

AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A MISSÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO PANORAMA BRASILEIRO

REGULATORY AGENCIES AND THE MISSION OF COURTS OF ACCOUNTS IN THE BRAZILIAN PANORAMA



Data de submissão: 04.03.2025

Data de aceite: 29.04.2025

Andréa Lúcia de Araújo Cavalcanti Ormond

Especialista em Direito Público (Constitucional, Administrativo e Tributário) pela PUC-RS. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito e em Letras pela PUC-RJ. Analista judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Ex-advogada parecerista da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos.

Sumário: 1. Introdução; 2. O fenômeno das agências reguladoras; 3. Contextualização no Brasil; 4. Poder político, poder econômico e administração pública; 5. Considerações finais; Referências.

Resumo: As agências reguladoras são entes públicos, criados por lei específica, com o objetivo de atuar em serviços públicos estratégicos. A lei fornece *standards* normativos, que devem ser obedecidos. As agências reguladoras gozam de autonomia para regulamentar, fiscalizar e orientar condutas naqueles setores estratégicos. Porém, na qualidade de pessoas jurídicas de direito interno, também se submetem ao controle pelos Tribunais de Contas. Essa fricção entre autonomia e controle é aspecto imprescindível para se compreender as agências reguladoras no Brasil, país em desenvolvimento. Para tanto, o presente artigo científico utiliza o método dedutivo, com aportes de legislação, doutrina e jurisprudência. Extraem-se como resultados da pesquisa: (i) os atos das agências reguladoras são alvo de fiscalização, mas não sobre o seu mérito regulatório; (ii) a regulação no Brasil amadureceu com experiências concretas dos Tribunais de Contas, por meio de mecanismos de fiscalização e *enforcement*; (iii) a segurança e a confiança jurídicas, frutos da interação entre agências e Cortes, são essenciais para a administração pública diante dos agentes econômicos nos mercados regulados. Como conclusão, constata-se que a higidez das contas públicas deve ser buscada com cautela pelas Cortes de Contas, diante da complexidade dos fatores que circundam as agências reguladoras.

Abstract: Regulatory agencies are public entities created by specific law to provide strategic public services. The law provides normative standards that must be obeyed. Regulatory agencies enjoy autonomy to regulate, monitor and guide conduct in those strategic sectors. However, as legal entities under domestic law, they are also subject to control by the Courts of Accounts. This friction between autonomy and control is an essential aspect to understand regulatory agencies in Brazil, a developing country. To this end, this scientific article uses the deductive method, with contributions from legislation, doctrine and jurisprudence. The research results are: (i) the acts of regulatory agencies are subject to inspection but not on their regulatory merit; (ii) regulation in Brazil has matured with concrete experiences from the Courts of Accounts, according to inspection and enforcement mechanisms; (iii) legal security and trust, resulting from the interaction between agencies and Courts, are essential for Public Administration vis-à-vis economic agents, in regulated markets. In conclusion, the soundness of public accounts must be sought with attention by the Courts of Accounts, given the complexity of factors that surround regulatory agencies.

Palavras-chave: agências reguladoras; Tribunais de Contas; país em desenvolvimento; agentes econômicos.

Keywords: independent regulatory agencies; Courts of Accounts; developing country; economic agents.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo nos permite compreender, entre outros temas, o funcionamento do Poder Executivo. É sabido que possui, em sua função típica, o dever de administrar o Estado. Para tanto, em uma visão otimista, o Executivo bastaria em si mesmo. Um Executivo unitário, nutrido na persona e no chefe supremo, todo-poderoso, onisciente.

Entretanto, a realidade demonstra que a máquina administrativa dialoga e é influenciada por camadas outras de poder: o poder econômico, o poder do conhecimento especializado, o poder da mobilização democrática. As partes que atuam dentro e fora do governo devem, portanto, ser compreendidas, sob pena de se sabotar a continuidade do Estado — e não apenas do próprio governo.

No presente artigo, trataremos das agências reguladoras e de sua convivência institucional com as Cortes de Contas. Na seção 2, analisaremos o fenômeno das agências reguladoras. Trata-se de entes públicos, nascidos da crescente necessidade de um Executivo dialógico, que consiga compreender as intenções dos agentes econômicos e, ao mesmo tempo, regular mercados em prol do interesse público.

As agências reguladoras, porém, não surgiram no Brasil. São oriundas de países com índices de desenvolvimento humano maiores do que os alcançados pelo Brasil. Nesse sentido, convém contextualizar o fenômeno em nosso país, que se apoia em Tribunais de Contas como uma das linhas de defesa dos recursos públicos (seção 3). A fiscalização dos atos das agências reguladoras é aspecto delicado, a revelar a fricção entre a autonomia e o controle que deve existir, saudavelmente, para resguardar a administração pública.

Na seção 4, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED), veremos como a administração pública lida com o problema da captura regulatória, além de elementos positivos, como inovação e eticidade, que tanto pressionam o século XXI.

Para elaboração do presente artigo, buscamos o método dedutivo — pautado em legislação, jurisprudência e doutrina —, a fim de ponderar sobre os desafios da interação entre agências reguladoras e Cortes de Contas. Convidamos, portanto, à leitura deste panorama brasileiro sobre a matéria.

2 O FENÔMENO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Existe questão milenar, nos estudos políticos, sobre a repartição de poderes em um Estado. Em breve síntese, podemos afirmar, com Dalmo de Abreu Dallari, que o aperfeiçoamento da ideia de Estado nos permite concebê-lo “ao mesmo tempo, como um fato social e uma ordem, que procura atingir os seus fins com eficácia e com justiça”.¹ Havendo agrupamento humano, bem provável que haja o Estado, na qualidade de ente supraindividual que organiza as atividades necessárias à subsistência dos conviventes.

Segundo o imaginário iluminista, os poderes de Estado dividem-se em três: Legislativo, Executivo e Judiciário. Convivem harmoniosamente, independentes entre si, com funções típicas — que os caracterizam e distinguem — e funções atípicas. Estas são as funções típicas de um poder e que, atipicamente, os outros as desempenham, com o fim de lhes garantir independência.

