DESINFORMAÇÃO: REGULAÇÃO DOS AMBIENTES VIRTUAIS COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DAS FAKE NEWS elaborado por Samantha Ramos Paixão de Oliveira e Felipe Aurichio De Camargo. Destacando que se vive a era da informação em meio ao fenômeno da desinformação, curiosamente causado pela quantidade exacerbada, diuturnamente, pelo fenômeno das fake news fazendo urgir a real necessidade de regulação do ambiente virtual, alfabetização midiática, neutralidade da rede e do zero-rating, objetivando a tutela jurídica dessas informações.

O NEOLIBERALISMO CONTEMPORÂNEO E OS EFEITOS NEGATIVOS NA COMPOSIÇÃO MORAL DO INDIVÍDUO; apresentado por Oswaldo Pereira De Lima Junior e Luana Cristina da Silva Lima Dantas. Tratando do neoliberalismo contemporâneo como retorno às ideais liberais clássicas e sobre como seus ideais produzem efeitos negativos indelévels na cultura e na moralidade de um povo. Ainda, concluindo que a lógica desse “novo” neoliberalismo se revela como a principal fonte de alheamentos dos indivíduos em relação ao lado ruim do sistema de economia de mercado, especialmente no que se refere à pobreza, à marginalidade e à exclusão social de minorias.

O PESQUISADOR PÚBLICO E O MARCO LEGAL DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO – MLCTI: AS ATUALIZAÇÕES DA CARREIRA DE DOCENTE NO SISTEMA FEDERAL E PARANAENSE; de autoria de Erika Juliana Dmitruk, Estella Ananda Neves e Viviana Samara Yoko Matsui. Investigando a atualização legislativa denominada Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação (MLCTI) e seu impacto no desenvolvimento de atividades de pesquisa e desenvolvimento, criação, prestação de serviços tecnológicos e empreendedorismo acadêmico por parte de docentes de universidades públicas federais e paranaenses.

O VALOR ADICIONADO FISCAL (VAF) COMO UMA POLÍTICA ECONÔMICA DE FORTALECIMENTO DA AUTONOMIA FINANCEIRA DOS MUNICÍPIOS; escrito por Daniel Ricardo Davi Sousa, Marisa Rossignoli e Bruno Bastos De Oliveira.

Discorrendo sobre o Valor Adicionado Fiscal (VAF) e sua inserção na divisão de competências tributárias do modelo de federalismo, permitindo o retorno de parte do valor arrecadado para o Município de origem das operações tributadas pelo Imposto de circulação de Mercadorias (ICMS), com o objetivo de garantir o equilíbrio fiscal por intermédio da devolução de parte do valor tributário arrecadado com base na capacidade de geração de riqueza de cada Ente e o fortalecimento da autonomia financeira desses Municípios.

OS DESAFIOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PARA FISCALIZAR O CUMPRIMENTO DE REGULACÕES TRANSNACIONAIS A PARTIR DA METODOLOGIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL; de autoria de Alice Rocha da Silva e Edinei Silva Teixeira. Suscitando análise acerca dos desafios enfrentados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) na fiscalização do cumprimento de regulacões transnacionais, mais especificamente as chamadas soft law, considerando a ausência de acolhimento expresse e formal pelo Estado brasileiro.

POLÍTICAS PÚBLICAS REGULATÓRIAS NO CONTROLE DE BARRAGENS DE MINERAÇÃO: DESAFIOS NA GOVERNANÇA DE UM SISTEMA DESCOORDENADO DE SEGURANÇA; apresentado por Eder Marques De Azevedo.

Destacando que desastres com barragens de megacorporações como o grupo Samarco/Vale /BHP exigem imediata resposta pública, cujos vieses cognitivos, ao conferir notoriedade aos efeitos recentes, não dão aos riscos passados ou desconhecidos a abordagem adequada à sua condição de causa. Como reação instantânea à distorção de foco as políticas ambientais, no setor minerário, têm dado protagonismo a mudanças regulatórias criadas á “toque de caixa”, preocupadas, muito mais, em dirimir a consternação social do que em resolver o dilema de instituições administrativas responsáveis pela fiscalização dos barramentos de rejeitos, cujo fim maior é assegurar as vidas humanas e o meio ambiente envolvidos. O artigo estuda, pois, as implicações da complexidade do sistema público vigente, marcado pela descoordenação entre os órgãos competentes e suas políticas públicas regulatórias, e como a análise das causas pode indicar caminhos no tratamento dos desajustes na governança minerária, amenizando a problemática do controle de segurança.

REGULAÇÃO ESTATAL DAS NOVAS TECNOLOGIAS: UMA PERSPECTIVA CRÍTICA FRENTE AO RACIOCÍNIO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO; elaborado por Artur Barbosa da Silveira e Mikaele dos Santos. Visando o aprofundamento no debate acerca do raciocínio jurídico do Direito Administrativo frente às novas roupagens da sociedade da informação, que requer de modo mais célere e adaptativo os incentivos ao desenvolvimento econômico-social, apontando que a regulação econômica Estatal das novas tecnologias, quando realizada de forma séria, não coloca em risco os valores humanos conquistados pela sociedade, tampouco conduz à uma situação de insegurança jurídica.

Ao que se observa apresentamos, aqui, o tratamento de temas de suma importância em uma época de mudanças e transformações sociais que fazem urgir o repensar do próprio Direito sob pena de que reste, para Este, a desconexão fática com a realidade local, regional nacional e internacional. Convidamos, pois, a todos e todas para a leitura dos textos que seguem como forma de contribuição para o repensar de um Direito imerso em realidade que se transforma a olhos vistos em sociedade, agora, altamente influenciada pelas novas tecnologias.

Junho de 2023.

