

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ – CESUPA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO
REGIONAL

STEPHENSON OLIVEIRA VICTER

**TEORIA DA REGULAÇÃO E CONTROLE EXTERNO: OS TRIBUNAIS DE
CONTAS COMO AGENTES REGULADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
BRASILEIRA**

BELÉM

2018

STEPHENSON OLIVEIRA VICTER

**TEORIA DA REGULAÇÃO E CONTROLE EXTERNO: OS TRIBUNAIS DE
CONTAS COMO AGENTES REGULADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – PPGD do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional, na Linha de Pesquisa Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Jean Carlos Dias.

BELÉM

2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca do CESUPA, Belém-PA

Victor, Stephenson Oliveira.

Teoria da regulação e controle externo: os tribunais de contas como agentes reguladores da administração pública brasileira / Stephenson Oliveira Victor; orientador Jean Carlos Dias. – 2018.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - PPGD, Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional, Belém, 2018.

1. Tribunais de contas – Brasil. 2. Administração pública – Brasil. 3. Finanças públicas – Brasil. 4. Dívida pública. I. Dias, Jean Carlos, *orient.* II. Título.

CDD 341.385

STEPHENSON OLIVEIRA VICTER

**TEORIA DA REGULAÇÃO E CONTROLE EXTERNO: OS TRIBUNAIS DE
CONTAS COMO AGENTES REGULADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – PPGD do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional, na Linha de Pesquisa Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Data da defesa: __/__/____

Conceito: _____

Banca Examinadora:

_____ - Orientador

Prof. Jean Carlos Dias

Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais (UFPA)

Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA

_____ - Examinador (a)

_____ - Examinador (a)

Ao meu inesquecível velho Genesio
(*in memoriam*) e à minha sensível e
incansável Flor, que me deram o dom
da vida e que me puseram a trilhar o
árido caminho das verdadeiras e
mais sublimes conquistas.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por simplesmente estar em tudo.

Aos meus antepassados e demais entes do bem que, de onde estão, guiam meus passos com segurança nesta vida terrena.

Aos meus amados pais Genesio (*in memoriam*) e Flor, irmão Francisco e irmãs Maria, Silvânia e Christina, pelo genuíno núcleo de amor, harmonia e convívio equilibrado e sadio que sempre me proporcionaram.

À Carolina, pela coragem de seguir seus caminhos ao lado de alguém como eu e por sempre amar e se doar mais do que consigo corresponder.

Aos meus pequenos e cada vez mais apaixonantes Arthur e Júlia – que tanto ouviram falar deste mestrado quando me chamavam para brincar –, por simplesmente existirem e serem prova viva da evolução da espécie.

À minha sogra Cecília, pela generosidade de sempre e pela carinhosa acolhida.

Aos valorosos colegas Procuradores de Contas do Estado do Pará, a começar pelo saudoso Antonio Maria (*in memoriam*), Deíla, Felipe, Guilherme, Patrick, Silaine e Stanley, pelo companheirismo e qualificado apoio, e pela instigante e sólida evolução que juntos temos galgado em nosso mister constitucional.

À competente assessoria da 6ª Procuradoria de Contas do MPC/PA (Cláudia, Vanessa e Heliana), pelo dinamismo, proatividade, dedicação e empenho que muito me auxiliaram na difícil conciliação da rotina profissional com a jornada acadêmica.

Aos colegas de mandatos na Diretoria da Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON), nas pessoas dos Presidentes Diogo e Júlio Marcelo, pelo aprendizado em lidar com questões que extrapolam o nosso universo local.

Aos ilustres Conselheiros e Conselheiros Substitutos do Tribunal de Contas do Estado do Pará, pela parceria institucional com o MPC/PA que deveras estimulou o presente trabalho.

Ao meu orientador, Professor Doutor Jean Carlos Dias, mente brilhante que me fez pensar o Direito de maneira mais efetiva e grande farol que iluminou as ideias que tornaram

possível o desenvolvimento desta pesquisa, balizando os caminhos e sinalizando as possibilidades a serem desenvolvidas.