Exemplificamos. Em suas relações internas, se o Executivo, para elaborar ato normativo — função típica do Legislativo — ou para aplicar penalidade — função típica do Judiciário —, tivesse de se socorrer nos outros poderes do Estado, não seria um Executivo independente. A dependência dos demais poderes

1 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 2.

estaria à espreita, causando a sensação de incompletude. De outro turno, se apenas o Executivo pudessem realizar a função típica de administrar haveres, o Legislativo e o Judiciário estariam então condenados à dependência do Executivo.

Sobre a concentração de poderes, já no século XVIII, Publius — pseudônimo compartilhado pelos norte-americanos James Madison, Alexander Hamilton e John Jay — nos revela na carta nº 51 — esta, escrita por Madison: deve-se arquitetar “de tal modo a estrutura interna do governo que suas várias partes constituintes possam ser, por suas relações mútuas, instrumentos para a manutenção umas das outras em seus devidos lugares”.²

A repartição de poderes trafegou pelos séculos e ancorou no art. 2º da Constituição Federal brasileira de 1988. Trata-se de cláusula pétrea, inafastável pelo constituinte reformador (art. 60, § 4º, III).

À medida que os tempos passam, o Direito, pelo fato mesmo de ser uma ciência social, tem de se adaptar às mudanças nas relações humanas, econômicas, tecnológicas. O mundo contemporâneo trouxe de nichos de experiências e saberes que não conseguem ser pressentidos ou normatizados pelo Estado.

A regulação das relações humanas passa a ser dúctil, fluida, adaptando-se aos contextos e aos atores sociais. No mundo pós-moderno, a velocidade dessa adaptação é imensa, “deixando as relações sociais, políticas, econômicas, financeiras e, conseqüentemente, as jurídicas muito mais complexas, sofisticadas e erráticas do que eram no passado”.³

No Direito Administrativo, temos o exemplo dos contratos de concessão de serviços públicos, que, desde há muito, deixam claro que determinados objetos envolvem *expertise*, recursos e interesses que extrapolam a atuação do Executivo. Para eles, é necessário que o Estado se alie ao particular, através de regramento próprio — citamos, por todas, a embrionária Lei nº 8.987/1995.

Também no âmbito do Direito Administrativo, diga-se o mesmo quanto às agências reguladoras. São irmãs siamesas da constatação, pelo Estado, de que existe complexidade de relações em objetos especializados. Nesses casos, a regulação adapta-se às contingências e, igualmente, fomenta condutas em serviços públicos estratégicos — por exemplo, saúde, recursos hídricos, energia elétrica, telecomunicações, transportes terrestres e aquaviários. Partimos do pressuposto de que as agências terão *expertise* diferenciada, conhecendo melhor os mercados e as consequências das tomadas de decisão para as partes interessadas — prestadores do serviço e usuários do serviço.

Todavia, cabe desde logo o alerta. Agências reguladoras não se sobrepõem à ordem estatal. Sujeitam-se à convivência com a sociedade, com os poderes do Estado e, dentre esses, com o braço auxiliar do Legislativo: as Cortes de Contas (CF, art. 71).

Ainda do ponto de vista técnico-jurídico, outro aspecto é fundamental para compreensão das agências reguladoras e de sua interlocução com as Cortes de Contas.

Na doutrina contemporânea, a ideia de legalidade — baseada em normas esparsas e predefinidas — cede terreno à ideia de *juridicidade* — validada no caso concreto, mediante ponderação e com olhos fixos nos princípios e nas regras da Constituição Federal. Gustavo Binembojm afirma que “a lei deixa de ser o fundamento único da atuação do Estado-Administração para tornar-se apenas um dos seus princípios do *sistema de juridicidade* instituído pela Lei Maior”.⁴

2 MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 349.

3 GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade nos contratos de concessão**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 15.

4 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. E-book. p. 46-47. Grifos no original.

Se a juridicidade impacta o mito do Legislador onisciente, o mesmo ocorre em relação ao mito do Executivo onisciente. Não se desconhecem, na história política brasileira — anterior e posterior à República —, os desvios e a malversação de recursos públicos.

Em 1967, durante o período de exceção, o Decreto-Lei nº 200 representou um esforço para organizar a administração pública federal. No entanto, adotou um perfil de *Executivo unitário*. O chefe do Executivo com a última palavra, impondo-se aos ministros auxiliares (art. 1º) e aos entes da administração direta e indireta (art. 4º). Não se concebeu um modelo de *Estado policêntrico*, com multiplicidade de vozes internas e externas à administração.

O Decreto-Lei nº 200/1967 foi promulgado antes das crises do petróleo dos anos 1970. Entre as décadas de 1970 e 1980, Alessandro Octaviani e Irene Nohara alertaram para “a opção preferencial da ditadura em financiar o capital externo em vez de suas próprias empresas, [... passando-se] a uma postulação de ‘maior controle’ das empresas e de ‘desburocratização’”⁵

Após a abertura democrática de 1985, destaca-se o primeiro governo do presidente da República Fernando Henrique Cardoso (1995-1998). Geralmente, cita-se a Reforma Gerencial do Estado — conduzida pelo antigo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare) — como ponto de partida para a criação das agências reguladoras no Brasil.

No entanto, lembra-nos Maria Silvia Zanella di Pietro que “[n]o direito brasileiro, existem, de longa data, entidades com função reguladora, ainda que sem a denominação de agências”⁶. Já houve o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), assim como o Instituto Nacional do Sal (1940), em áreas então consideradas estratégicas para os interesses nacionais.

A novidade das agências reguladoras — no desenho institucional que alcançaram, com o tempo, em nosso país — reside no fato de serem autarquias especiais e autônomas. Elas dilataram as atividades da administração pública, regulando, fiscalizando e sancionando condutas em determinadas áreas da vida nacional. Egon Bockmann Moreira apresenta características do fenômeno.