Everton Das Neves Gonçalves

Universidade Federal de Santa Catarina

Ilton Garcia Da Costa

UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná

Fabio Fernandes Neves Benfatti

Universidade do Estado de Minas Gerais

OS DESAFIOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PARA FISCALIZAR O CUMPRIMENTO DE REGULACOES TRANSNACIONAIS A PARTIR DA METODOLOGIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL

THE CHALLENGES FACED BY THE FEDERAL COURT OF AUDITORS IN MONITORING COMPLIANCE WITH TRANSNATIONAL REGULATIONS BASED ON THE GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW METHODOLOGY

Alice Rocha da Silva ¹
Edinei Silva Teixeira ²

Resumo

Pretende-se suscitar uma análise acerca dos desafios enfrentados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) na fiscalizao do cumprimento de regulaoes transnacionais, mais especificamente as chamadas soft law, considerando a ausência de acolhimento expresse e formal pelo Estado brasileiro. Para cumprir os objetivos pretendidos no presente artigo, será adotado o método dedutivo de abordagem, partindo-se da análise da doutrina, da legislao e da jurisprudência pertinentes ao Direito Administrativo Global, às soft law e  atuao do TCU. O marco teórico será o Direito Administrativo Global decorrente, sobretudo, do fenômeno da Globalizao, em que instrumentos passam a viger no ambiente doméstico do país e, efetivamente, passam a regular um determinado nicho de mercado, sem qualquer formalidade normativa por parte do Estado. Por vezes, sequer há avaliao sobre a sua adequao  realidade interna. Nesse sentido, considerando essa "lacuna" legislativa formal e levando-se em conta o fato de que o TCU, em tese, tem a sua legitimidade de atuao embasada na avaliao da legalidade da conduta dos fiscalizados, quais seriam os desafios enfrentados pelo Tribunal em relao a tal obstáculo e, se existente, a alternativa por ele encontrada em situaoes da espécie. Constatase que o TCU tem legitimidade para atuao como fiscalizador de tais regulaoes no sentido de alertar sobre eventual necessidade de adaptao da regulao transnacional  realidade, bem como às questoes sociais que podem se apresentar como consequência de uma normativa não adaptada a realidade interna dos Estados.

Palavras-chave: Tribunal de contas da união, Fiscalizao, Regulaoes transnacionais, Soft law, Direito administrativo global

Abstract/Resumen/Résumé

It is intended to raise an analysis about the challenges faced by the Federal Audit Court

¹ Professora do PPGD em Direito e Políticas Públicas do CEUB. Doutora em Direito - Universit d'Aix-Marseille III (França). Graduada em Direito, Ciência Política e Relaoes Internacionais e mestre em Direito.

² Mestrando em Direito e Políticas Públicas no CEUB. Advogado da Diretoria Jurídica do Banco do Brasil. Atuando na área de contencioso administrativo e regulao.

(TCU) in monitoring compliance with transnational regulations, more specifically the soft law, considering the lack of express and formal reception by the Brazilian State. In order to fulfill the objectives of this article, the deductive approach will be adopted, starting with the analysis of the doctrine, legislation, and jurisprudence related to Global Administrative Law, soft law, and the actions of the TCU. The theoretical framework will be the Global Administrative Law arising, above all, from the phenomenon of Globalization, in which instruments come into force in the domestic environment of the country and, effectively, begin to regulate a particular niche of the market, without any normative formality on the part of the State. Sometimes, there is not even an evaluation of their suitability to the internal reality. In this sense, considering this formal legislative "gap" and since the TCU, in theory, has its legitimacy to act based on the assessment of the legality of the conduct of the auditees, what would be the challenges faced by the Court in relation to such an obstacle and, if any, the alternative it finds in such situations. The TCU has legitimacy to act as a watchdog of such regulations in order to warn about the eventual need to adapt the transnational regulation to reality, as well as to social issues that may present themselves because of a regulation not adapted to the internal reality of the States.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazilian court of audit, Fiscalization, Transnational regulations, Soft law, Global administrative law

1. INTRODUÇÃO

A crise econômico-financeira de 2007-2008, que se originou nos Estados Unidos da América (FARIA, 2017, p. 29)¹, alcançando o espaço global pode ser considerada um importante marco no processo de compreensão do impacto de problemas nacionais em diversos outros países, sendo um efeito claro da chamada globalização. Apesar de o fenômeno da globalização não contar com uma data de surgimento determinada (¹HEILMANN, 2011, p. 32), por certo, a ideia de que o contexto internacional passou fortemente a influenciar as órbitas domésticas, de modo a que os Estados não mais se mostram autossuficientes, mas, muito pelo contrário, cada vez mais sofrem as consequências do que ocorre nas outras partes do Planeta é cada vez mais presente em diversos ramos do direito e das relações internacionais.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a referida crise econômico-financeira foi um marco de atenção ao mundo, como se fosse um recado de que algo realmente havia mudado no contexto mundial, demonstrando a existência de um espaço global comum, em que os países se inter-relacionam, independentemente de sua vontade; ou seja, a também conhecida como crise dosubprime foi um “divisor de águas” para a confirmação do fenômeno da globalização, considerando os impactos que se sucederam em esfera global.

Além das implicações de cunho econômico-financeiro, a globalização impulsiona, também, uma discussão sobre o jusglobalismo ou globalismo jurídico em fins da década de noventa; ou seja, os desafios do Direito nesse novo contexto transnacional/global. (HEILMANN, 2011, p. 23)

Em verdade, o que se verifica com o advento da globalização é o surgimento de um espaço jurídico global e consequente advento de uma metodologia de análise de construções normativas denominada de Direito Administrativo Global².

