

A PROMOÇÃO DO JOGO REGULATÓRIO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS: o controle da discricionariedade das autoridades administrativas pelo Tribunal de Contas

Fábio Medina Osório
Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madri
Presidente executivo do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado – IIEDE

Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho
Doutoranda em Direito Financeiro e Econômico Global da Universidade de Lisboa
Professora da Escola Superior da Advocacia Pública – ESAP

Resumo: O presente trabalho pretende lançar luzes acerca da importante atuação dos tribunais de contas no processo regulatório, mediante a delimitação do contorno do controle a ser exercido sobre as atividades desenvolvidas pelas agências reguladoras, tendo por limites o jogo regulatório e a adequada prestação dos serviços públicos. A partir da deslegalização, pela qual o Estado deixa seu monopólio de controle legal, da delegação administrativa e da distribuição de justiça, em um sistema multiportas, voltado ao consenso, faz-se de grande importância a atuação das Cortes de Contas na verificação da aplicação da constituição e das leis, no cumprimento dos editais e contratos firmados pelas agências reguladoras, preservando a discricionariedade, que envolve a dinâmica do jogo regulatório. A atuação da Corte de Contas deve ser um importante pilar para a segurança jurídica, principalmente em tempos de pandemia, com o objetivo de retomada do desenvolvimento econômico.

Palavras-chave: Discricionariedade; Consensualidade; Desenvolvimento Econômico; Segurança Jurídica.

Abstract: *he present work intends to shed light on the important role of the audit courts in the regulatory process, by delimiting the outline of the control to be exercised over the activities developed by regulatory agencies, having as a limit the regulatory game and the adequate provision of public services. From delegalization, by which the State leaves its monopoly of legal control, administrative delegation and distribution of justice, in a multi-port system, focused on consensus, the role of the Courts of Accounts is of great importance in verifying the application of the constitution and laws, in compliance with notices and contracts signed by regulatory agencies, preserving discretion, which involves the dynamics of the regulatory game. The role of the Court of Auditors should be an important pillar for legal certainty, especially in times of pandemic, with the objective of resuming economic development.*

Keywords: *Technical discretion; Consensuality; Economic Development, Legal Security.*

I - INTRODUÇÃO

O Estado vem perdendo seus monopólios ao longo dos últimos vinte anos, conforme já anunciava o saudoso Professor DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. E isso se deu de diversas formas, a saber: com a produção normativa migrando para o desenvolvimento da regulática[1]; com a perda do monopólio da execução administrativa para a expansão das parcerias; e, por fim, com o monopólio da distribuição da justiça mudando para o consenso.[2]

Nesse contexto, aliás, conforme Galanter (2021), a própria distribuição da Justiça não é um monopólio do Poder Judiciário e sim uma prerrogativa de múltiplas instituições, evidenciando-se o redimensionamento do Estado.[3]

Entramos, não bastassem essas observações, na Era dos Serviços Públicos Digitais, combinada com a Era da Complexidade, num ambiente extremamente veloz, disruptivo e dinâmico. O Estado, em tais cenários, ganha novos papéis e dimensões. A própria Nova Gestão Pública, que tampouco foi totalmente implantada em nosso território, exige combinação de seus elementos com as novas ferramentas digitais. O Estado brasileiro, assim, torna-se protagonista de uma nova Era, que traz diretrizes e contribuições do campo privado à esfera pública, culminando na redução de custos e ganho de eficiência, com um novo modelo gestionário focado em resultados, eficácia e eficiência.

A mudança proporcionada pela regulática, diante das transformações estruturais das sociedades, torna clara a necessidade de o Direito não ser considerado como regulador heterônomo das relações sociais, mas como instrumento de trabalho para a autorregulação das relações sociais, conforme nos diz José Gomes Canotilho.[4]

A Sociedade organizada assume, através da despolitização, o gerenciamento do interesse público, em parceria com o setor privado e com segmentos sociais organizados. Afinal, como bem lembrado por Moreira Neto (2000), "o público é o campo de ação do Estado, mas não mais seu monopólio"[5]. Daí nascem os espaços públicos não estatais, os interesses difusos, coletivos, individuais, homogêneos e outros congêneres, deixando o Estado de ser possuidor para ser Estado regulador e consensual, na obtenção de recursos e na retomada do desenvolvimento.

Assim, de acordo com Weber (2020)[6], para fazer frente à complexidade das relações sociais, verificadas na modernidade, surgem as agências reguladoras setoriais, com funções administrativas, normativas e decisórias que representam um inegável aperfeiçoamento da arquitetura institucional do Estado de Direito contemporâneo.

II – A PROMOÇÃO DO JOGO REGULATÓRIO COMO MÉRITO DA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

II. 1. Legislação de regência

O art. 174 da Constituição de 1988 já previa que a função reguladora a ser desempenhada pelo Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, e que será exercida na forma da lei[7], abarca as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Emendas à Constituição de 1988 passaram a prever expressamente órgãos reguladores para os setores de telecomunicações, como a EC 8/95, com a nova redação dada ao art. 21, XI, e depois a EC 9/95, com inciso III do § 2º do art. 177, e de petróleo, que abriram espaço não só para a introdução de órgãos reguladores, como também dotaram de autonomia a atividade regulatória para outras áreas[8].

Dentro desse cenário, surgem as agências que, apesar de exercerem uma função eminentemente estatal, destinam-se à regulação de serviços públicos e atividades econômicas de interesse coletivo, não sendo formuladoras de políticas públicas ou mesmo do planejamento econômico do órgão governamental[9], mas sim, agora de acordo com a norma agora positivada no art. 15, inciso II, da Lei nº 13.848/2019, cabe às agências reguladoras aperfeiçoar as relações de cooperação com o Poder Público para o cumprimento das políticas públicas.

Conforme preceitua Aragão (2000), as agências devem ser independentes, com poderes para esse exercício, sinalizando a variedade dos três poderes: o poder normativo, propriamente dito ou de natureza concreta; de solução de conflitos de interesses, investigativos e fomentadores; e de fiscalização, preventiva ou repressiva.

A priori, pode parecer estranha essa concentração da tríade de poderes em uma mesma entidade, porém a dialogicidade em um mesmo ambiente regulatório proporciona uma maior segurança jurídica, tanto para o usuário como para o investidor no processo de tomada de decisões.

II. 2. Dos Poderes das Agências Reguladoras: Poder Normativo; Poder de Solução de Conflitos; Poder Sancionador.

O poder normativo das agências reguladoras advém da própria lei de criação da agência ou de lei posterior que altere o regime jurídico. De forma ampla e abstrata, de acordo com Arigony (2019)[10], a doutrina convencionou chamar de princípios inteligíveis essas balizas que circundam o poder normativo das Agências, na medida em que o legislador apenas fixa alguns limites e condicionantes à agência reguladora, lastreadas por vezes em princípios ou objetivos normativos.

Essa baixa densidade normativa que condiciona a atuação das Agências em seu poder normativo, segundo Aragão (2000)[11], tem por objetivo propiciar o desenvolvimento de normas setoriais ágeis para a complexa e dinâmica realidade social. Tais espaços proporcionam margens para estratégias negociais e consensuais das Agências. Por certo, deve-se observar, inevitavelmente, o devido processo legal na produção normativa, em suas dimensões formal e substancial.[12]

1 Sobre o tema: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial. 3. ed. Madrid: Civitas, 1998.

2 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 222.

3 GALANTER, Marc; TRUBEK, David M. Acadêmicos Auto-Alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina "direito e desenvolvimento (1974). Rev. Direito GV, v. 3, n. 2, p. 261-304, jul./dez. 2007. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35190/33994. Acesso em: 9 out. 2021.

4 CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e teoria da constituição. Portugal: Almedina, 1998. p.23-24

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.185.

6 WEBER, Rosa Maria Pires. Agências reguladoras: notas sobre os contornos e os limites da função normativa no âmbito da regulação sanitária. In: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 140-143.