Com algum esforço de síntese, podem ser apontadas as seguintes competências das agências reguladoras brasileiras: (i) o desenvolvimento e a implementação de normas secundárias que disciplinem o respectivo setor; (ii) a fixação e/ou controle das tarifas e preços das atividades reguladas; (iii) a fixação e/ou controle dos bens e serviços produzidos no âmbito daquela regulação específica; (iv) a promoção e o resguardo da concorrência do respectivo setor; (v) a composição de conflitos entre agentes do setor e entre eles e os consumidores. Mas, talvez, a função que venha a despertar maiores desafios seja a sancionadora: aplicar sanções jurídicas negativas em face do descumprimento de preceitos normativos por parte dos agentes regulados.⁷

As agências reguladoras participam, profundamente, das dinâmicas dos mercados. Convivem com o poder político, o poder econômico (seção 4, *infra*), seus desafios e nuances. Gozam de regime especial e autonomia em relação à pessoa política que a criou — União, estados, Distrito Federal, municípios.

Aqui deparamo-nos com aspecto importante na arquitetura das agências reguladoras. São criadas por lei específica e, por meio desse mecanismo de delegação congressual, recebem *standards*, isto é, conceitos genéricos prévios para sua atuação. À luz dos comandos constitucionais e dentro da moldura de

5 OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. **Estatais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*. p. 49-50.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 594.

7 NETO, Floriano de Azevedo Marques; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da regulação**: estudo de casos da jurisprudência brasileira - a convivência dos Tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. *E-book*. p. 358.

lei prévia instituidora, as agências são autônomas. Jamais “absolutamente livres”, mesmo porque, em uma República, nenhum ente, público ou privado, o é.

Passadas décadas de sua existência na administração pública, apenas em 2019 as agências reguladoras receberam diploma próprio em âmbito federal. A Lei nº 13.848 consolidou entendimentos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema. Consulte-se o art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º 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, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

§ 1º Cada agência reguladora, bem como eventuais fundos a ela vinculados, deverá corresponder a um órgão setorial dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Pessoal Civil da Administração Federal, de Organização e Inovação Institucional, de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação e de Serviços Gerais.

§ 2º A autonomia administrativa da agência reguladora é caracterizada pelas seguintes competências:

I - solicitar diretamente ao Ministério da Economia:

- a) autorização para a realização de concursos públicos;
- b) provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária;
- c) alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores;

II - conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência;

III - celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor.

§ 3º As agências reguladoras devem adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.

A leitura da Lei nº 13.848 deve ser conjugada com o Decreto nº 10.411/2020, que regulamenta instrumento importante, previsto no art. 6º daquela lei: a *análise de impacto regulatório* (AIR). O art. 2º do Decreto define a AIR como, *in verbis*, “procedimento, a partir da definição de problema regulatório, [...] que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão”.

Em tempos de governança pública, a AIR é fruto do *consequencialismo econômico*. As agências reguladoras têm a obrigação de ponderar meios e resultados, uma vez que lidam com recursos públicos e multiplicidade de partes e interesses.

A propósito, o consequencialismo havia sido positivado, em 2018, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), por força da Lei nº 13.655/2018. Os artigos 20 e 21, introduzidos na LINDB, passaram a conter diretrizes para as esferas administrativa, controladora e judicial. *In verbis*:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Por sua vez, o consequencialismo na gestão pública também revela o *planejamento* no agir estatal. Agir previamente, e não de modo meramente repressivo. Tal postura fortalece a segurança jurídica e a confiança legítima nos órgãos do Estado.

Sobre o planejamento das empresas estatais — entre elas, as agências reguladoras —, Régis Oliveira comenta que “[n]ão é recomendável que o Estado atue com prejuízo. Mas não se pode afastar situações em que deva assumir o risco (por exemplo: o transporte de população de baixa renda; o Estado pode suportar a conta da tarifa, então rotulada de *social*)”⁸

A seguir, veremos como as agências reguladoras foram sendo amoldadas à realidade brasileira, cujas limitações e oportunidades são diversas daquelas de países com elevado desenvolvimento humano.

3 CONTEXTUALIZAÇÃO NO BRASIL

Ausentes dos debates na Assembleia Nacional Constituinte de 1987, as agências reguladoras tiveram sua constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no *leading case* ADI-MC 1.668-5/DF.⁹ Em 1998, por votação majoritária, indeferiu-se o pedido de suspensão cautelar de eficácia ao art. 210 da Lei nº 9.472/1997.

O art. 210 do diploma, ainda hoje vigente, estabelece que o setor regulado das telecomunicações não se submete à regulação ordinária, e sim aos termos daquela lei especial. Como já afirmamos anteriormente, o caráter estratégico do setor de telecomunicações permitiu a criação de órgão regulador na referida lei, que traz os *standards* para suas atividades.

Além da decisão emblemática do STF, outros pontos se destacam para a contextualização das agências reguladoras no ambiente brasileiro.

Na seção anterior, mencionamos a *visão estática sobre o Poder Executivo*. Nesse sentido, a redação original do art. 84, VI, da Constituição previa, *in verbis*:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...] VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei.

A partir da Emenda Constitucional nº 32/2001, adotou-se a figura do decreto autônomo, típico de uma *percepção dinâmica do Executivo*. *In verbis*:

8 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. E-book. p. 256. Grifo no original.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.668-5/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 20 ago. 1998, DJ 16 abr. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>. Acesso em: 28 fev. 2025.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...] VI - dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Portanto, mediante autorização constitucional, o chefe do Executivo passou a inovar no ordenamento, desde que não atente contra a reserva de lei e respeite os objetos previstos nas alíneas “a” e “b”, tal como acima transcritas. Temos então a promessa de um Executivo dúctil, adaptável às circunstâncias e atuando no sentido de *eficiência* administrativa (CF, art. 37, *caput*).