¹ Nesse sentido: “A crise se originou entre junho e agosto de 2007, deixando assustados os investidores mais atentos; atingiu o nível crítico por volta de setembro de 2008, com a quebra de alguns dos principais bancos norte-americanos, disseminando incertezas, contágios e corridas bancárias; e, seguida da crise de dívida soberanas em vários países da União Europeia, foi a maior desde a Grande Depressão da década de 1920 e do colapso da Bolsa de Nova York, em 1929, desencadeando como efeito cascata um sem-número de desequilíbrios macroeconômicos globais, provocando, com isso, a redução de consumo, estagnação e desemprego. [...] a crise financeira de 2007-2008 teve como epicentro o colapso do sistema hipotecário e bancário norte-americano. Ela decorreu da confluência dos mais variados fatores – de causas múltiplas, que se alimentaram reciprocamente e acabaram elevando todos os riscos [...] a níveis não imaginados por analistas econômicos e políticos. Em curto período de tempo, o que começou como uma bolha especulativa do setor imobiliário norte-americano, mais precisamente com a concessão de crédito a quem não tinha rendimento suficiente para adquirir casa própria, converteu-se posteriormente numa crise de dívida soberana, iniciada na Islândia e seguida pela Lituânia e Hungria, e culminou não apenas numa crise econômica de alcance global mas, acirradas igualmente, numa crise do Estado, abrindo, com isso, caminho para discussões sobre a reconfiguração de seus papéis e atribuições.”

² O artigo adota a teoria do Direito Administrativo Global propugnada pela escola norte-americana de Nova York defendida por Kingsbury, Krisch e Richard Stewart.

No plano jurídico, as mudanças se deram principalmente em relação ao princípio da legalidade, com novas tendências à internacionalização, de modo a ruir com o paradigma do direito positivo.(HEILMANN, 2011, p. 25)

Assiste-se à formação de um novo espaço jurídico global, predominantemente composto de novas fontes jurídicas transnacionais, a exemplo das variadas regulações que alcançam a esfera global e atingem o espaço doméstico dos Estados, sem que estes – como se verá adiante – sequer tenham a prerrogativa de impedir a sua aplicação e/ou alterar as suas disposições adaptando-as às peculiaridades internas. A propósito, as regulações a que se referem neste estudo são as chamadas *soft law*; ou seja, normas formuladas de maneira informal pelos países mais ricos, através de um instrumento “não-vinculante”, que não se consideram como um acordo internacional conforme a doutrina clássica. É mais disruptivo ainda é o fato de que muitas dessas normas regulatórias são criadas e controladas por entes privados, sem qualquer ingerência de agentes governamentais, as quais, de fato, passam a regular aquele determinado mercado.

E é nesse cenário que se pretende abordar a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) – que, hodiernamente, tem ampliado a sua atuação no âmbito regulatório³–, com o intuito de analisar como se daria a sua fiscalização no tocante ao cumprimento das referidas normas regulatórias transnacionais/privadas (mais especificamente as *soft law*), considerando a limitação constitucional e legal de aferir a legalidade dos atos praticados pelos entes fiscalizados.

Para tanto, no primeiro tópico abordar-se-á brevemente o fenômeno da globalização, tendo como uma de suas tendências o surgimento de um espaço jurídico global e de um novo Direito Administrativo, predominantemente composto por normas regulatórias transnacionais. No segundo tópico tratar-se-á das principais características dessa novel regulação e, sobretudo, do seu ingresso e implicações no espaço doméstico dos Estados. No terceiro tópico, serão discutidos os desafios da atuação fiscalizatória do TCU quanto ao cumprimento da regulação transnacional por parte de seus entes fiscalizados, considerando principalmente a ausência do contorno legal formal de tais normas.

2.0 FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

³ Nesse contexto, decisões recentes do TCU têm incitado críticas sobre a ocorrência de supostos abusos pela Corte de Contas federal em relação à atuação das agências reguladoras. Para tanto, ver *TCU como regulador de segunda ordem*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/291733/tcu-como-regulador-de-segunda-ordem>. Nesse mesmo sentido *TCU: órgão de controle externo ou revisor geral da administração?* Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/tcu-orgao-de-controle-externo-ou-revisor-geral-da-administracao-14092019>.

O processo de globalização produziu tensões que demandaram novos rumos ao Direito. Esse fenômeno vem sendo estudado por diversos autores, das mais variadas áreas de conhecimento e sob multifacetados pontos de vistas, por vezes, carregados por um forte viés ideológico.

Também se observa que o estudo do fenômeno em sua gênese se concentrava em campos da Economia, Sociologia, Ciência Política, Filosofia, dando-se ênfase ao plano jurídico tão-somente a partir do final dos anos noventa.

Apesar do foco principal deste artigo não ser a globalização em si, entende-se relevante trazer alguns traços desse processo nos seguintes planos: a) tecnológico-comunicativo: mudanças nas técnicas de produção e mundialização da tecnologia (também conhecida como a terceira revolução industrial); b) econômico: mudanças na ideia do mercado livre, mediante aproximação da circulação de bens, transferência de capitais e liberalização de serviços, gerando interdependência dos Estados; c) político: mudanças nas estruturas de poder, mormente com uma nova ideia de soberania desterritorializada e difusa (poder soberano privado e supra-estatal); d) social: aumento da pobreza mundial, do desemprego, das migrações e da criminalidade; e) cultural: tendências à homogeneização através das indústrias globais e o surgimento de conflitos transculturais. (HEILMANN, 2011, p. 33)

Com efeito, de um modo geral, pode-se enumerar algumas características identificadoras do processo de globalização, tal como a abertura e interdependência do mercado mundial, fomentado pela extrema rapidez das transferências financeiras; a intensa massificação da informação tecnológica, conduzida por grandes conglomerados econômicos organizados em rede (CASTELLS, 2005, p. 94); mudança do controle local ao global, mediante redução do papel do Estado na economia; e aproximação dos povos e culturas, em razão da rapidez dos meios de transporte.