7 A Lei Federal nº 13.848/2019 instituiu um novo marco sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Assim, já se denota a importância e a necessidade de fortalecimento das agências. Apesar de não dispor, de forma mais clara, sobre os limites desse controle externo das agências reguladoras, disposto no artigo 14, que será exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, disciplina em vários artigos formas de transparência e a elaboração de relatórios, que contribuem, significativamente, para a métrica de dialogicidade entre as agências reguladoras e o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas.
De acordo com o artigo 3º da lei, a natureza especial conferida à agência reguladora "é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos".

8 A primeira agência reguladora criada foi a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, prevista na Lei nº 9.472, de 16.07.97. Hoje, de acordo com o art. 2º da Lei Federal nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, as seguintes agências: I -a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI - a Agência Nacional de Águas (ANA); VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM). No Estado do Rio de Janeiro, existem duas agências reguladoras: a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (Agenersa), criada em 06 de junho de 2005, por meio da Lei Estadual nº 4.556, exerce o poder regulatório dos Contratos de Concessão e Permissões de Serviços Públicos licitados e elaborados pelo Poder Executivo Estadual, através das Secretarias de Estado, nas áreas de energia e saneamento básico; e a AGETRANSP, por força da Lei Estadual 4.555/2005, que extinguiu a ASEP RJ (Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro). No dia 1º de abril, foi promulgada a Lei nº 8.344 que cria a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro (Arserj), julgada posteriormente inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 0018340-26.2019.8.19.0000 por vício de iniciativa.

9 CARVALHO, Luciana. As Agências Reguladoras e o controle dos Tribunais de Contas. Disponível em: http://www.workoutenergy.com.br/abar/cbr/Trab0202.pdf Acesso em: 7 out. 2021.

10 ARIGONY. Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. Rev. Digital de Direito Administrativo, USP, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, v. 6, n. 1, p. 202-224, 2019.

11 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. Rev. de Informação Legislativa, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. 2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4. Acesso em: 7 out. 2021

12 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. Rev. de Informação Legislativa, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. 2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4. Acesso em: 7 out. 2021

De acordo com Guerra (2011)[13], essas normas editadas por entidades reguladoras devem obedecer aos preceitos legais ditos como standards, não possuindo um poder normativo incondicional, tal como ocorre com o Poder Legislativo. As ditas normas, porém, dificilmente podem ser submetidas a uma ordem hierárquica definida no modelo tradicional, e merecem um novo enquadramento na clássica pirâmide normativa, independentemente do *nomen juris*.

Já a resolução de conflitos, no âmbito das agências reguladoras, é pautada no consenso, a exemplo do que dispõe a Resolução Conjunta nº 2, de 27 de março de 2001 (Aneel, Anatel e ANP), que estabeleceu a Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, que tem caráter permanente, sendo composta por dois representantes de cada Agência, cujo requisito de admissibilidade condiciona-se à existência de negociação ou tentativa de negociação entre as partes e à ciência dos agentes de que será requerida a atuação das Agências no conflito.[14]

Ainda de acordo com o art. 7º da Lei nº 13.848/19, o processo de decisão da agência reguladora referente à regulação será sempre tomado através de colegiado.

Constituída uma agência reguladora, essa autoridade será responsável pelo exercício da função regulatória referente a um serviço público específico, abarcando competência técnica normativa, jurisdicional e sancionatória. Com efeito, eventual ingerência política nas decisões das agências caracterizaria um evidente desvirtuamento de suas finalidades institucionais, e deve ser coibida.

Quanto ao Poder Sancionador, encontra-se disciplinado no art. 38 da Lei nº 8.987/95 e agora também a possibilidade de descentralização das atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais para as agências dos Estados, Municípios e Distrito Federal, conforme o art. 34 da Lei nº 13.848/19.

II. 3. Da atividade Discricionária

Nas memoráveis palavras de Meirelles (1995), a atividade discricionária é o exercício do poder de escolha do administrador dentro do espaço reservado pela lei, permanecendo ainda assim sujeita a um duplo condicionamento: externo e interno. Com a contenção externa do ordenamento jurídico ao qual já é subordinada a atividade administrativa e, internamente, pelas exigências do bem comum e da moralidade da instituição administrativa, nas palavras do autor: "O bem comum, também chamado interesse social ou interesse coletivo, impõe que toda atividade administrativa lhe seja endereçada. Fixa, assim, o rumo que o ato administrativo deve procurar. Se o administrador se desviar desse roteiro, praticando ato que, embora discricionário, busque outro objetivo, incidirá em ilegalidade, por desvio de poder.[15]

No caso das agências, tanto a normatividade como as opções administrativas são dotadas de uma maior densidade técnica, conforme ensinamentos de Moreira Neto (2000):

> Com efeito, no Direito Público, as normas reguladoras surgem como espécies normativas muito distintas das normas legais tradicionais.
>
> Desde logo, é assim porque as normas legais resultam de opções políticas abstratas, definitórias de interesse público específico, que deverá prevalecer em cada tipo de relação administrativa considerada, de modo que possam ser aplicadas direta e concretamente pelo método de subsunção.
>
> Diferentemente, as normas reguladoras resultam de opções administrativas, também abstratas, formuladas, porém, com um maior nível de densidade técnica, como resultado da ponderação de interesses concorrentes em certas relações interprivadas críticas deslegalizadas, de modo que, em sua aplicação direta e concreta, promovam o máximo de equilíbrio social e econômico nessas relações críticas.[16]

Para Sánchez Morón (1994)[17], pode-se cogitar da presença de uma discricionariedade técnica nos casos em que a lei confere um âmbito de decisão plural aos administradores, com o propósito de alcançar um resultado de acordo com avaliações exclusivamente técnicas. As escolhas podem recair sobre os meios, e não necessariamente sobre os resultados.

Portanto, não se trata de um poder ilimitado, mas sim de uma atividade vinculada a escolhas legais, o que, no caso das agências, traduz possibilidades técnicas existentes, essenciais à atividade regulatória[18].

Para entender um pouco mais sobre o mérito do ato regulatório e a discricionariedade técnica das agências, leia-se, a propósito, o decidido no Acórdão TCU 1703/2004, da lavra do Ministro Benjamin Zymler, cujo objetivo era verificar a adequação dos valores do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis, diante da irresignação da concessionária frente às determinações dirigidas pelo Tribunal de Contas à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, determinando que a Agência deveria adotar a Taxa Interna de Retorno - TIR obtida do fluxo de caixa não alavancado, como indicador do equilíbrio econômico-financeiro[19]. Entretanto, como nem a alavancagem financeira no levantamento do fluxo de caixa, nem o cálculo da taxa de retorno da concessão da Rodovia Rio-Teresópolis estavam disciplinados em lei, e não foram definidas de forma clara no edital de licitação e no contrato de concessão firmado, entendeu o Relator que o caso envolvia discricionariedade técnica, alterando assim a determinação para recomendação à ANTT, com o provimento parcial do recurso, na medida em que a tarifa se enquadrou nos parâmetros do serviço público adequado.

Outro bom exemplo consta no voto recente, proferido no Acórdão Plenário 2032, de 25 de agosto de 2021, da lavra do Ministro Raimundo Carreiro no processo do tipo desestatização, relacionado à licitação da Anatel para autorizações de uso de radiofrequências nas faixas de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz associadas à prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP), destinadas à implementação de redes móveis em tecnologia 5G. Em pelo menos duas passagens, foram prestigiados o órgão regulador e as escolhas técnicas da agência, em caso de incertezas, adotando a autocontenção. É exemplo do caso do estudo de precificação da frequência de 26 GHz, em que se calculava o preço dos lotes nacionais de frequência de 26 GHz a partir de uma média entre os valores das licitações de 26 GHz e de 28 GHz ocorridas em quatro localidades: Finlândia, Grécia, Tailândia e Taiwan e Austrália. A SeinfraCOM (Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração do TCU) entendeu que a utilização desse critério não considera as características socioeconômicas e os níveis de desenvolvimento distintos das regiões de cada lote. O Relator optou por prestigiar a opção da Anatel, em se utilizar de valores nacionais em detrimento dos regionais, como em outros casos, entendendo que a utilização para uma opção regionalizada é um cenário cujo impacto não é possível de medir de antemão e cujo retrabalho é expressivo.[20]

Do mesmo modo, sustentou o Relator, prestigiando a decisão técnica da agência, no sentido de alterar uma determinação sugerida pela SeinfraCOM, para uma recomendação, na hipótese em que o órgão técnico do TCU entendeu que a Anatel utilizou valores equivocados de depreciação para as torres metálicas e para os cabos de fibra óptica, considerados necessários na exploração das faixas de frequência a serem leiloadas. O Relator recomendou somente que a Anatel aperfeiçoasse o cálculo da depreciação.