Ainda em busca da *juridicidade* na administração pública (seção 2, *supra*), o intérprete há de compatibilizar (i) o art. 37, XIX¹⁰ — sobre leis instituidoras de entes públicos, entre eles, as agências reguladoras —, com (ii) o art. 84¹¹ — sobre as competências privativas do chefe do Executivo —, (iii) o art. 87¹² — sobre o escopo da atuação dos auxiliares do chefe do Executivo — e (iv) o art. 174¹³ — sobre o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Pelo princípio da simetria, essas diretrizes são adotadas, no que compatíveis, por outros entes políticos, e não apenas pela União. Consultem-se, por exemplo, na Constituição do Estado de Minas Gerais, (i) o art. 14, §4º;¹⁴ (ii) o art. 90,¹⁵ (iii) o art. 93¹⁶ e (iv) o art. 231¹⁷. Interligados, os dispositivos trazem reflexões sobre o vulcão por trás das agências reguladoras no Brasil.

A análise desses arranjos institucionais dá-se em consonância com os fundamentos da “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, [constituindo-se] em Estado Democrático de Direito” (art. 1º, *caput, in verbis*). Entre os fundamentos, destacamos o inciso IV do mesmo art. 1º, que menciona, *in verbis*, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

10 *In verbis*: “XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”. Redação dada pela EC nº 19/1998.

11 Composto por vinte e oito incisos, além de parágrafo único.

12 *In verbis*: “Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos. Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República; II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério; IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.”

13 *In verbis*: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.”

14 *In verbis*: “Art. 14, § 4º. Depende de lei específica: I – a instituição e a extinção de autarquia, fundação pública e órgão autônomo.”

15 Composto por vinte e oito incisos, além de parágrafo único.

16 O chefe do Executivo estadual é auxiliado por Secretários de Estado. *In verbis*: “Art. 93- O Secretário de Estado será escolhido entre brasileiros maiores de vinte e um anos de idade, no exercício dos direitos políticos, vedada a nomeação daqueles inelegíveis em razão de atos ilícitos, nos termos da legislação federal.” Após esse *caput*, seguem-se quatro parágrafos, acerca de atribuições e de impedimentos.

17 *In verbis*: “Art. 231- O Estado, para fomentar o desenvolvimento econômico, observados os princípios da Constituição da República e os desta Constituição, estabelecerá e executará o Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado, que será proposto pelo Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social e aprovado em lei.” Após esse *caput*, seguem-se cinco parágrafos.

Percebemos que a Carta efetivamente abraçou o sistema capitalista, protegendo a livre iniciativa e, em outros artigos, a propriedade privada (art. 170, II) e a livre concorrência (art. 170, IV). Despido de uma leitura apressada, o capitalismo não é nefasto em si. Ao revés, deve ser incentivado a obedecer aos valores da Constituição, justamente para alcançar objetivos como o da justiça social (CF, art. 3º, I). A respeito, José Afonso da Silva leciona que: “numa ordem econômica destinada a realizar a justiça social, a *liberdade de iniciativa econômica privada* não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público.’”¹⁸

O setor público brasileiro esforça-se para acompanhar as mudanças da pós-modernidade (vide seção 2). As agências reguladoras tentam fazê-lo, na esfera *administrativa*. As novas ferramentas de monitoramento tentam fazê-lo na esfera *controladora*.

A contextualização da experiência regulatória brasileira deve, inexoravelmente, incluir os Tribunais de Contas. Na pós-modernidade, esse fato envolve o “desenvolvimento de metodologias e procedimentos específicos de controle, com utilização mais intensa de ferramentas de tecnologia da informação.”¹⁹

Sendo o universo on-line ubíquo, as novas ferramentas permitem inclusive a integração de entidades diversas, como o Tribunal de Contas da União (TCU), “as Cortes estaduais e municipais, o controle interno, a Polícia Federal, a Receita Federal etc.”²⁰

Assim como existe o plexo de dispositivos constitucionais sobre as agências reguladoras, também existe em relação às Cortes de Contas. Mencionamos o art. 73, §2º — critérios rígidos para escolha dos ministros julgadores —, e sobretudo o art. 71, que estabelece o núcleo duro do TCU, aplicável aos congêneres estaduais e municipais, por simetria (CF, art. 75²¹). Transcrevemos o art. 71, dada a relevância. *In verbis*:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

18 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 777.

19 LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. p. 65.

20 *Ibidem*.

21 *In verbis*: “Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.”

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

O art. 71 da Constituição Federal enumera competências de fiscalização, de auditoria e de sanção, tanto em caráter preventivo quanto repressivo. Demais disso, a Emenda Constitucional nº 19/1998 — já mencionada na seção 2, a propósito dos decretos autônomos — trouxe nova redação ao parágrafo único do art. 70, cujo teor segue, *in verbis*:

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

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

Como alertado por Floriano de Azevedo e Juliana de Palma, outro traço aproxima o Tribunal de Contas e as agências reguladoras. O aspecto *operacional* das duas instituições é estranho ao constituinte originário: “[...] jamais o enquadramento constitucional foi arquitetado considerando a dinâmica de controle entre uma Agência Reguladora dotada de autonomia e independência frente ao chefe do Poder Executivo e um TCU com competência operacional”.²²

No caso do TCU, em 1992, a Lei nº 8.443 dispôs sobre sua Lei Orgânica (LOTUCU). No caso das agências reguladoras, apenas em 2019 sobreveio a Lei nº 13.848 (seção 2, *supra*). Por controle “operacional”, entenda-se que o Tribunal de Contas não se resume ao controle contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial (CF, art. 70, *in limine*) sobre “a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das sub-

22 NETO, Floriano de Azevedo Marques; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 120, 8 jun. 2020, p. 203-236. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/677/555>. Acesso em: 1 mar. 2025.

venções e renúncia de receitas” (CF, art. 70, *in fine*). O controle operacional dá ensejo ao *monitoramento* dos processos internos das agências reguladoras, isto é, à verificação de terem cumprido ou não metas que, naturalmente, implicam a gestão de recursos públicos (CF, art. 70, § único).