A título de delimitação do escopo deste estudo, partindo-se da constatação de que a globalização envolve uma complexidade de fenômenos que contêm uma gama de interesses conflitantes, os quais impulsionaram posicionamentos prós e contras ao fenômeno, não se abordarão essas múltiplas vertentes ideológicas, de modo que se considera a globalização como uma realidade posta e, quiçá, irreversível, tentando-se lidar com as suas nuances e efeitos, a exemplo da problemática aqui tratada.

Nesse sentido, reconhecendo-se esse novo contexto global e a insuficiência/atraso do Direito e dos legisladores em lidar com a nova noção de tempo e espaço decorrente, sobretudo, da qualificação de “rede” consolidada no mundo contemporâneo, podem ser

apresentados alguns problemas importantes enfrentados pelo pensamento jurídico (FARIA, 2011, p. 54)⁴:

a) convergência e homogeneização da legislação/regulação em escala planetária, com vistas a eliminar o espaço entre a atuação global dos mercados (cuja comunicação se dá on-line e em rede) e o alcance geograficamente restrito das autoridades regulatórias dos Estados nacionais, para o qual o autor discute a necessidade de se criar órgãos reguladores macroprudenciais (no caso específico apontado pelo autor, seria uma espécie de Banco Central mundial), trazendo a ideia de desterritorialização e, conseqüentemente, de um espaço jurídico global;

b) esgotamento da eficácia de mecanismos jurídicos convencionais, notadamente as regulações nacionais, as quais não acompanharam a velocidade da globalização das atividades econômicas. Inclusive, verificou-se que os próprios operadores do direito não possuíam capacidade cognitiva e competência funcional frente ao dinamismo e à inovação dos mercados financeiros;

c) crescente fragmentação, complexidade e interdependência entre os agentes econômicos e os atores políticos, em matéria de regulação e controle do processo de acumulação financeira, surgindo um novo contexto em que os organismos não estatais, além de regulados, também passam a ser reguladores (conflito entre autorregulação econômica e regulação estatal), numa crescente perda da força do Estado nacional como instância de mediação política, regulamentação e poder normativo.

Diante dessas novas realidades, percebe-se uma perda da identidade do direito administrativo que se apelidou como “fuga para o direito privado”, sendo constatada:

“uma procura por regimes de direito privado ou, ao menos, um regime jurídico administrativo mais flexível, que imprima maior liberdade na atuação administrativa. Se, por um lado, durante o primeiro século de existência do direito administrativo, buscava-se aumentar as garantias dos particulares, dessa maneira, limitando as prerrogativas administrativas; por outro lado, no final do segundo século de sua existência, assiste-se a uma “fuga” procurando, por esta via: iludir as vinculações criadas pelas normas, assim desenvolvendo uma “reserva de administração” intocável pelo Judiciário.”(SADDY, 2013 p. 233-261).

Nessa mesma linha, pode ser anunciado um novo contexto de convivência entre direito e regulação, marcado por uma governança à “margem” ou “exterior” ao direito positivo

⁴ Apesar de o autor utilizar-se de um enfoque mais afeto ao mercado financeiro, as suas reflexões abordam questões úteis ao tópico em que é inserido no presente estudo, a exemplo da desterritorialização; do espaço jurídico global; interdependência entre os agentes econômicos e os atores políticos; organismos não estatais, além de regulados, também passamos a ser reguladores etc.

tradicional [...] de formação de um direito independente daquela instituído pelos Estados ou no plano interestatal, de uma dinâmica jurídica sistemicamente autônoma com relação aos poderes públicos e de formas regulatórias estranhas às tradicionais formas de intervenção estatal no direito positivo. Trata-se de um direito *sui generis*, que se distingue do direito positivo tradicional dos Estados nacionais, em razão de ter pouco respaldo político-institucional no plano mundial e estar atrelado a processos econômicos dinâmicos, e, portanto, ser flexível e tendente a alterações de acordo com as exigências das transações e organizações econômicas globais, o que lhe acarreta uma certa vulnerabilidade a pressões de interesses econômicos, uma vez que pode ser modificado de caso a caso.(FARIA, 2011, P. 102 e 103)

Ou seja:

[...] a realidade jurídica seria cada vez mais formada por regimes normativos privados ou híbridos, que preenchem os vácuos legislativos deixados pelos Estados nacionais, de modo deliberado ou não. Em vez de um direito unificado, com hierarquias jurídicas verticais institucionalizadas, o que se tem aqui são formulações normativas setoriais – tais como regras contábeis válidas universalmente para companhias abertas, códigos de conduta profissional, contratos padronizados de associações profissionais internacionais e contratos pré-formulados de organizações internacionais – substituindo as legislações nacionais, sem um mecanismo de poder que as articule de modo efetivo.(FARIA, 2011, P. 77)

A propósito, na medida em que essa nova configuração do Direito é marcada por forte tendência de não-intervenção estatal e maciça preponderância das decisões de atores privados, revela-se uma preocupação em torno da existência de uma real reflexão desses agentes privados sobre os efeitos e riscos sociais de suas decisões.

Daí a importância, além dos órgãos reguladores, também da fiscalização do TCU (mesmo que não no sentido de aplicação de eventuais sanções, considerando, s.m.j., a ausência de competência para tanto), para apurar e realizar estudos, ao menos, e se for o caso, para alertar os órgãos reguladores competentes e demais instituições pertinentes (a exemplo do Ministério Público), para a tomada de eventuais providências que busquem evitar e/ou mitigar supostos abusos pelos agentes privados.

Por outro lado, o TCU, ainda, teria papel relevante para avaliar o cumprimento de regulações transnacionais dos entes por ele fiscalizados em benefício da coletividade, considerando que a finalidade precípua de tais regulações (ou, talvez, a sua maior parte) é, p. ex., definir parâmetros técnicos mínimos de qualidade e segurança de produtos e serviços.É

em decorrência desses apontamentos que surge a interrelação entre o TCU com as regulações transnacionais (no caso, as chamadas *soft law*) e a hipótese de pesquisa deste artigo.