Aos demais notáveis professores do PPGD/CESUPA com quem tive a honra de aprender muito nestes dois anos, Ana Darwich, Elizabeth Reymão, Henrique Mouta, Loiane Verbicaro, Luciana Fonseca, Sandro Simões e Elísio Bastos, este último tendo, inclusive, juntamente com a Professora Juliana Freitas, sensivelmente contribuído para o aperfeiçoamento desta dissertação por meio das descortinadoras e bem-vindas observações lançadas na sessão pública de qualificação.

À Lilian, que sucedeu com sucesso a Socorro na Secretaria do Programa, pelo pronto apoio, gentileza e hábil suporte administrativo às nossas atividades acadêmicas.

Aos estimados colegas de turmas de 2016 e 2017, com quem tive a grata satisfação de compartilhar as não poucas angústias e superações vividas e que certamente fizeram o mestrado passar mais leve, aos quais peço vênia para, em nome de todos, citar os inspiradores Geraldo Leite e Carla Peixoto.

Aos integrantes do Grupo de Pesquisa em Análise Econômica do Direito, coordenado pelo Professor Jean, pelas valiosas reflexões e pela salutar troca de experiências.

Aos demais familiares e amigos, vários deles apoiadores explícitos desta empreitada, tais como Paulo Rabelo, Rogério Felipe e Fabrício Oliveira, além de outros que muito já ajudaram só em proferir palavras de incentivo, confiança e conforto.

Enfim, a todos que labutam na espinhosa seara do controle externo da Administração Pública e que, com sua entrega e *expertise*, buscam aperfeiçoar o sistema nacional vigente deixando sementes para germinações futuras, como é, modestamente, o caso deste trabalho.

Nada é permanente, exceto a mudança.

Heráclito

Todas as ideias inteligentes já foram pensadas; é preciso apenas tentar repensá-las.

Goethe

Se eu vi mais longe, foi por estar de pé sobre os ombros de gigantes.

Newton

RESUMO

A presente dissertação tem o objetivo de demonstrar que os Tribunais de Contas, como agentes de execução do controle externo da Administração Pública brasileira, exercem, na realidade, a atividade regulatória de todo o Poder Público. Referido mister se dá em moldes semelhantes aos levados a cabo pelas Agências Reguladoras, tal qual o papel que lhes cabe em nosso ordenamento, mas com uma fundamental diferença: ao passo que as agências normalmente agem sobre determinados setores específicos da economia e dos serviços públicos explorados pelos particulares, os Tribunais de Contas plasmam-se como os agentes reguladores por excelência de toda a Administração Pública. O substrato teórico da proposta – a par de aplicar-se a um sistema jurídico – vem da Ciência Econômica, consubstanciado na formulação conhecida por Teoria da Regulação, sendo, assim, prova irrefutável da relevância do movimento denominado como Análise Econômica do Direito (AED), sobre o qual se faz breve contextualização. A ênfase do estudo está no cotejo da caracterização e poderes conferidos pelo regramento pátrio às Agências Reguladoras e aos Tribunais de Contas, reconhecendo nestes, inclusive, vantagens em relação àquelas no desempenho de suas atribuições institucionais. Por outro lado, os riscos inerentes à regulação e suas implicações em termos de eficácia da própria atividade também se assemelham e são igualmente abordados com um viés propositivo de blindagem de referidas Cortes. Por fim, traz-se ao debate algumas perspectivas e propostas que visam a dar maior efetividade ao controle externo enquanto atividade regulatória, as quais passam, obrigatoriamente, por uma mudança de paradigma de atuação (instrumentalizado pela AED), pela atuação livre e totalmente desimpedida do Ministério Público de Contas, por ajustes na própria modelagem dos Tribunais de Contas e, ainda, pela salutar simbiose com o controle social, de modo a potencializar a tão propalada noção de *accountability*.