Esse nível de *granularidade* sobre as contas públicas é compreensível no Brasil, de claudicante trajetória democrática. Não à toa, atrai a atuação concomitante do Ministério Público, na qualidade de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127, *in verbis*, sendo a mesma redação do art. 119 da Constituição Estadual de Minas Gerais).

Também há de se considerar que, no país, os ajustes macroeconômicos não foram construídos culturalmente, ao longo dos séculos. Foram em boa parte acelerados por organismos multilaterais e internacionais. Tomemos o Consenso de Washington, nos anos 1990: “Esse termo [...] designa o conjunto de políticas liberalizantes recomendadas pelo tesouro norte-americano, pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial para países em desenvolvimento”.²³

Ressaltamos, ainda, quanto às agências reguladoras — no seu formato atualmente em voga —, (i) alienígenas ao nosso sistema jurídico, (ii) com ondas históricas de investimentos em áreas estratégicas, desde a primeira, segunda e terceira fases da Revolução Industrial; (iii) detentores, conseqüentemente, de índices maiores de desenvolvimento humano. “[E]nquanto os países membros da OCDE possuem renda *per capita* de US\$30.000,00/ano, no Brasil a renda é de R\$14.000,00/ano.”²⁴ A *Realpolitik* faz-se presente.

Natural, portanto, que as Cortes de Contas tenham amadurecido *in loco* o exame da regulação brasileira, durante as crises de reputação, os escândalos de corrupção e os casos concretos. O amadurecimento gerou uma *expertise* sólida, utilizando-se, entre outros expedientes: a elaboração de normativos; a reunião de equipes multidisciplinares; o intercâmbio com organismos internacionais.

Nesse sentido, o Acórdão nº 240/2015 do TCU foi paradigmático ao apresentar chaves para a amplitude do controle sobre agências reguladoras e, por consequência, os métodos de fiscalização e *enforcement*.

O acórdão versa sobre auditoria operacional, tendo por objeto a governança regulatória nos setores estratégicos de energia, comunicações e transportes. Foram analisados aspectos como autonomia decisória, transparência e estratégia organizacional das seguintes agências reguladoras: (i) Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); (ii) Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); (iii) Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); (iv) Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); (v) Agência Nacional de Comunicações (Anatel); (vi) Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

A princípio, pode causar espanto o fato de uma Corte de Contas embrenhar-se na governança das agências — aspecto com muitas ramificações internas, geridas pelas próprias agências. Porém, como visto acima, trata-se de exemplo crasso de investigação operacional, ou seja, sobre os processos e metas de entes que utilizam recursos públicos.

Com efeito, a fiscalização incide no viés operacional, e não no *mérito regulatório* das decisões das agências. As agências detêm o conhecimento necessário para entender as consequências de suas decisões no setor regulado; tanto benéficas quanto prejudiciais, tanto sobre atores públicos quanto privados.

No voto, o ministro relator reportou-se a tema pertinente e controverso: controle sobre atos vinculados e atos discricionários. Destacou que a ponderação dos fatores dá-se *caso a caso*.

23 COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. p. 59.

24 NETO; MOREIRA; GUERRA, **Dinâmica da regulação**, *op. cit.*, p. 107.

[...] no exercício do controle externo das concessões de serviços públicos, o TCU se defronta com dois tipos de atos praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários. Quando os atos supostamente irregulares forem do primeiro tipo, ou seja, quando as entidades reguladoras tiverem violado expressa disposição legal, o Tribunal pode determinar correção das irregularidades detectadas. Por outro lado, quando se tratar de atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, esta Corte de Contas pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas por elas mais adequadas. [...]

Contudo, se o ato discricionário sob enfoque contiver vício de ilegalidade ou se tiver sido praticado por autoridade incompetente, se não tiver sido observada a forma devida, se o motivo determinante e declarado de sua prática não existir ou, ainda, se estiver configurado desvio de finalidade, esta Corte de Contas 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. Assim sendo, será sempre necessária uma análise para determinar a existência de um desses vícios ensejadores da ação corretiva do TCU.²⁵

No mesmo voto, o relator identificou fragilidades que podem ser abrigadas sob o conceito de *eticidade*: (i) responsabilização de condutas; (ii) processos decisórios; (iii) políticas de integridade. Aspectos que demonstram a delicadeza da atuação das agências reguladoras, uma vez que são criadas exatamente para travar contato com (poderosos) agentes econômicos e políticos.

4 PODER POLÍTICO, PODER ECONÔMICO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A eticidade não surgiu com a pós-modernidade ou com o Direito Regulatório. Na verdade, a questão que se coloca ao se debater a eticidade em agências reguladoras é mais sutil. Voltemos às seções anteriores. Consequentemente, adotemos a premissa de que a administração pública não é guiada apenas pela lei em sentido estrito, mas sim pela juridicidade (seção 2). Adotemos, ainda, o pressuposto de que a administração pública não consegue ser infensa aos mercados (seção 3).

Desse silogismo, indaga-se: quais são os valores éticos perseguidos pela administração pública? Como é a sociedade — *locus* da eticidade — para a qual a administração pública presta serviços?

Começamos a resposta pelo Decreto federal nº 9.203/2017, que “[d]ispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”. O diploma não limita a expressão “valor público” ao sentido pecuniário. Pelo contrário, define-o, no art. 2º, II, com evidente caráter axiológico. *In verbis*:

II - valor público - produtos e resultados gerados, preservados ou entregues pelas atividades de uma organização que representem respostas efetivas e úteis às necessidades ou às demandas de interesse público e modifiquem aspectos do conjunto da sociedade ou de alguns grupos específicos reconhecidos como destinatários legítimos de bens e serviços públicos.

O valor público é buscado no âmbito da governança pública, definida como “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade” (art. 2º, I, *in verbis*). Ou seja, a governança atenta para questões de *ordem política*, que permitem a governabilidade pelo Executivo.