Ademais, conforme será aprofundado nos próximos tópicos, as características dessas regulações – sobretudo deslocando: a noção de hierarquia para a noção de rede, de mecanismos jurídicos rígidos para processos normativos e interdependentes, da titularidade legislativa dos parlamentos entidades/associações não políticas– culminam num real desafio ao TCU, na medida em que esse Tribunal possui competência de determinar comportamentos e impor sanções aos seus fiscalizados, tão-somente na hipótese de comprovação de ilegalidade, por força de expressa previsão constitucional (art. 70 e segs. da Constituição Federal de 1988).

3. A INTERNALIZAÇÃO DE REGULAÇÕES TRANSNACIONAIS NO ESPAÇO JURÍDICO DOS ESTADOS

Antes de adentrar à análise da regulação transnacional, cumpre ressaltar que não serão abordadas questões relacionadas à legitimidade de tais regulações – por exemplo, no sentido de haver uma evidente hegemonia dos países mais ricos e poderosos (sob o aspecto político, econômico e bélico) na criação e condução dessas normas – de modo que limitar-se-á a apresentar algumas características dessa novel espécie de norma, bem como de seu ingresso no espaço doméstico, naquilo que se aquilatar pertinente à hipótese de pesquisa escolhida.

De início, o que se pode afirmar em relação à *soft law* é o fato de causar um impacto ao Direito usualmente vivenciado e uma real ruptura com tudo aquilo que os seus operadores reconheciam como verdadeiros dogmas; se perguntassem qual palavra resumiria a relação das regulações transnacionais com o Direito – sem titubear – se diria “inovação”. Realmente, regulações da espécie inauguram uma nova maneira de pensar o Direito, obviamente em decorrência da nova conjuntura mundial apresentada no tópico anterior deste estudo. Uma nova ideia de desregulamentação (considerando a ideia clássica de regulamentação, necessária e exclusivamente estatal), deslegalização⁵, desjuridificação, procedimentalização, interdisciplinariedade, interconexão, rede etc.

As padronizações de especificações técnicas e os modelos contábeis de interesse comum dos agentes econômicos, concebidos com o objetivo de “equalizar” o funcionamento

⁵ Vale destacar que “desregulamentação e deslegalização não significam menos direito. Significam, sim, menos direito positivo – e com perda de parte dos atributos de sistematicidade, generalidade e estabilidade. Significam, igualmente, menor mediação das instituições políticas na produção das regras, em benefício de uma normatividade emanada de diferentes formas de contrato, de uma densa rede de organizações e regulações e da tendência dos diferentes setores da vida social e econômica à autorregulação e autocomposição dos conflitos.” (FARIA, 2011, p. 116).

dos mercados, reduzindo, com isso, os custos de transação, facilitando comparações de balanço e propiciando decisões mais objetivas, por exemplo, ficariam a cargo dos chamados órgãos de normalização⁶ (standard setting bodies), os quais não se enquadram no perfil clássico das organizações internacionais, na medida em que não são integradas por Estados, não são constituídas por tratados e algumas não têm nem mesmo sedes fixas [...] são organismos privados sem fins lucrativos, responsáveis por definições de padrões internacionais que não são obrigatoriamente vinculantes, do ponto de vista legal, e que agem por delegação de governos ou ocupam o vazio deixado pelos poderes públicos em áreas e em matérias de extrema complexidade técnica.⁷ (FARIA, 2011, P. 105)

Notadamente em razão da insuficiência da ordem jurídica estatal, na esfera empresarial advém uma normatividade própria, desterritorializada e direcionada a mercados e cadeias produtivas. De modo resumido podemos considerar que:

“ Propiciando, assim, combinações híbridas, verticais, horizontais, diagonais, centrípetas e centrífugas, este é um modelo de direito fragmentado, por vezes contraditório, com diferentes atores instituintes e com distintas fontes de produção normativa e imposição jurídica – fontes supranacionais (mediante a transferência de competências legais dos Estados para organismos multilaterais, dos quais vários passaram a atribuir a atores não estatais o status jurídico de ‘observadores’ e de ‘interlocutores’, ganhando, com isso, níveis inéditos de legitimidade política); fontes privadas (envolvendo práticas e procedimentos regulatórios desenvolvidos por empresas e entidades empresariais); fontes técnicas (baseadas na expertise científica e no conhecimento especializado); e fontes comunitárias (baseadas na capacidade de mobilização da sociedade, por intermédio de ONGs e movimentos sociais). Este modelo se destaca, assim, por uma grande variedade de regimes regulatórios e pela interconexão de diferentes campos normativos – todos com formas jurídicas suficientemente elaboradas para permitir sua aplicação e enforcement, mas sempre em permanente mudança. Em suma, este é um modelo de direito dotado de enorme flexibilidade e de ampla adaptabilidade às exigências de sistemas sociais e econômicos cada vez mais complexos.(FARIA, 2011, P. 106)

Podemos considerar que diante dessa tendência crescente de internacionalização da decisão econômica e da insuficiência da sua capacidade técnica, o Estado “optou” em ceder

⁶ Entende-se como normalizar o ato de estabelecer normas, uniformizar e padronizar.

⁷ Como exemplo de entidades da espécie, pode-se citar: a *International Organization for Standardisation (ISO)*, a *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)*, o *International Accounting Standard Board (IASB)*, a *International Organization of Securities Commissions (IOSCO)*, o *International Auditing and Assurance Standards Board (IAAS)*, o *Financial Accounting Standards Board (FASB)*, a *International Corporate Governance Network (ICGN)*, a *International Competition Network (ICN)*, a *International Swaps and Derivatives Association (ISDA)*, o *Bureau International des Poids et Mesures (BIPM)* e a *Codex Alimentarius Commission*.

parte de sua responsabilidade regulatória. Para tanto, o Estado abriu caminho para negociações interorganizacionais nos mercados e para uma condução descentralizada e propiciou aos diferentes atores sociais e econômicos condições para que possam discutir entre si e tentar definir o conteúdo das normas. Percebe-se, portanto, que essas regulações são produzidas por atores não-governamentais e passam a impor comportamentos e padrões a todos os partícipes daquele determinado mercado.