Do mesmo modo, decidiu o Acórdão TCU 4037/20, da lavra do Ministro Benjamin Zymler, que deixou de endossar a proposta da unidade técnica que sugeria recomendar à ANTT, nas licitações que o permitam, a adoção de contratos de concessão com prazos menores, estabelecendo os estritos limites da competência da Corte: (i) as determinações para adoção de medidas corretivas só podem ser exaradas quando se identificar a prática de atos irregulares que caracterizem a violação a normas legais ou infralegais; (ii) as recomendações, por sua vez, são utilizadas quando se verificam oportunidades de melhoria de desempenho, à luz do princípio da eficiência.

E conclui o Relator, no supramencionado Acórdão: " no âmbito do controle objetivo, esta Corte deve pautar sua atuação pela observância dos limites da discricionariedade dos entes reguladores, devendo atuar apenas quando houver descumprimento de normas, abstendo-se, por outro lado, de sugerir alterações quando se tratar de escolhas lícitas." E caso contrário "incrementará a insegurança jurídica. Logo, provocará um efeito oposto ao desejado".[21]

Percebe-se, assim, que as tensões, não determinadas na lei, no edital ou no contrato, devem ser resolvidas em um ponto de equilíbrio, que deverá ocorrer no âm-

13 GUERRA, Sérgio, Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo? Rev. Direito GV, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 131-152, jan./jun. 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/kSPJMRqZVmSDmCRn7KzNBMt/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 7 out. 2021.

14 Disponível em: https://www.gov.br/anatel/pt-br/regulado/competicao/resolucao-de-conflitos/comissao-de-resolucao-de-conflitos-das-agencias-reguladoras-dos-setores-de-energia-eletrica-telecomunicacoes-e-petroleo. Acesso em: 7 out. 2021.

15 MEIRELLES, Hely Lopes. Os Poderes do Administrador Público. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, Seleção Histórica, 1995, p.330.

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.394-395

17 SÀNCHEZ MORÓN, Miguel. Discricionalidad administrativa y control judicial. Madri: Editorial Tecnos, 1994, p. 129.

18 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.356.

19 Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1703%2520E%2520 2004%2520E%25201703%252F2004/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 12 out. 2021

20 Disponivel em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/5G/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520. Acesso em: 11 out. 2021.

21 TC 018.901/2020- Entidades: Agência Nacional de Transportes Terrestres; Empresa de Planejamento e Logística S.A.; Ministério da Infraestrutura. Representação legal: Johnatan Razen Ferreira Guimaraes (40.447/OAB-DF) e outros, representando Instituto Socioambiental e Instituto Kabu. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/servi%25C3%25A7o%2520adj%2520p%25C3%25BAblico%2520adj%2520adequado/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520. Acesso em: 12 out. 2021.

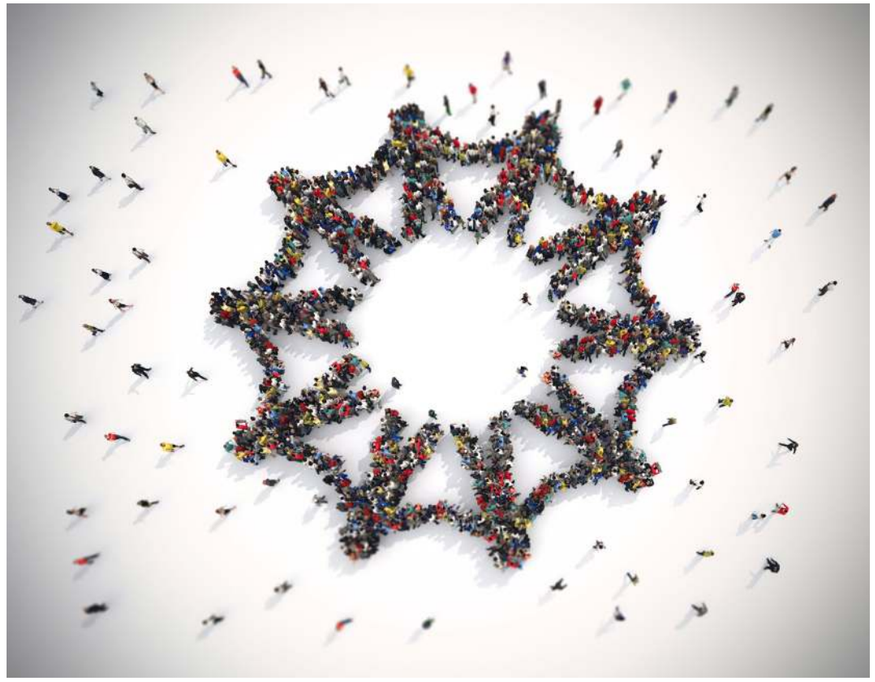
bito do chamado jogo regulatório, tensões a serem solvidas pelas agências reguladoras, e quando isso ocorre o Tribunal unicamente **recomenda** a adoção de providências, de acordo com sistema de precedentes.

II. 4. Do Jogo Regulatório.

Com o advento das privatizações e desestatizações, houve uma grande mudança não só na estrutura formal de decisões, como também na inclusão de novos players no ambiente regulatório, com as empresas nacionais e internacionais, usuários dos serviços de utilidade pública, investidores, dentre outros. Na essência, esses atores possuem interesses conflitantes, tornando-se necessária a elaboração de mecanismos de transparência[22] quanto ao processo de tomada de decisões.[23]

De acordo com o conceito de Marcos Vinicius: "Como jogo regulatório entendemos a interação de atores e instituições diversas – políticas, econômicas ou sociais – acontecendo sob regras estabelecidas pelos próprios e pelo contexto."[24] Para tal interação entre as instituições, abrange as regras e atores nas diversas áreas sujeitas à regulação estatal, incluindo as agências, a legislação, os poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) e os próprios atores sociais envolvidos, como as empresas reguladas.[25]

Entretanto, conforme assentado pelo próprio TCU no Acórdão 1703/2004:[26]"a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda ordem,[27] sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório." Logo, conclui-se que, para o Tribunal de Contas, o jogo regulatório abrange somente o regulador e os demais stakeholders, não cabendo ao TCU assumir a defesa de qualquer dos grupos envolvidos, mas sim garantir a estabilidade do jogo, dentro dos limites do que preveem a lei, o edital e o contrato dentro da adequada prestação dos serviços, conforme veremos a seguir.



III - OS LIMITES DE ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E OS SERVIÇOS PÚBLICOS ADEQUADOS

III. 1. Da competência constitucional dos Tribunais de Contas

No âmbito do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, conforme previsto no art. 70 da Constituição da República Federativa do Brasil, cabe a fiscalização de ordem contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Dentro dessas competências, o Tribunal realiza auditorias de regularidade e conformidade em ciclos, a fim de zelar pela legalidade da aplicação do dinheiro público.

O Tribunal de Contas da União, de acordo com a descrição no seu sítio na internet [28], tem a missão de fiscalizar a atuação das agências, sendo que esta fiscalização pode ocorrer prévia, concomitante e posteriormente ao ato, auxiliando na redução dos riscos de execução e de desequilíbrios econômico-financeiros, que podem facilmente ser evitados por meio de medidas preventivas, a partir da análise feita pelo Tribunal. Destaca-se que o Tribunal não substitui o papel constitucional e legal das agências reguladoras, às quais cabe regular o mercado. O TCU age, assim, não como segunda instância ou revisor, mas como órgão constitucional de controle, podendo apontar a ilicitude da escolha da ação do órgão regulador, a exemplo das metodologias de cálculo e valores de tarifas e determinar a correção da falha. Impropriedade deve significar ilicitude, pois ao TCU descabe ingressar no mérito administrativo dos atos regulatórios das Agências ou mesmo nos espaços discricionários inerentes aos conceitos jurídicos indeterminados de determinadas cláusulas gerais.