25 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 240/2015**. Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro, j. 11 fev. 2015, DOU 4 mar. 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-1367612>. Acesso em: 1 mar. 2025.

Convém notar que, no referido decreto, o Executivo federal destrinchou orientações que já vinham sendo debatidas pela doutrina e incorporadas ao estado de arte do TCU — por exemplo, no Acórdão nº 240/2015 (seção 3). Em tempos de sociedade da informação, a governança representa avanços para a administração pública, pois busca valores e, ao mesmo tempo, resultados concretos.

A eticidade, na qualidade de elemento axiológico, “é sem sombra de dúvidas, o valor fundamental para a potencialização da legalidade na Administração Pública”.²⁶ Afinal, as atividades administrativas convivem com uma polifonia de atores sociais e com a constante disrupção tecnológica.

Somemos ao quadro as incertezas econômicas de um planeta regido por recursos escassos, direitos positivados e vontades infinitas. Todos esses fatores comungam para que a eticidade tenha alcançado destaque no Direito Administrativo.

Por conseguinte, diante da já citada finitude de recursos, o *consequencialismo jurídico-econômico* serve de ingrediente racional para equilibrar a perseguição de valores imateriais. Assim sendo, decisões administrativas baseadas em valores jurídicos abstratos, sem ponderação sobre as consequências práticas (LINDB, art. 21), atentam contra a higidez econômica do Estado.

No âmbito das agências reguladoras, a análise de impacto regulatório é uma ferramenta de gestão que aplica a *ratio* do consequencialismo. O artigo 6º da Lei nº 13.848/2019 dispõe sobre o tema. *In verbis*, grifou-se.

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

§ 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada.

§ 2º O regimento interno de cada agência disporá sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito.

§ 3º O conselho diretor ou a diretoria colegiada manifestar-se-á, em relação ao relatório de AIR, sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção, e, quando for o caso, quais os complementos necessários.

§ 4º A manifestação de que trata o § 3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo.

§ 5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão.

O AIR nos traz um vórtice em que o *consequencialismo* — “conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos” (art. 6º, *caput*) — obedece à *eticidade* — busca de diálogo com os atores sociais, por meio da “realização de consulta ou de audiência pública” (art. 6º, §4º). Eticidade e consequencialismo mesclam-se.

Como já destacado anteriormente, a Lei nº 13.848/2019 consolidou entendimentos amadurecidos durante a trajetória das agências reguladoras no Brasil, desde a década de 1990. Os capítulos I e II abordam

26 FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **Administração pública digital**: proposições para o aperfeiçoamento do regime jurídico administrativo na sociedade da informação. São Paulo: Foco, 2020. E-book. p. 256.

a governança pública, objeto de alerta pelo TCU no Acórdão nº 240/2015 e pelo Executivo no Decreto nº 9.203/2017. Este, no art. 3º, elege como princípios da governança pública (*in verbis*): “I - capacidade de resposta; II - integridade; III - confiabilidade; IV - melhoria regulatória; V - prestação de contas e responsabilidade; e VI - transparência”.

Não é mera coincidência que o art. 6º conste do capítulo I (“Do processo decisório das agências reguladoras”) da Lei nº 13.848/2019, uma vez que envolve a mencionada “capacidade de resposta”, típica da governança pública. O diploma também aborda prestação de contas, controle social, planejamento estratégico, responsabilização de condutas. Antes dos capítulos I e II, o art. 3º, § 3º, dispõe expressamente sobre gestão de riscos e integridade, contra fraudes e corrupção. Ou seja, na qualidade de autarquias em regime especial e com ampla autonomia, as agências reguladoras receberam tratamento sistêmico, como partes integrantes do ordenamento brasileiro.

Passando à Análise Econômica do Direito, encontramos nessa disciplina o conceito de “utilidade” e sua aplicação ao consequencialismo. Em síntese, utilidade é o valor que o agente racional econômico atribui a determinado bem ou serviço. Luiz Fux e Bruno Bodart tomam o conceito de utilidade e o direcionam para a avaliação de políticas públicas. Dessa forma, o instrumental da AED torna possível a *racionalidade econômica* — questão objetiva — para o alcance do *bem-estar* da sociedade — questão subjetiva.

Para que seja possível avaliar os efeitos das políticas públicas no bem-estar da sociedade, faz-se necessário agregar as utilidades individuais em uma escala que represente o plano coletivo, por meio de axiomas que confirmem racionalidade ao resultado dessa operação.²⁷

A interação entre racionalidade econômica e o bem-estar da sociedade é pertinente. O mercado, racional e pragmático, convive em simbiose com o Estado — que visa, entre outros fins, à justiça social (seção 2, *supra*). “É impossível traçar uma distinção rígida entre o mercado e o Estado: as duas entidades não existem uma sem a outra. O mercado só cria prosperidade dentro do ‘perímetro protetor’ da lei”.²⁸

Em termos juseconômicos, a convivência saudável entre mercado e Estado milita em prol da segurança jurídica e da confiança legítima, aumentando a *reputação institucional* do ente público e diminuindo os custos de transação.

Custos de transação existem em todas as etapas das transações econômicas, seja em momento prévio à sua execução — procura e negociação entre as partes —, seja em momento posterior — monitoramento, que inclui a atividade de fiscalização.

Para que a convivência se dê com efetividade, os agentes econômicos precisam receber *incentivos* dinâmicos, e não estáticos. Incentivos não são monolitos, imutáveis como as regras do antigo Direito Administrativo clássico. Em serviços de infraestrutura, o regulador pode adotar, entre outras, a tática *price cap*, que “incentiva a eficiência entre revisões periódicas e busca extrair ganhos de produtividade a cada revisão, enquanto na regulação *franchise bidding* [...] busca capturar tais ganhos no momento do leilão”.²⁹

A *cooperação* entre os agentes é essencial para mitigar *assimetrias informacionais*. “[H]á uma assimetria de informação quando, em uma relação entre dois ou mais agentes quaisquer, um deles possui infor-

27 FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. p. 38.

28 HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. *E-book*. p. 65.

29 BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de; CAMACHO, Fernando Tavares. **Uma nota sobre o repasse de ganhos de produtividade em setores de infraestrutura no Brasil (fator x)**. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5424>. Acesso em: 2 mar. 2025.

mações em quantidade ou qualidade superior às da outra parte (e.g. fornecedor com o consumidor em relação ao seu produto).³⁰

É nesse ponto que encontramos resultados deletérios, como a *captura dos reguladores*. A assimetria informacional conduz à referida captura, isto é, à manipulação dos reguladores por interesses privados ou até mesmo por desvios dentro do próprio Estado.