Oportuniza-se, assim, novas formas de criação do direito nos planos nacional, internacional e transnacional, com destaque para o fato de que as fronteiras entre o nacional e o internacional, bem como entre o local e o global, tornam-se cada vez mais porosas, suscetíveis a interconexões e inter-relacionamentos entre essas esferas, com uma tendência crescente e irreversível de desterritorialização. Na prática, pode-se afirmar que se presencia um contexto fático em que regulações transnacionais – criadas, no mais das vezes, por atores não-governamentais e dotadas de considerável informalidade (no sentido de não haver aceitação expressa e normativa por parte do Estado) – atravessam as fronteiras das esferas domésticas dos Estados e passam a regular os vários mercados. Podendo inclusive gerar efeitos a Estados que não fazem parte direta da elaboração das normas. (NEIVA, 2008, P. 143)

Essa constatação é uma realidade, inclusive no Brasil. Regulações da espécie vigem e orientam os padrões a serem observados pelos *players* de mercado (também o mercado interno), inclusive pelos órgãos reguladores e de controle que, não raro, também observam tais normas e cobram o seu cumprimento por parte dos agentes regulados e controlados, conforme se verá. Podemos considerar que os principais fatores que levam à opção pela *soft law* são a flexibilidade e a celeridade, na medida em que dispensados os trâmites constitucionais e a legitimidade democrática de sua adoção na esfera doméstica.

A título de exemplo, para demonstrar o ingresso das regulações transnacionais no espaço doméstico, sem a observância de formalidades histórica e constitucionalmente consagradas (tal como a sua submissão ao crivo do Congresso e do Chefe do Poder Executivo federal), pode-se citar o Acordo de Basileia, que é celebrado pelos presidentes dos Bancos Centrais do G-10, cujos termos seriam, em tese, impositivos apenas para esses países. Na prática, no entanto, em razão do intenso fluxo internacional de capitais, da intensa rede de conexões que liga os mercados financeiros de todo o mundo e da pressão de outros organismos internacionais (FMI, Banco Mundial e OMC), países não signatários do acordo da Basileia aderem ao acordo de maneira informal, ou seja, não são signatários e adotam as

medidas previstas nesse instrumento a fim de manter o seu mercado financeiro alinhado com o dos países mais ricos. (NEIVA, 2008, P. 157)

Verifica-se, portanto, que as regulações transnacionais ingressam no País e passam a impor padrões e exigências no mercado interno, sem a observância das formalidades exigidas constitucionalmente (a exemplo da edição de decreto legislativo pelo Congresso e ratificação e internalização pelo Chefe do Poder Executivo) e usualmente cumpridas quando do ingresso de tratados e acordos internacionais, o que, em tese, implica dizer que referidas regulações não seriam consideradas “lei”.

Diante disso, considerando que a legitimidade de atuação fiscalizatória e, sobretudo, impositiva e sancionatória do TCU está condicionada à verificação da legalidade e eventual ocorrência de conduta ilegal dos seus entes fiscalizados, na medida em que as regulações transnacionais não possuem “status” de lei, como se daria a atuação da Corte de Contas nessa matéria? Quais seriam os desafios do TCU e eventuais alternativas utilizadas para enfrentar esse dilema? São essas e outras questões do gênero que serão discutidas no próximo tópico deste estudo.

4.A FISCALIZAÇÃO DO TCU QUANTO AO CUMPRIMENTO DA REGULAÇÃO TRANSNACIONAL

Conforme verificado nos tópicos anteriores, a presença de regulações transnacionais no espaço doméstico é uma realidade irreversível, considerando a tendência mundial de interconexão dos mercados e da agilidade e flexibilidade exigidas. Além disso, também é fato notório que tais regulações, por vezes, são criadas por agentes privados e ingressam na esfera interna do Estado, informalmente, sem percorrer os meandros burocrático-legais usualmente demandados em situações da espécie.

Abrindo-se um parêntese, o presente estudo não enxerga as regulações transnacionais como algo negativo, mas, pelo contrário, com “bons olhos”, na medida em que, no mais das vezes, são normas que buscam definir padrões de qualidade mínimos e aceitáveis para produtos e serviços, bem como pretendem facilitar as relações de mercado, tornando-as mais ágeis, seguras e compatíveis com as exigências técnicas adequadas.

O que se almeja, neste estudo, é investigar como o TCU se engaja nesse contexto, ou seja, como o órgão de controle externo atua diante dessas regulações, levando em conta que não são formalmente consideradas “lei”.

Nesse contexto, considerando, p. ex., que a previsão constante do artigo 71, inciso IX da Constituição Federal – “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências

necessárias ao exato **cumprimento da lei, se verificada ilegalidade** –, exige, ao menos e obrigatoriamente no tocante à emissão de determinações, o exame de legalidade, como seria realizada eventual fiscalização pelo TCU em relação ao cumprimento de regulações transnacionais com as características tratadas nos tópicos anteriores deste estudo, as quais não teriam o status de “lei” *stricto sensu*?

Antes da análise desse questionamento, destaque-se que o TCU, também, detém atribuições outras, que não se limitam a expedir determinações e a sancionar, a exemplo da prevista no artigo 71, inciso XI da Constituição Federal (“representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”).

Diante disso, pode-se extrair uma primeira conclusão: não haveria vedação de o TCU fiscalizar o cumprimento de regulações da espécie pelos seus entes controlados, para fins de emitir “recomendações” e/ou “representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”, sem qualquer viés de determinação ou sanção.