22 A exemplo do que ocorre com o Portal Governo Digital, disponível em www.governodigital.gov.br, que reúne informações sobre os instrumentos e as políticas do Governo Federal para melhorar a relação e o diálogo com o cidadão e as empresas, para a eliminação de barreiras, o aumento da transparência, o controle social das ações e a promoção da cidadania. O Portal Gov.br, instituído pelo Decreto n° 9.756/2019, é um projeto de unificação dos canais digitais do governo federal. Os serviços digitais, ou e-serviços, oferecidos pelos órgãos e entidades públicas, devem constar do Portal Gov.br, disponível em www.gov.br, que é o canal oficial da Administração Pública Federal para divulgação das informações sobre os serviços públicos federais de atendimento. Em abril de 2019, os indicadores de desempenho do Portal de Serviços informavam a disponibilidade de 2.892 serviços, de 181 órgãos, sendo 41,1% deles totalmente digitais (BRASIL, 2019a). Já em novembro de 2019, o Portal Gov.br, que sucedeu o Portal de Serviços, informava a disponibilidade de 3.265 serviços, de 183 órgãos, sendo 51,8% deles totalmente digitais (BRASIL, 2019b)."

23 MENEZES, Monique. O Tribunal de Contas da União, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 20, n. 43, p. 107-125, out. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rsocp/a/hyw4r3X6Sv7RgvwSqTXc6TJ/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 8 out. 2021.

24 PÓ, Marcos Vinicius. O Jogo Regulatório Brasileiro: a estabilidade contratual para além da autonomia das agências. 2009. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) - Escola de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. p. 7. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4651/72050100744.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 out. 2021.

25 PÓ, Marcos Vinicius. O Jogo Regulatório Brasileiro: a estabilidade contratual para além da autonomia das agências. 2009. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) - Escola de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. p. 26. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4651/72050100744.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 out. 2021

26 No entanto, para Eduardo Ferreira Jordão#, em artigo de opinião, "Quais os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras?", o Tribunal na prática interfere na discricionariedade técnica das agências, de modo recorrente, e ao citar a decisão da lavra do Ministro Benjamin Zymler, do Tribunal de Contas da União, no Acórdão TCU 1703/2004, em que teria sido dada a resposta oficial à sua pergunta, de que o Tribunal apenas exerce o controle "de segunda ordem", aduz que, por outro lado, o mesmo tribunal reconhece, no próprio voto, em dado momento, a interferência no ato regulatório, alegando que o fez em razão da incipiente e nascente atividade da agência. JORDÃO. Eduardo Ferreira. Quais os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras? Rev. Direito do Estado, n. 476, 2021. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/eduardo-ferreira-jordao/quais-os-limites-das-competencias-do-tcu-sobre-as-agencias-reguladoras. Acesso em: 8 out. 2021.

27 No mesmo sentido: "Não compete ao TCU fiscalizar diretamente as empresas delegatárias de serviço público, mas sim examinar se o poder concedente fiscaliza de forma adequada a execução dos contratos celebrados, visto que entendimento contrário implicaria invasão do TCU na seara de atuação das agências reguladoras, esvaziando a competência dessas entidades. Tratando-se da atividade-fim das referidas autarquias especiais, não deve o TCU se substituir à entidade controlada, tampouco estabelecer o conteúdo do ato de competência da agência, determinando-lhe a adoção de medidas, salvo quando for constatada ilegalidade ou omissão no cumprimento de normas jurídicas pertinentes."(TCU, Acórdão 210/2013, Plenário, Rel. José Jorge, jul. 20.02.2013)

"Ao exercer o controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o TCU deve atuar de forma complementar, exercendo uma fiscalização de segunda ordem, preservando ao máximo o âmbito de competência dessas entidades públicas."(TCU, Acórdão 2314/2014, Plenário, Rel. Min. José Jorge, jul. 03.09.2014)

"A fiscalização do cumprimento de metas de qualidade previstas nos contratos de concessão de serviços públicos não está abrangida na competência imediata do TCU. No exercício do controle externo da Administração Pública Federal, não compete ao Tribunal fiscalizar diretamente as empresas delegatárias de serviço público, mas sim examinar se o poder concedente está fiscalizando, de forma adequada, a execução dos contratos celebrados. O controle exercido pelo TCU incide diretamente sobre a agência reguladora e mediatamente sobre as delegatárias. "(TCU, Acórdão 909/2015, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, jul. 22.04.2015)

A atuação do controle externo nas atividades finalísticas das agências reguladoras limita-se à fiscalização de segunda ordem, respeitando os limites de atuação e a autonomia funcional daquelas entidades, não cabendo ao TCU avaliar, em casos concretos específicos, a correção das normas editadas por entidades regulatórias. (TCU, Acórdão 2071/2015, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, jul. 19.08.2015.)

28 Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/o-papel-do-tcu-no-controle-da-regulacao.htm. Acesso em: 10 out. 2021

III. 2. Das correntes quanto aos limites de atuação dos Tribunais de Contas.

Existem basicamente duas correntes quanto aos limites da atuação dos Tribunais de Contas.

Uma, com autores como Araújo (2012)[29], defende que esse controle externo exercido pelo TCU é um dever constitucional e legal da Corte de Contas, com o objetivo de garantir a qualidade na prestação dos serviços delegados pela União, agindo na verificação da "atuação das agências reguladoras em sua missão, observando se elas estão exercendo as competências previstas por lei, dentro dos critérios de eficiência, economicidade, efetividade e eficácia." Tal corrente de pensamento é igualmente defendida por autores como Di Pietro (2002)[30], para a qual a fiscalização do Tribunal de Contas sobre as atividades-fim das agências reguladoras, com lastro no art. 71, inciso IV, da Constituição Federal[31], traduz uma fórmula pela qual nenhuma lei pode afastar a competência dos Tribunais, por se tratar de competência originária prevista constitucionalmente.

Outra corrente sustenta a premissa no sentido de que os limites do controle do Tribunal de Contas em relação à agência reguladora estadual são da seguinte natureza: (a) impossibilidade de exercer fiscalização que não fosse de natureza contábil, financeira ou orçamentária, isto é, que não envolva o emprego de recursos públicos; (b) impossibilidade de invadir a esfera de reserva administrativa de agência reguladora de serviços públicos para perquirir o mérito de suas decisões político-administrativas, interferindo na atividade e independência das autoridades administrativas, conforme manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso, ao proferir parecer à Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, quando ainda procurador. [32]

Como bem ilustra a Conselheira do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, Marianna Montebello Willeman, as dificuldades são geradas na atuação expansiva dos Tribunais de Contas, nas áreas permeadas pelo mérito administrativo. Primeiramente, elucida que, embora sejam praticados atos regulatórios técnicos, de ordem normativa, judicante e executiva, as decisões regulatórias não perdem a essência administrativa, passíveis de controle externo, afirmando corretamente que o debate deve se ater não à pertinência do controle e sim à fixação de seus limites, não cabendo "à Corte, portanto, emitir juízo de valor sobre as decisões regulatórias adotadas com fundamento em discricionariedade técnica, fórmula que permite ao ente regulador eleger uma dentre várias técnicas possíveis e aceitáveis para atingir o mesmo resultado, com custos aproximados ou justificados tecnicamente".[33]

Destaca-se, em tal contexto, a importância de se respeitar o mérito das decisões das agências reguladoras. Noutras palavras, o Estado criou as autoridades administrativas independentes para reforçar e valorizar precisamente a atuação técnica em áreas estratégicas da economia e da sociedade, agregando ainda transparência às decisões públicas.[34]

Entendemos que não há exatamente necessário conflito entre essas correntes, pois o Tribunal de Contas, de fato, possui competências constitucionais que lhes são privativas e devem ser respeitadas. Não obstante, os espaços discricionários das autoridades administrativas independentes, seja na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, seja quanto ao mérito de atos administrativos regulatórios, devem ser igualmente respeitados, pois elas próprias também ostentam competências constitucionais e legais específicas.