A teoria da captura possui extensa repercussão no setor público. Dentre a miríade de atos, destacamos, em síntese: (i) *revolving door* — “nomeação de dirigentes [...] do mercado privado regulado e [que], depois de cumprirem o mandato nas agências, [retornam] ao setor privado”³¹ —; (ii) *seleção adversa* — indução a escolha pública errada —; (iii) *risco moral* — assunção de riscos, sabendo-se que o assuntor não arcará com os custos da decisão —; (iv) *compartilhamento e acesso a informações privilegiadas*.

Dada a relevância da colaboração entre os órgãos públicos, a Lei nº 13.874/2019 incentivou a cooperação entre instituições. O capítulo III (arts. 25/28) trata da cooperação entre agências reguladoras e órgãos de defesa da concorrência. O capítulo IV (arts. 29/30), da cooperação das agências reguladoras entre si. O capítulo V (arts. 31/33), das agências reguladoras com os órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente. O capítulo sexto e último busca um *federalismo participativo* entre os entes políticos, com a interação operacional de agências federais e suas congêneres ou órgãos de regulação *estaduais, distritais e municipais* (capítulo VI, arts. 34/35).

Importante salientar que a ordem econômica prevista na Constituição Federal de 1988 ganha com a concorrência saudável entre os agentes econômicos — excetuada a concorrência, por óbvio, nos monopólios que são nela descritos. A concorrência é *direito difuso* da sociedade. Impacta o seu presente e o seu futuro, como alertado por Paulo Furquim de Azevedo.

Em outras palavras, a existência de um ambiente concorrencial hoje pode implicar ganhos à sociedade no futuro, por desfrutar de novos produtos ou serviços, selecionados pelo ambiente competitivo. [...] A concorrência amplia o valor econômico gerado por uma sociedade, seja por induzir uma melhor alocação e uso eficiente dos recursos, seja por incentivar a inovação e a seleção de formas de produção mais eficientes.³²

Nesse sentido, a fiscalização das Cortes de Contas pode estimular a regulação em favor da concorrência. Este foi o caso do Acórdão nº 464/2019, sobre o setor aeroportuário brasileiro — mais especificamente, sobre a permissão de operação irrestrita de voos comerciais no Aeroporto da Pampulha, em Belo Horizonte, em virtude da Portaria MTPA (antigo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil) nº 911/2017 e da Resolução Conac (Conselho Nacional de Aviação Civil) nº 2/2017.

Em 2018, em sede cautelar e no Acórdão nº 132/2018 do TCU, o ministro relator analisou o “princípio da liberdade de voo” à luz do ordenamento brasileiro. Salientou que considerações técnicas deveriam ter sido “realizadas em relação aos riscos de impactos negativos para o transporte aéreo local (por exemplo, perda de conectividade, redução ou eliminação de voos internacionais, aumento de preços, queda na qualidade da prestação dos serviços etc.)”.³³ Ante o exposto, concedeu-se medida cautelar, para suspensão dos efeitos da Portaria MTPA nº 911/2017 e da Resolução Conac nº 2/2017.

A medida cautelar veio a ser revogada em 2019, no Acórdão reformador nº 464/2019. Todavia, a revogação foi acompanhada de deveres explícitos, com o fim de mitigar os riscos envolvidos e estimular

30 GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **A análise econômica do processo civil**. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Foco, 2023. E-book. p. 214.

31 NETO; MOREIRA; GUERRA, **Dinâmica da regulação**, *op. cit.*, p. 303-304.

32 AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e economia no Brasil: estudos sobre a Análise Econômica do Direito**. 4. ed. Indaiatuba/SP: Foco, 2021. E-book. p. 418.

33 NETO; MOREIRA; GUERRA, **Dinâmica da regulação**, *op. cit.*, p. 187.

competição entre os fornecedores. A postura do órgão controlador adveio da necessidade de os entes públicos melhor fundamentarem as políticas públicas, uma vez que envolvem requisitos soberanos, como analisados ao longo do presente artigo. *In verbis*, grifou-se.

[...] ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

[...] 9.3. Informar ao Ministério da Infraestrutura que, sob a perspectiva do Tribunal de Contas da União e diante dos elementos discutidos nestes autos, não há óbices que impeçam a reabertura ou a manutenção das restrições ao Aeroporto da Pampulha, *desde que as escolhas públicas estejam devidamente fundamentadas em elementos técnicos suficientes*;

9.4. recomendar ao Ministério da Infraestrutura que aperfeiçoe o seu processo decisório com vistas a promover as reflexões necessárias para fundamentação de suas escolhas, mitigando as incertezas características do *processo de formulação de políticas públicas*, nos termos do Decreto 9.203/2017 e da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;

9.5. encaminhar cópia desta deliberação à Agência Nacional de Aviação Civil, à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, ao Ministério da Infraestrutura e ao representante;

9.6. arquivar os presentes autos.³⁴

Ressaltamos que o acórdão se reporta ao já citado Decreto federal nº 9.203/2017 — governança pública — e à Lindb — que, a partir de 2018, adotou expressamente o consequencialismo como vetor indispensável para as tomadas de decisões administrativas, controladoras e judiciais.