No entanto, permanece em aberto a análise acerca da possibilidade de o TCU emitir determinações e imputar sanções aos seus agentes controlados; ou melhor, se a Corte de Contas já os faz, resta refletir sobre a constitucionalidade/legalidade de assim proceder.

Na prática, alguns exemplos demonstram que o TCU já atua nesse sentido, expedindo determinações e imputando sanções, em razão da não-observância de regulações transnacionais. Com efeito, já é usual em editais de licitação de órgãos e entidades da Administração Pública a exigência, por exemplo, de observância de certificado ISO (*International Organization for Standardization*), sobretudo, em compras governamentais de produtos.

A Organização Internacional de Normalização (ISO) é um ente privado que harmoniza regras de produtos e processos em todo o mundo, sendo um bom exemplo de regulações que geram grandes impactos econômicos, mesmo partindo de arranjos de governança privada a serem aplicadas a empresas privadas mais que passam a compor os ditames da legislação pública nacional. (KINGSBURY, KRISCH e STEWART, 2005, p. 23)

Não é incomum o TCU reconhecer tais exigências como regulares em editais de licitação, repreendendo apenas que tais certificações sejam exigidas na fase de habilitação, em razão de reputar descumprimento do princípio de vedação à restrição da competitividade, disposto no artigo 3º, § 1º, inciso I, bem como do contido no artigo 30 da Lei n. 8.666/93.⁸

⁸Acórdão 539/2015-Plenário; Ac. 1094/2004-Plenário; Ac. 1612/2008-Plenário; Ac. 1085/2011-Plenário; Ac. 1542/2013-Plenário.

Diante disso, na medida em que se reconhece que as regulações transnacionais são uma realidade posta e, quiçá, irreversível e – apesar do déficit democrático de legitimidade, sobretudo em seu ingresso no espaço doméstico – por vezes benéficas ao mercado como um todo (inclusive aos consumidores), ao estabelecer padrões técnicos de qualidade e segurança aos produtos e serviços, uma alternativa ao TCU (além da possibilidade de emitir recomendações, conforme acima mencionado) seria a fiscalização do cumprimento de regulações da espécie através dos órgãos reguladores internos.

Aliás, muito embora ainda, em sua maioria, as regulações transnacionais careçam de uma participação efetiva e ampla de todos os países que serão por ela atingidos, ao menos, tem sido usual o interesse de órgãos reguladores internos de se inteirar do teor de tais normas (inclusive envidando esforços junto à entidade transnacional no sentido de obter maior participação e poder na tomada de decisões) e, por vezes, estabelecer normas internas (ainda que de estatura infralegal) reconhecendo a necessidade de cumprimento dos padrões técnicos de qualidade e segurança e regulamentando internamente, mediante um maior detalhamento dos procedimentos a serem seguidos e, talvez, até mesmo, as adaptando à realidade interna.

É o que ocorre, por exemplo, no caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA em relação às regulações estabelecidas pelo Conselho Internacional sobre Harmonização de Requisitos Técnicos em Produtos Farmacêuticos para Uso Humano (ICH, do inglês *International Conference on Harmonization of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use*) e do Banco Central do Brasil – BCB no tocante à regulação conhecida como “Acordo de Basileia” estipulada pelo Comitê da Basileia no âmbito *Bank for International Settlement – BIS*.⁹ Sobretudo quanto ao “Acordo de Basileia”, já há algum tempo o mercado financeiro brasileiro segue referida regulação, mediante várias normatizações infralegais emitidas pelo BCB, tais como Resoluções do Conselho Monetário Nacional n.ºs 2.099/1994, 2.682/1999 e 4.193/2013.

A par disso e aliado ao fato de que órgãos reguladores da espécie teriam mais traquejo e maiores condições técnicas de compreender as regulações transnacionais, acredita-se que a alternativa mais plausível e viável para o TCU fiscalizar o cumprimento dessas normas seria

⁹Apesar de ainda não haver uma participação efetiva na tomada de decisão das organizações transnacionais mencionadas, destaca-se que, atualmente, tanto a ANVISA (ainda que prematuramente, considerando que foi aceita como observadora no ICH somente em dezembro de 2015 e desde novembro de 2016 passou a ser membro regular) como o BCB “participam” dos fóruns realizados no ICH e no BIS, respectivamente, internalizando as suas regulações mediante a expedição de normas infralegais, com o propósito de estar em consonância com os padrões de qualidade e segurança estabelecidos pelas referidas regulações transnacionais, a despeito de não haver a sua formal internalização através dos mecanismos constitucionalmente estabelecidos.

através dos órgãos reguladores, que também são por ele controlados, nos termos dos artigos 70 e 71 da Constituição Federal.

A propósito, não se está defendendo a atuação do TCU como segunda instância ou revisor dos órgãos reguladores, mas como órgão constitucional de supervisão e controle, com o intuito preponderante de auxiliar referidos órgãos, por exemplo, identificando inconsistências e irregularidades nos estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental da obra¹⁰, sem adentrar nas questões técnicas atinentes à regulação do mercado (função típica do órgão regulador), tal como a escolha das metodologias de cálculo.

É certo que a alternativa proposta não resolve a questão da legalidade/constitucionalidade de o TCU emitir determinações e/ou sancionamentos por descumprimento de regulações transnacionais que sequer foram internalizadas pela forma estabelecida na Constituição e, portanto, não teriam o caráter de lei.

Muitos diriam que o “correto” seria que todas as regulamentações transnacionais se submetessem ao crivo dos Poderes Legislativo e Executivo, conforme previsto na Constituição Federal, mas será que essa exigência é compatível com a velocidade demandada nos mercados por elas regulados? Será que esse ainda é o melhor modelo, considerando as alterações contextuais e sociais ocorridas desde o advento da Constituição Federal de 1988, sobretudo a característica de “rede”, da sociedade atual? Considerando o fato de que, de uma certa forma, os órgãos reguladores internos estão antenados com as regulações transnacionais e detém o conhecimento técnico para tanto, bem como o fato de que já emitem normativos com base em tais regulações, isso não seria suficiente e/ou supriria a ausência do formalismo de internalização constitucionalmente exigido?