Palavras-chave: Controle Externo – Administração Pública brasileira – Análise Econômica do Direito – Teoria da Regulação – Tribunais de Contas – Agentes Reguladores

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to demonstrate that the Audit Courts, as agents of execution of the External Control of the Brazilian Public Administration, actually exercise the regulatory activity of the entire Public Power. This is done in a similar way to those carried out by the Regulatory Agencies, as their role in our legal system is, but with a fundamental difference: whereas agencies usually act on specific sectors of the economy and public services exploited by individuals, the Audit Courts are the regulatory agents par excellence of the whole Public Administration. The theoretical substrate of the proposal – as well as applying to a legal system – comes from Economic Science, embodied in the formulation known as Theory of Regulation, and thus proves irrefutable the relevance of the movement called Economic Analysis of Law (EAL), on which a brief contextualization is made. The emphasis of the study is on the comparison of the characterization and powers conferred by the country order to the Regulatory Agencies and the Audit Courts, recognizing in these, even, advantages over those in the performance of their institutional attributions. On the other hand, the inherent risks of regulation and their implications in terms of the effectiveness of the activity itself are similar and are also approached with a proposed bias of shielding of said Courts. Finally, we bring to the debate some perspectives and proposals that aim to give greater effectiveness to the external control as a regulatory activity, which are obligatorily passed by a paradigm change of performance (instrumentalized by the EAL), by the free and totally unimpeded performance of the Public Prosecution Office of Accounts, by adjustments in the modeling of the Audit Courts and by the salutary symbiosis with the social control, in order to enhance the so-called notion of accountability.

Keywords: External Control – Brazilian Public Administration – Economic Analysis of Law – Theory of Regulation – Audit Courts – Regulatory Agents

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- AED – Análise Econômica do Direito
- AGU – Advocacia-Geral da União
- AMPCON – Associação Nacional do Ministério Público de Contas
- art. – artigo
- ATRICON – Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil
- BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento
- CE – Estado do Ceará
- CGU – Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União
- CNJ – Conselho Nacional de Justiça
- CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
- CNTC – Conselho Nacional dos Tribunais de Contas
- CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- *DEA – Data Envelopment Analysis*
- DF – Distrito Federal
- Dr. – Doutor
- *EAL – Economic Analysis of Law*
- EUA – Estados Unidos da América
- *INTOSAI – International Organization of Supreme Audit Institutions*
- *MIT – Massachusetts Institute of Technology*
- MPC – Ministério Público de Contas
- *NPT – Normative Analysis as a Positive Theory*
- *p. – página*
- PA – Estado do Pará
- PEC – Proposta de Emenda à Constituição
- Prof. – Professor
- PROMOEX - Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros
- RMS – Recurso em Mandado de Segurança
- SC – Estado de Santa Catarina
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça

- TAC – Termo de Ajustamento de Conduta
- TAG – Termo de Ajustamento de Gestão
- TCU – Tribunal de Contas da União
- TO – Estado de Tocantins
- UFPA – Universidade Federal do Pará
- *v.g.* – *verbi gratia*
- *vs.* – *versus*