Garcia de Enterria (1997) sustentou, em sua obra, que os conceitos jurídicos indeterminados poderiam conduzir a uma redução da discricionariedade do administrador ao patamar zero, em vista da controlabilidade jurisdicional, quando houvesse determinadas hipóteses. E, de fato, há casos extremos em que tal redução é possível. Houve um debate muito intenso na Europa, inclusive com participação de autores como Miguel Sánchez Morón e Luciano Parejo Alfonso, dentre muitos outros. É certo que a evolução do pensamento jurídico sobre esse tema revela que os conceitos jurídicos indeterminados podem, efetivamente, traduzir um espaço reduzido ou inclusive zerado de discricionariedade para o gestor, mas também é muito comum que esses mesmos conceitos revelem ou tragam consigo abertura para zonas de penumbra ou discricionariedade para os decisores. Isso frequentemente acontece quando os conceitos jurídicos indeterminados são vazados através de princípios gerais de direito, princípios constitucionais, cláusulas gerais ou termos jurídicos extremamente vagos, os quais comportam aberturas semânticas que traduzem espaços com múltiplas escolhas para as autoridades decisoras[35].

Quando existe esse espaço discricionário, cabe ao órgão de controle respeitar a reserva de poder da autoridade administrativa competente, exercendo o chamado poder de autocontenção.

Lembre-se de que as competências das Agências decorrem de dispositivos constitucionais e legais expressos nos arts. 21 XI e 177 § 2 III, da Constituição da República, e basicamente na Lei nº 9.986/00 e na Lei nº 13.848/19, os quais devem ser respeitados.

Dessa forma, entendemos que há um falso dilema quanto ao papel do Tribunal de Contas frente às Agências, pois a leitura atenta da jurisprudência revela precedentes que prestigiam a autocontenção da Corte de Contas. Existem competências constitucionais simultâneas das instituições e todas devem ser respeitadas. Inserem-se no princípio da separação de Poderes, pois as agências integram o Poder Executivo. Assim, o Tribunal de Contas não pode violar a separação de Poderes, da mesma forma que suas competências constitucionais, como órgão auxiliar do Legislativo, devem ser acatadas, desde que assegurem respeito às normas constitucionais pertinentes.

III. 3. O espaço de controle do Tribunal de Contas frente ao serviço público adequado

De acordo com o Ministro do TCU Benjamin Zymler, antes das privatizações, quanto à prestação de serviços públicos, a análise do Tribunal de Contas se concentrava nos atos de gestão dos administradores. Contudo, tendo sido adotado o novo modelo regulatório, com a edição da Lei nº 8.987, de 13/2/1995, permitiu-se a evolução das atividades de fiscalização do TCU, que passou a analisar a eficiência da entidade reguladora e a qualidade dos serviços prestados, além da legalidade dos atos praticados pelos gestores das agências reguladoras. Esse processo fiscalizatório ocorre normalmente com a prestação de contas e a realização de auditorias de conformidade[36].

29 ARAUJO, Paulo Sisnando Rodrigues de. Um modelo de fiscalização para subsidiar o TCU na avaliação da atuação das Agências Reguladoras no dever de garantir a qualidade na prestação de serviços públicos. Brasília, DF: TCU, 2012. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/modelo-de-fiscalizacao-para-subsidiar-o-tcu-na-avaliacao-da-atuacao-das-agencias-reguladoras-no-dever-de-garantir-a-qualidade-na-prestacao-de-servicos-publicos-um.htm. Acesso em: 8 out. 2021.

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. O controle externo da regulação de serviços públicos. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002. p. 64-65.

31 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. O controle externo da regulação de serviços públicos. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002. p. 64-65.

32 BARROSO, Luís Roberto. Parecer nº 05/98-LRB, do Gabinete do Procurador-Geral do Estado, exarado em 10/12/1998, nos autos do Processo administrativo nº E-14/35468/98.

33 WILLEMAN, Marianna Montebello. A arquitetura funcional dos Tribunais de Contas: extensão e alcance das competências de controle externo na constituição da república de 1988. In: WILLEMAN, Marianna. M. Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 323-330.

34 Como disse CHAMORRO: "La sustitución de este Estado burocrático, imprevisible, confuso y conflictivo se hace por el poblamiento de una multitud de agencias y autoridades independientes que se encargarían de optimizar los resultados de las intervenciones públicas. (...)Son instituciones con un refuerzo en su neutralidad política, que se apoya en la preparación técnica profesional relacionada al ramo específico de los representantes de las AAI. Para esto en algunos casos se fijan requisitos mínimos exigidos por alguna norma de carácter obligatorio. Es así que para estas designaciones se confiaría en criterios de expertos por encima de los políticos, en síntesis, criterios de tecnocratas. CHAMORRO AGUILAR, Andrés. El gobierno por agencias y autoridades administrativas independientes y su vinculación con la Función de Transparencia y Control Social. Rev. Ruptura, n. 2, p. 305-346, dec. 2020. Disponível em: http://revistaruptura.com/index.php/ruptura/article/view/27. Acesso em: 8 out. 2021.

35 Sobre esse debate histórico acerca de uma reflexão profunda sobre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, consultem-se:
GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. Curso de Derecho Administrativo. Madri: Civitas, 1997.
SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Función, límites y control judiciaL de la discrecionalidad administrativa. IUS ET VERITAS, v. 21, n 43, p. 260-270, 2011. Disponível em: https://www.passeidireto.com/arquivo/70673000/miguel-sanchez-moron-funcion-limites-y-control-judicial-de-la-discrecionalidad-a. Acesso em: 13 out. 2021
CASSAGNE, Juan Carlos. El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa. 1.ed. Madrid: Marcial Pons, 2009.
BARACHO. José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos conceitos legais indeterminados. Disponível em: http://www.ablj.org.br/revistas/revista16/revista16%20%20JOS%C3%89%20ALFREDO%20DE%20OLIVEIRA%20BARACHO%20%E2%80%93%20Teoria%20geral%20dos%20Conceitos%20legais%20indeterminados.pdf. Acesso em: 13 out. 2021
ALFONSO, Luciano Parejo. La construcción, extensión, alcance y límites del control judicial contencioso-administrativo en el ordenamiento español. Rev. de Estudios de la Justicia, n. 5, p. 35-38, 2004.

36 ZYMLER. Benjamin. O Controle das Agências Reguladoras pelo TCU. JML: Coluna Jurídica de Administração Pública, 31 jan. 2019. Disponível em: https://jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=202. Acesso em: 11 out. 2021

A partir daí, o Tribunal de Contas começou a editar uma série de atos normativos, criando, outrossim, estruturas técnicas para análise dos processos de privatização.[37]

Conforme já delineado no tópico anterior, nos contornos gerados pelos acórdãos mencionados, no caso de discricionariedade técnica, cabe ao Tribunal lançar somente recomendações à agência, sem caráter vinculante. No entanto, na hipótese em que o ato discricionário tenha um vício de ilegalidade, a Corte "será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão."[38]

Uma das principais obrigações nas concessões é a manutenção de manter os serviços públicos adequados, o que tem assento constitucional no inciso IV do art. 175 e definição legal no § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/1995, que preceitua que "Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas."

Assim, dentro dessas balizas normativas, devem agir as agências em sua autonomia técnica, com o fim de satisfazer, a um só tempo, todas as condições que caracterizam o serviço público adequado. No mesmo sentido, com relação à avaliação de resultados, de acordo com o contido no Acórdão 1703/2004[39], os entes devem agir visando à regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação do serviço e modicidade das tarifas. Destaca-se, porém, que uma preocupação exclusiva com a modicidade tarifária pode trazer a inviabilidade para o próprio concessionário.