Além disso, conforme demonstrou-se nos tópicos anteriores deste estudo, sobretudo após o advento do fenômeno da globalização (ainda mais intensificado atualmente pelo caráter de rede da sociedade contemporânea), a sociedade e o Direito hodierno não são os mesmos do momento em que fora promulgada a Constituição Federal de 1988. O Constituinte não vislumbrou a velocidade exigida pela modernidade. Mas, as regulações transnacionais que se disseminam e atravessam informalmente as fronteiras dos países demonstram cabalmente a mudança e revelam a incompatibilidade dessa realidade com os mecanismos burocrático-formais então existentes para seu reconhecimento na ordem interna dos países. Já há algum tempo entende-se que a Constituição de um País não deve apresentar-

¹⁰No caso da aprovação pelo TCU do primeiro estágio do acompanhamento da outorga da Ferrovia Norte-Sul Tramo Central (FNSTC), em Sessão Plenária de 19.9.2018 – Acórdão 2195/2018 – TC 026.071/2017-7.

se apenas como um pedaço de papel desgarrado e indiferente à realidade e aos anseios da sociedade, mas deve acompanhar a evolução da sociedade.

Aliás, esse contexto pode até mesmo apresentar-se como uma oportunidade de o Constituinte reconhecer formalmente essa prática, flexibilizando a internalização das regulações transnacionais, as quais passariam tão-somente pelo crivo dos órgãos reguladores competentes. Ou, quiçá, uma oportunidade de o Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal refletir sobre a possibilidade de uma interpretação conforme.

Ademais, deve se ponderar se a ampla legitimidade exaustivamente requerida seria tão necessária, útil e efetiva, considerando a tecnicidade dos assuntos regulados. Ou seja, até que ponto a população e a sociedade em geral contribuiriam ou teriam reais condições de fazê-lo?

De todo modo, talvez essa “problemática” remanescente também seja uma consequência de uma tendência mundial de deslegalização ou ainda do chamado transconstitucionalismo (NEVES, 2009, P. 21), abandonando-se o conceito clássico de Constituição ligado territorialmente a determinado Estado.

Nesse contexto, conectado à realidade atual de presença de regulações transnacionais internalizadas informalmente (que, aliás, entende-se como um fenômeno irreversível e praticado em nível global) e reconhecidas pelos órgãos reguladores internos por meio de suas normas infralegais, inclusive com os benefícios oriundos de tais regulações (sobretudo a observância de padrões técnicos de qualidade dos serviços e produtos), bem como utilizando-se de sua competência fiscalizatória em relação aos referidos órgãos reguladores, conclui-se que o TCU teria condições de fiscalizar o cumprimento das regulações transnacionais, indiretamente, ou seja, exigindo que os órgãos reguladores internos o façam.

Conforme antes mencionado, entende-se que essa forma indireta de fiscalização é a que parece mais plausível, considerando que os órgãos reguladores já detêm a competência técnica necessária para avaliar os impactos regulatórios envolvidos e – espera-se – implementar as alterações pertinentes (mediante normatização), de modo a adaptar as regulações transnacionais à realidade interna.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade é dinâmica, em rede, *online*, andando “anos luz” à frente do Direito. E, não há nada de errado com isso. É o natural: o Direito nasce do fato social, da realidade. É o que se vê na temática abordada no presente artigo, normas com novas características, preponderantemente informais, não mais de titularidade exclusiva de atores governamentais, mas criadas por atores privados...enfim, presencia-se a era do direito negociado, em que o

próprio legislador estatal (quicá incapaz tecnicamente de compreender o conteúdo das regulações e do mercado e agir na velocidade demandada) se abstém do seu mister, permitindo que os atores privados discutam e negociem as alternativas normativas mais condizentes aos seus interesses.

Assim, até que o legislador constituinte assimile e reconheça formalmente essa realidade, na verdade, confirmando algo que já é, na prática, tacitamente aceito, diante da suposta impossibilidade constitucional e legal de o TCU fiscalizar as regulações transnacionais, acredita-se que a alternativa mais adequada seria fazê-lo em relação aos órgãos reguladores, sobretudo por deterem o conhecimento técnico necessário, inclusive para avaliar a sua compatibilidade com a realidade doméstica.

Além disso, ressalta-se também a importância do TCU como fiscalizador no sentido de alertar sobre eventual necessidade de adaptação da regulação transnacional à realidade, bem como às questões sociais, considerando que há riscos desses atores privados responsáveis pela criação dessas regulações não refletirem sobre os efeitos e riscos sociais de suas decisões, sem olvidar, ainda, o risco, sempre existente, da captura regulatória. O que, do mesmo modo, pode ser evitado ou impedido por meio da atuação da Corte de Contas federal.

REFERÊNCIAS:

- CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian. 2005.
- FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
- HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011.
- KINGSBURY, KRISCH e STEWART, Benedict, Nico e Richard B. “The Emergence of Global Administrative Law”. In: *LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS*, Vol. 68:15 Summer/Autumn 2005.
- MENDES, Joana. “Administrative Law Beyond the State: Participation at the Intersection of Legal Systems” In: CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (ed). *Global Administrative Law and EU Administrative Law*. New York: Springer, 2011.
- NEIVA, Micheline Mendonça. *Análise Jurídica do Segundo Acordo da Basileia: a regulação do mercado bancário internacional por meio de instrumentos de soft law e sua legitimidade democrática*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília – Unb, 2008.
- RIEGNER, Michael. “Towards an International Institutional Law of Information.” In: *International Organizations Law Review* 12 (2015) 50-80.

SADDY, André. “A Administração Pública e códigos de conduta.” In:*RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 233-261, jan./abr.2013.