O arcabouço ora apresentado nos demonstra que diversas inovações administrativas surgiram do controle exercido pelos Tribunais de Contas, como consequência natural da evolução da administração pública brasileira. O Brasil, país em desenvolvimento, deve ser analisado em suas especificidades (seção 3), sob pena de o Estado viver quimeras e não desempenhar, com efetividade, os seus poderes — poderes que, na República, são poderes-deveres.

A administração serve à sociedade. O truísmo pode parecer redundante, mas serve de dístico para o Direito Regulatório, sobretudo na trajetória política do país, sujeita a crises de reputação, fraudes e desvios. Afinal, as tomadas de decisão impactam a sociedade presente e a sociedade futura. E “não temos o direito de escolher a não existência de futuras gerações em função da existência da atual, ou mesmo de as colocar em risco”.³⁵

De caráter dinâmico e dotadas de autonomia, as agências reguladoras fiscalizam, auditam e sancionam condutas em setores estratégicos. Devidamente controladas, sem admitir a captura por entes privados ou públicos, contribuem para a robustez da ordem política e econômica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No imaginário iluminista, o controle dos poderes estatais passou pela definição de funções típicas e atípicas para os ramos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Sob esse mecanismo, evitava-se a concentração de poderes em apenas um ramo. Harmoniosos e independentes na Constituição Federal de 1988 (art. 2º), aqueles poderes submeteram-se à evolução do tempo e à complexidade de fatores que não foram antevistos pelo constituinte originário.

34 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 464/2019**. Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas, j. 13 mar. 2019, DOU 22 mar. 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2326771>. Acesso em: 1 mar. 2025.

35 MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs**: ética e privacidade na era da hiperconectividade. Rio de Janeiro: Arquipélago Editorial, 2019. E-book. p. 120.

A atual sociedade da informação, em sua polifonia de vozes e interesses, traz desafios ao Estado, como a disrupção tecnológica e a escassez de recursos. As agências reguladoras, na atual arquitetura jurídica, auxiliam o Estado policêntrico a cumprir deveres em serviços públicos estratégicos. Nessa ordem de ideias, as particularidades da administração pública brasileira devem ser especialmente consideradas. De um turno, tenta-se acompanhar a velocidade das inovações e, de outro, igualmente manobram-se contingências históricas, econômicas e sociais.

Os Tribunais de Contas desenvolveram mecanismos de fiscalização e *enforcement* na regulação brasileira, à luz de experiências concretas. O mérito dos atos regulatórios é preservado sob aspecto estritamente técnico, uma vez que as agências são, por ordem constitucional, submetidas a fiscalização (CF, art. 70).

O Direito Regulatório deixa clara a interface entre política e economia, espalhando-se por todos os entes políticos da federação — União, estados, Distrito Federal e municípios —, agentes públicos e privados. A segurança e a confiança jurídicas são essenciais para que essa imensa rede de interações se desenvolva a contento.

No panorama brasileiro, as Cortes de Contas participam do controle das agências reguladoras, cuja característica de autonomia é atrelada ao conceito de juridicidade, no Direito contemporâneo. A juridicidade conduz o Estado à manutenção da concorrência e à resistência contra a captura regulatória. Trata-se de direitos difusos, fruídos por toda a sociedade. Na medida em que o Legislativo e o Executivo não são oniscientes ou infalíveis, a tomada de decisão regulatória deve, portanto, considerar o largo espectro de impactos sobre aquela sociedade. Há de se mesclar eticidade e consequencialismo, subjetividade e racionalidade, para preservação não apenas do governo, mas do Estado, em suas gerações futuras.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e economia no Brasil**: estudos sobre a Análise Econômica do Direito. 4. ed. Indaiatuba/SP: Foco, 2021. *E-book*, p. 415-456.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. *E-book*.

BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de; CAMACHO, Fernando Tavares. **Uma nota sobre o repasse de ganhos de produtividade em setores de infraestrutura no Brasil (fator x)**. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5424>. Acesso em: 2 mar. 2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 5 out. 1988 (Publicação Original). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 3, 23 nov. 2017 (Publicação Original). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm. Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 35, 1 jul. 2020 (Publicação Original). Dis-

ponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm. Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Coleção de Leis do Brasil**, v. 1, p. 240, 1967 (Publicação Original). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, Eletrônico, seção 1, p. 1, 5 jun. 1998 (Publicação Original). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 12 set. 2001 (Publicação Original). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm. Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 9449, 17 jul. 1992 (Publicação Original). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 1 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1917, 14 fev. 1995 (Publicação Original). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 15081, 17 jul. 1997 (Publicação Original). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 26 abr. 2018 (Publicação Original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.848, de 29 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, seção 1, p. 1, 26 jun. 2019 (Publicação Original). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668-5/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 20 ago. 1998, DJ 16 abr. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>. Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 240/2015**. Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro, j. 11 fev. 2015, DOU 4 mar. 2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-1367612>. Acesso em: 1 mar. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 464/2019**. Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas, j. 13 mar. 2019, DOU 22 mar. 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2326771>. Acesso em: 1 mar. 2025.

COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade nos contratos de concessão**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **A análise econômica do processo civil**. 2. ed. Indaiatuba/SP: Foco, 2023. *E-book*.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. *E-book*.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **Administração pública digital**: proposições para o aperfeiçoamento do regime jurídico administrativo na sociedade da informação. São Paulo: Foco, 2020. *E-book*.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo**: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs**: ética e privacidade na era da hiperconectividade. Rio de Janeiro: Arquipélago Editorial, 2019. *E-book*.

MINAS GERAIS (Estado). Constituição Estadual de 1989. **Minas Gerais – Diário Legislativo**, Belo Horizonte, p. 39, col. 1, 21 set. 1989. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/atividade-parlamentar/leis/constituicao-estadual>. Acesso em: 1 mar. 2025.

NETO, Floriano de Azevedo Marques; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da regulação**: estudo de casos da jurisprudência brasileira - a convivência dos Tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. *E-book*.

NETO, Floriano de Azevedo Marques; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 120, p. 203-236, 8 jun. 2020. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/677/555>. Acesso em: 1 mar. 2025.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. **Estatais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. *E-book*.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.