Cabe ao TCU analisar a legalidade e a regularidade dos aspectos jurídicos formais, o controle dos resultados alcançados pelas agências, com avaliação de seu desempenho, mormente depois do advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, que consagrou o princípio da eficiência. Seria, portanto, o princípio da eficiência o limitador da amplitude da competência discricionária desses gestores. De todas as soluções possíveis, deve ser escolhida a mais eficiente, que corresponda igualmente à solução econômica. Acentua-se, ainda, que o princípio da economicidade também possui foro constitucional, no art. 70, afeto ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas.[40]

Assim, essa avaliação de resultados abarca exatamente o próprio conceito jurídico de serviço público adequado.[41]

Importante e recente voto que dispõe sobre o serviço público adequado encontra-se no Acórdão 1422/2021 - PLENÁRIO[42] de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, proferido em 16.06.21, envolvendo apreciação do relatório de auditoria operacional realizada pela SeinfraPortoFerrovia sobre a atuação da Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT) na concessão da Ferrovia Malha Oeste, nos aspectos referentes à operação, manutenção, investimentos, gestão de capacidade e de atendimento às demandas identificáveis na área de abrangência da linha férrea.

Em declaração de voto, destacou-se que a regularidade, continuidade, previsibilidade, segurança e preço são requisitos para a prestação adequada do serviço, sendo igualmente incorporadas as modernas tecnologias para promover a eficiência no transporte. Em brevíssimo resumo, no caso deste processo, constatou-se a atuação deficiente pela ANTT na regulação da malha e, desse modo, concluiu o Acórdão pela deficiência da chancela de serviço adequado realizada pela agência reguladora. Em tal contexto, o serviço prestado teria ocasionado a redução dos usuários da malha ferroviária, com a apuração de poucas e irrisórias multas pela Agência. A ANTT aduziu que não existe relação de hipossuficiência entre os usuários e a concessionária, sendo a relação estabelecida de natureza privada, o que faz com que a atuação da agência seja somente por provocação, entre outras constatações.

O TCU, na linha de considerações acerca dos atos discricionários, recomendou que a agência (i) defina uma sistemática de avaliação e monitoramento com definição de indicadores e metas, a fim de acompanhar a adequabilidade do serviço prestado no transporte ferroviário de cargas; (ii) aprimore a comunicação com os usuários, (iii) implemente ferramentas para tratar os dados relativos às fiscalizações técnicas e aos processos sancionadores que possam fornecer informações gerenciais com vistas a aprimorar a sua atuação, (iv) reveja os normativos, de modo a considerar que a omissão deliberada de comunicação de um único acidente grave acarrete a imediata reprovação da meta de segurança do período, além das demais sanções cabíveis; (v) promova estudos de demanda regionalizados, levando em consideração as áreas de interseção entre ferrovias cujas cargas podem ser disputadas, a fim de conhecer a real demanda presente e a demanda futura das malhas reguladas e, por fim (vi) recomende à Casa Civil da Presidência da República e ao Ministério da Infraestrutura que analisem a conveniência e a oportunidade de elaboração de proposta de alteração legislativa para a criação de entidade reguladora do subsistema ferroviário federal apartada da entidade reguladora do subsistema rodoviário. Portanto, sem ingressar na esfera de escolha das agências, apenas recomendou de forma colaborativa uma série de providências[43].

No mesmo sentido, o Acórdão 2333/2020[44], da lavra do Ministro Benjamin Zymler, consignou que "assim sendo, o TCU deve instar a agência reguladora a exercer suas funções, dentre as quais, merece destaque a preservação dos direitos dos usuários do setor de portos. Por outro lado, esta Corte não deve violar a esfera discricionária da agência, ou seja, não é possível substituir o ente regulador no que concerne à escolha dos procedimentos que serão por ele adotados."

Dentro deste espaço de controle, que envolve o conceito de serviço público adequado, pode o TCU atuar na forma de recomendações ou de determinações coercitivas, a exemplo do controle da abusividade de preços, porque os preços não podem ultrapassar determinados limites constitucionais e legais. Afinal, o conceito de serviço público adequado, desenvolvido pelo TCU, envolve tarifas proporcionais e razoáveis e obediência a regras e princípios constitucionais.

Veja-se o Acórdão 2310/2018[45] – Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, cuja decisão apurava a oportunidade de redução do custo e tempo de liberação de cargas, que impactam a eficiência dos portos brasileiros. Segundo o Acórdão, a atuação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) "não garante a harmonização de objetivos entre usuários donos de carga e empresas arrendatárias, o que possibilita a cobrança de preços abusivos no segmento de contêineres",

37 De acordo com histórico do autor: " A primeira instrução normativa do TCU sobre esse tema foi a de nº 10/1995, que, posteriormente, foi substituída pela IN TCU nº 27/1998. Em 3/7/2002, diante dos questionamentos da sociedade civil e do próprio governo sobre a razoabilidade dos reajustes aplicados às tarifas de energia elétrica, a Corte de Contas editou a Instrução Normativa nº 43, dispondo sobre o acompanhamento pelo TCU dos processos de revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição dessa energia. Em 25/8/2004, foi editada a Instrução Normativa TCU nº 46, dispondo sobre a fiscalização, pelo Tribunal de Contas da União, dos processos de concessão para exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias ou trechos rodoviários delegados pela União a Estado, ao Distrito Federal, a Município ou a consórcio entre eles. Em seguida, no dia 4/7/2007, foi publicada a Instrução Normativa TCU nº 52, dispondo sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas – PPP, a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União. Finalmente, no dia 20/6/2018, foi editada a Instrução Normativa nº 81, que revogou as anteriores e passou a disciplinar a fiscalização dos processos de desestatização." Disponível em: https://jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=202. Acesso em: 11 out. 2021.

38 ZYMLER. Benjamin. O Controle Das Agências Reguladoras Pelo Tcu .Benjamin Zymler Disponível em https://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_3_66_O_CONTROLE_DAS_AGENCIAS_REGULADORAS_PELO_TCU.pdf acesso em 11.10.21

39 Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1703%2520E%252004%2520E%25201703%252F2004/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 12 out. 2021

40 ZYMLER, Benjamin. O Controle das Agências Reguladoras pelo TCU. JML: Coluna Jurídica de Administração Pública, 31 jan. 2019. Disponível em: https://jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna=-juridica&acao-download&dp_id=202. Acesso em: 11 out. 2021.

41 No mesmo sentido, com relação à avaliação de resultados, de acordo com o parecer do Ministério Público lançado no Acórdão 1703/2004, e citado pelo eminente Ministro Zymler: A fiscalização, que muito se diferencia da fiscalização que busca a aferição da conformidade legal dos atos administrativos, visa ao exame, com fins prospectivos, dos meios e dos resultados alcançados pelo Estado no cumprimento de seu dever constitucional de prestar, diretamente ou mediante delegação, serviços públicos adequados à coletividade. Diferentemente do que ocorre nas fiscalizações de conformidade legal, cujas conclusões podem dar ensejo a determinações dirigidas ao fiscalizado, com o fim de que este último sane os problemas detectados, nas fiscalizações de natureza operacional, em que o TCU avalia resultados à luz de parâmetros de eficiência, eficácia e economicidade, as conclusões dão ensejo ao encaminhamento de recomendações ao fiscalizado." Grifou-se

42 Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1422%252F2021/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 12 out. 2021.

43 "Por sua vez, as recomendações, embora não sejam de cumprimento obrigatório, não podem ser desconsideradas pelo gestor, sem justificativas adequadas, também sob pena de responsabilização" (Acórdão 1.171/2014 – Plenário). As recomendações, nesse passo, criam um ônus ao gestor, mesmo que adentrem espaços discricionários. Forçam uma motivação administrativa nas escolhas em seu detrimento.

44 Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/servi%25C3%25A7o%2520adj%2520publico%2520adj%2520adequado%2520e%2520ag%25C3%25AAncia/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/5/%2520. Acesso em: 12 out. 2021

45 Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1422%252F2021/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 12 out. 2021

determinando à agência que desenvolva metodologia de análise acerca de denúncias sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais e operadores portuários.

No mesmo sentido, o Acórdão 923/2019[46], em processo de denúncia de que os armadores estariam recolhendo valores maiores dos usuários do que os gastos com os serviços de movimentação e guarda da carga. Assim, determinou o TCU à Antaq a apresentação de plano de ação voltado à regulação, ordenação e supervisão da navegação de longo curso nos portos brasileiros, de forma a permitir o controle dessa atividade, com normas para aplicação de sanção aos armadores, em caso de omissões injustificadas, e que divulgue, amplamente, a relação de serviços mínimos para atender às necessidades dos usuários, bem como realize estudos, inclusive comparativos, com portos estrangeiros, para atestar a modicidade da THC (Taxa de Movimentação no Terminal) cobrada dos usuários brasileiros.

Assim sendo, tal como podemos perceber nas decisões do TCU, o Tribunal pode atuar em parceria com as agências, com recomendações que adentram a esfera da discricionariedade das autoridades e determinações que importem em contenção e controle de práticas que caracterizem violações legais e constitucionais. De igual modo, quando não eivadas de violações legais e constitucionais, o Poder Judiciário também prestigia as decisões das agências reguladoras, em prol da separação dos Poderes[47], sendo as agências uma *longa manus* do Executivo, apesar de autônomas e independentes. Exemplo recente é a decisão proferida pelo Presidente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça na Suspensão de Segurança nº 3301 - DF (2021/0084390-4) proposta pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) com o objetivo de suspender os efeitos do Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região nos autos da Apelação Cível nº 1005391- 11.2015.4.01.3400, quanto ao questionamento sobre a forma de contabilização e liquidação financeiras no âmbito do mercado de curto prazo – MCP de energia elétrica, especialmente no tocante ao mecanismo de rateio do inadimplemento, em que se concluiu que o Poder Judiciário não pode substituir o órgão regulador competente, visto possuir o setor rigorosos critérios técnicos, criados a partir de um longo caminho de estudos técnicos e debates dialéticos até chegar ao produto final da regulação específica, e que a interferência na regulação especializada e técnica realizada pela ANEEL acaba por substituir o legítimo processo de construção dialética da regulação elétrica, de forma anti-isonômica.

Essa mesma impossibilidade de substituição de instâncias reconhecida pelo Poder Judiciário deve ser prestigiada pelo controle externo exercido pelo Tribunal de Contas[48] que, de acordo com o Conselheiro-Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Rodrigo Melo do Nascimento, profere em sede de decisões condenatórias verdadeiro exercício de autêntica função jurisdicional administrativa, pois o princípio da unicidade da jurisdição em vigor no país não é absoluto, comportando exceções em virtude de normas de envergadura constitucional.[49]

O controle deve ser realizado de forma harmônica. Nas palavras da Conselheira do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro Marianna Montebello Willeman, não se pode ignorar a possibilidade indesejada de sobreposição de instâncias de controle, ocasionando o accountability overload, na medida em que as decisões devem ser proferidas em perspectiva dialógica e colaborativa entre a Corte de Contas e as agências reguladoras, no intercâmbio de informações e no aprendizado interinstitucional, a fim de favorecer o usuário[50].



46 Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/466220148.PROC/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=a2908320-6a92-11e9-8231-391bc15e6b61. Acesso em: 12 out. 2021. Por outro lado, o Tribunal faz recomendações com vista a apontar oportunidades de melhoria para que o gestor, dentro de sua esfera de discricionariedade executiva, busque as soluções que entender mais adequadas, acolho, com os ajustes pertinentes, a proposta da equipe de auditoria para recomendar à Codesp, à CDRJ e à CDP que, em conjunto com o ministério supervisor (MTPA), elaborem plano de ação, com indicação de etapas intermediárias, responsáveis e prazos, para saneamento financeiro das respectivas empresas, em especial com relação às despesas de pessoal e às dívidas cíveis e trabalhistas, e o apresentem ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG) para avaliação e acompanhamento.

47 Sobre o controle judicial dos atos regulatórios: GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

48 No mesmo sentido WILLEMAN, Flávio de Araújo. Fortalecimento da Justiça Administrativa à Luz da Lei Federal nº 13.848/2019. Revista EMERJ, Rio de janeiro: v. 22, n. 3, set./dez., p. 12-19; 22-23, 2020 "O ponto de partida deverá ser a atuação deferente das Cortes de Contas para com a atuação técnica lícita, razoável e que cumpre os procedimentos formais para a edição do ato regulatório. Atendidos esses requisitos, o controle externo será praticamente reduzido a zero, de modo a respeitar a atuação finalística das agências reguladoras, evitando-se, com isso, sobreposição de atuações técnicas, com invasões de competências e violação do pacto da separação de poderes."

49 NASCIMENTO, Rodrigo Melo do. Decisões Condenatórias proferidas pelas cortes de contas: natureza, revisibilidade judicial e eficácia jurídica. Revista TCE-MG, Belo Horizonte, v. 31, n. 3, p. 19-33, jul./set. 2013. Disponível em: https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2041.pdf. Acesso em: 23 jul. 2016.

50 WILLEMAN, Marianna Montebello. A arquitetura funcional dos Tribunais de Contas: extensão e alcance das competências de controle externo na constituição da república de 1988. In: WILLEMAN, Marianna. M. Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 323-330.

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante exposto neste ensaio, estamos na Era da Complexidade, a qual nos impõe, cada vez mais, um diálogo estreito entre o Direito e outras disciplinas do conhecimento humano. “Na área jurídica, a incerteza e a provisoriedade das decisões também resta evidenciada, especialmente no que se refere ao julgamento de casos que envolvam os “novos” direitos, já que não se mostra viável a aplicação de um tipo específico de conhecimento, ou de um único critério para determinar a solução do conflito, ante a pluridimensionalidade do objeto, bem como dos efeitos deste para as partes e para a sociedade. [51]

Tal contexto é especialmente desafiador para as autoridades administrativas independentes, as quais atuam em agências reguladoras e carecem de conhecimentos altamente especializados. Dessa forma, nas palavras de Paulo Otero, a Administração não pode “prosseguir as suas tarefas fora do específico interesse público que está definido pela lei ou visando à prossecução de um fim diferente ao que em concreto resulta do interesse público fundamentador da norma de competência: o interesse público representa o fundamento, o limite e o critério da actuação económica pública e, consequentemente, da iniciativa económica pública.” [52]

Neste cenário, não cabe ao Tribunal de Contas assumir a defesa de qualquer dos grupos envolvidos, mas sim garantir a estabilidade do jogo regulatório, dentro dos limites do que prevê a Constituição, a lei, o edital e o contrato dentro da adequada prestação dos serviços.

O fortalecimento das Instituições, da segurança jurídica e da estabilidade dos investimentos é crucial para a agenda de desenvolvimento do Brasil. O respeito às decisões institucionais e especializadas das autoridades administrativas é fundamental para a previsibilidade das regras do jogo regulatório.

O desenho do marco regulatório e da agenda regulatória para cada setor especializado da economia e da sociedade civil organizada deve ser respeitado, pois contém a previsibilidade necessária para atrair investimentos privados e segurança jurídica, já delineando os atores competentes para exercerem os poderes arbitrais, normativos e sancionadores. Tais poderes, se extrapolarem os limites da Constituição, das leis, dos editais ou dos contratos, estão expostos a controles disciplinados no ordenamento jurídico, dentre os quais se encontram os controles exercidos pelos Tribunais de Contas.

51 MORIN, Edgar. Complexidade e Liberdade. Revista THOT, Associação Palas Athena, São Paulo, n. 67, p. 12-19, 1998.
Leia-se também, MADERS, Angelita Maria; DUARTE, Isabel Cristina Brettas. A Complexidade de Edgar Morin e sua contribuição para a compreensão dos “novos” direitos. Rev. Direitos Culturais, Rio Grande do Sul, URI Santo Ângelo, v. 4, n. 6, 2009. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/322640174.pdf. Acesso em: 8 out. 2021.

52 OTERO, Paulo. Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p.124

REFERÊNCIAS

ALFONSO. Luciano Parejo La construcción, extensión, alcance y límites del control judicial contencioso-administrativo en el ordenamiento español. Rev. de Estudios de la Justicia, n. 5, p. 35-38, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. Rev. de Informação Legislativa, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. 2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4. Acesso em: 7 out. 2021

ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves de. A Reforma da Gestão Pública: do mito à realidade. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL LUSO-GALAICO. Braga, 2004. Eixo Temático: A Reforma da Administração Pública: apostos e casos de sucesso. Disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/3312/1/ConeferenicaIGAP2004.pdf. Acesso em: 11 nov. 2021.

ARAUJO, Paulo Sisnando Rodrigues de. Um modelo de fiscalização para subsidiar o TCU na avaliação da atuação das Agências Reguladoras no dever de garantir a qualidade na prestação de serviços públicos. Brasília, DF: TCU, 2012. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/modelo-de-fiscalizacao-para-subsidiar-o-tcu-na-avaliacao-da-atuacao-das-agencias-reguladoras-no-dever-de-garantir-a-qualidade-na-prestacao-de-servicos-publicos-um.htm. Acesso em: 8 out. 2021.

ARIGONY. Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. Rev. Digital de Direito Administrativo, USP, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, v. 6, n. 1, p. 202-224, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. Rev. de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 229, p. 285–312, jul./set. 2002. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445. Acesso em: 11 nov. 2021.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos conceitos legais indeterminados. Rev. da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 16, p. 89-105, 1999. Disponível em: http://www.ablj.org.br/revistas/revista16/revista16%20JOS%C3%89%20ALFREDO%20DE%20OLIVEIRA%20BARACHO%20%E2%80%93%20Teoria%20geral%20dos%20Conceitos%20legais%20indeterminados.pdf. Acesso em: 13 out. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brancosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO. Luciana. As Agências Reguladoras e o controle dos Tribunais de Contas. Disponível em: http://www.workoutenergy.com.br/abar/cbr/Trab0202.pdf. Acesso em: 7 out. 2021.

CASSAGNE, Juan Carlos. El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa. 1.ed. Madrid: Marcial Pons, 2009.

CHAMORRO AGUILAR, Andrés. El gobierno por agencias y autoridades administrativas independientes y su vinculación con la Función de Transparencia y Control Social. Rev. Ruptura, n. 2, p. 305-346, dec. 2020. Disponível em: http://revistaruptura.com/index.php/ruptura/article/view/27. Acesso em: 8 out. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. O controle externo da regulação de serviços públicos. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002. p. 53-65.

DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. O Soberano da Regulação: o TCU e a infraestrutura. 1. ed. São Paulo: Singular. 2020.

GALANTER, Marc; TRUBEK, David M. Acadêmicos Auto-Alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina “direito e desenvolvimento (1974). Rev. Direito GV, v. 3, n. 2, p. 261-304, jul./dez. 2007. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35190/33994. Acesso em: 9 out. 2021.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial. 3. ed. Madrid: Civitas, 1998.

_____; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Madri: Civitas, 1997.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições?. Rev. de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 615-630, jul./ago. 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rap/a/LnXDWfCcD-tgPY7vPSVWW9mS/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 8 out. 2021.

GUERRA, Sérgio. Controle judicial dos atos regulatórios. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

_____. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo? Rev. Direito GV, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 131-152, jan./jun. 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/kSPJMRqZVmSDmCRn7KzNBMt/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 7 out. 2021

_____. SALINAS, Natasha Salinas Caccia, GOMES, Lucas Thevenard. As agências reguladoras em resposta à crise da COVID-19. Rev. de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 874-897, jul./ago. 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rap/a/cXjcx6hgZ4r5XN-3t6rd7SSJ/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

GRUENING, Gernod. Origin and theoretical basis of New Public Management (NPM). International Public Management Journal, n. 4, p. 1-25, 2001. Disponível em: https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/4_1_Origin_and_Theoretical_Basis%5B1%5D.pdf. Acesso em: 7 out. 2021.

JORDÃO. Eduardo Ferreira. Quais os limites das competências do TCU sobre as agências reguladoras? Rev. Direito do Estado, n. 476, 2021. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/eduardo-ferreira-jordao/quais-os-limites-das-competencias-do-tcu-sobre-as-agencias-reguladoras. Acesso em: 8 out. 2021.

MADERS, Angelita Maria; DUARTE, Isabel Cristina Brettas. A Complexidade de Edgar Morin e sua contribuição para a compreensão dos “novos” direitos. Rev. Direitos Culturais, Rio Grande do Sul, URI Santo Ângelo, v. 4, n. 6, 2009. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/322640174.pdf. Acesso em: 8 out. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, reimpr. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Os poderes do administrador público. Rev. de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, Seleção Histórica, 1995.

MENEZES, Monique. O Tribunal de Contas da União, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 20, n. 43, p. 107-125, out. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rsocp/a/hyw4r3X6Sv7RgvwSqTXc6TJ/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 8 out. 2021.

MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras e seus limites. In: TOJAL, Sebastião Botto de Barros; SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira (Coord.). Direito e infraestrutura: portos e transporte aquaviário: 20 anos da Lei nº 10.233/2001, v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 27-38.

MORIN, Edgar. Complexidade e Liberdade. Revista THOT, Associação Palas Athena, São Paulo, n. 67, p. 12-19, 1998.

NASCIMENTO, Rodrigo Melo do. Decisões Condenatórias proferidas pelas cortes de contas: natureza, revisibilidade judicial e eficácia jurídica. Revista TCE-MG, Belo Horizonte, v. 31, n. 3, p. 19-33, jul./set. 2013. Disponível em: https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2041.pdf. Acesso em: 23 jul. 2016.

RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. Revista do TCU, Brasília, n.104, p. 5-16, abr./jun. 2005.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discricionalidad administrativa y control judicial. Madri: Tecnos Editorial, 1994, p. 129.

_____. Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa. IUS ET VERITAS, v. 21, n 43, p. 260-270, 2011. Disponível em: https://www.passeidireto.com/arquivo/70673000/miguel-sanchez-moron-funcion-limites-y-control-judicial-de-la-discrecionalidad-a. Acesso em: 13 out. 2021.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD. Carlos Ari. Agências Reguladoras e os novos valores e conflitos. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 17., 2000, Brasília. [Anais]... Brasília, DF: Ordem dos Advogados do Brasil – Conselho Federal, 2000. Eixo Temático: Justiça: realidade e utopia, p. 1291-1297. Disponível em: https://www.academia.edu/49454519/Ag%C3%AAncias_Reguladoras_e_os_novos_valores_e_conflitos. Acesso em: 8 out. 2021

SILVA JUNIOR, Francisco Moreira da. A (sobre)regulação do Tribunal de Contas da União – TCU sobre atividades-fim das agências reguladoras: análise do julgamento das bandeiras tarifárias à luz do trilema regulatório. Rev. Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v.6, n. 1, p. 21-49, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

OTERO, Paulo. Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. 360 p.

PÓ, Marcos Vinicius. O Jogo Regulatório Brasileiro: a estabilidade contratual para além da autonomia das agências. 2009. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) - Escola de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4651/72050100744.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12 out. 2021.

WEBER, Rosa Maria Pires. Agências reguladoras: notas sobre os contornos e os limites da função normativa no âmbito da regulação sanitária. In: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 139-155.

WILLEMAN, Flávio de Araújo. Fortalecimento da Justiça Administrativa à Luz da Lei Federal nº 13.848/2019. Revista EMERJ, Rio de janeiro: v. 22, n. 3, set./dez., 2020.

WILLEMAN, Marianna Montebello. A arquitetura funcional dos Tribunais de Contas: extensão e alcance das competências de controle externo na constituição da república de 1988. In: WILLEMAN, Marianna. M. Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 249-337. ISBN: 978854500683.

ZYMLER. Benjamin. O Controle das Agências Reguladoras pelo TCU. JML: Coluna Jurídica de Administração Pública, 31 jan. 2019. Disponível em: https://jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=202. Acesso em: 11 out. 2021