LISTA DE ANEXOS

ANEXO I – INTEIRO TEOR (TEXTO ORIGINAL) - PL Nº 6.621/2016

ANEXO II – INTEIRO TEOR – PEC Nº 329/2013 – CÂMARA DOS DEPUTADOS

ANEXO III – INTEIRO TEOR – PEC Nº 22/2017 – SENADO FEDERAL

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 A TEORIA DA REGULAÇÃO	17
1.1 UM NECESSÁRIO PROLEGÔMENO ACERCA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	17
1.2 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DA TEORIA	23
1.3 FUNDAMENTOS DA REGULAÇÃO	25
1.4 AGÊNCIAS REGULADORAS	27
2 O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA	41
2.1 DESENHO CONSTITUCIONAL E TITULARIDADE DO CONTROLE	41
2.2 OS AGENTES DE EXECUÇÃO DO CONTROLE: TRIBUNAIS DE CONTAS	42
2.3 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS	46
3 TRIBUNAIS DE CONTAS: AGENTES REGULADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	48
3.1 AS INERENTES FUNÇÕES REGULADORAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS	48
3.2 OS RISCOS DA ATIVIDADE	56
4 PERSPECTIVAS PARA UMA MAIOR EFETIVIDADE DO MISTER REGULATÓRIO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS	64
4.1 A NECESSÁRIA MUDANÇA DO PARADIGMA DE ATUAÇÃO	64
4.1.1 Instrumentalização pela Análise Econômica do Direito	64
4.1.2 Auditorias Operacionais	70
4.1.3 Termos de Ajustamento de Gestão	76
4.2 REAFIRMAÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS	79
4.2.1 A Imprescindível Autonomia Administrativa e Financeira	79
4.2.2 Independência Funcional e Poder Requisitório	84
4.3 PROPOSTAS LEGISLATIVAS PARA APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA	91
4.4 O CONTROLE SOCIAL COMO ESTRATÉGIA DE REFORÇO PARA O ALCANCE DA <i>ACCOUNTABILITY</i>	95
CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS	105
ANEXO I – INTEIRO TEOR (TEXTO ORIGINAL) – PL Nº 6.621/2016	112
ANEXO II – INTEIRO TEOR – PEC Nº 329/2013 – CÂMARA DOS DEPUTADOS	129
ANEXO III – INTEIRO TEOR – PEC Nº 22/2017 – SENADO FEDERAL	140

INTRODUÇÃO

A proposta da presente dissertação é lançar um novo enfoque sobre a atividade dos Tribunais de Contas, com verdadeira ressignificação de seu papel, buscando demonstrar que referidas Cortes, na concretização de sua relevante missão constitucional, exercem, em verdade, o papel de agentes reguladores da Administração Pública brasileira.

Deve-se dizer que a pesquisa empreendida em torno do tema foi muito ambiciosa¹. Com efeito, partiu-se de uma constatação empírica e fulcrada em difusa retaguarda teórica – que transita entre as Ciências Jurídicas e as Econômicas ou, melhor dizendo, cujo substrato está integralmente fincado na Análise Econômica do Direito –, para se vislumbrar nos Tribunais de Contas, a partir da aplicação da Teoria da Regulação, a figura de agentes reguladores primazes da Administração Pública brasileira.

Não se trata, portanto, de um enunciado normativo, mas de uma hipótese científica que logrou se confirmar ao longo da investigação exploratória de revisão bibliográfica desenvolvida, reconhecendo-se competências, poderes e atribuições, por um viés inédito, numa estrutura estatal secular – os Tribunais de Contas – responsável pelo relevante mister do controle externo de todo o Poder Público.

Nesse diapasão, o serviço público (*lato sensu* considerado) é o objeto da regulação; os poderes e órgãos públicos, em todas as suas esferas e representações, ou seja, os próprios jurisdicionados do controle externo, são os agentes regulados; e a eficiência e efetividade da Administração Pública em prol da sociedade é o fim perseguido pela atividade regulatória das Cortes de Contas.

Assim, no Capítulo 1 se discorre acerca da Teoria da Regulação, com sua necessária contextualização à hipótese via Análise Econômica do Direito, fazendo-se um detido exame da natureza, características e poderes das Agências Reguladoras no sistema jurídico pátrio.

Já no Capítulo 2, é a vez de ser estudado o controle externo da Administração Pública brasileira, seu desenho constitucional, titularidade e a atuação de seus agentes, com evidente foco nos próprios Tribunais de Contas e no órgão ministerial incumbido da defesa da ordem jurídica perante aquelas Cortes.

¹ Crédito ao orientador, Prof. Dr. Jean Carlos Dias, que, estudioso e entusiasta da Análise Econômica do Direito, vislumbrou plausibilidade científica no tema – ao que se sabe inédito –, mostrando os alicerces para sua construção.

O Capítulo 3 traz justamente a concepção central da pesquisa: a configuração das ínsitas funções reguladoras dos Tribunais de Contas, abordando, ainda, os riscos inerentes à atividade.

Por fim, o Capítulo 4 contempla vasto material de prospecção voltado a conferir maior efetividade ao mister regulatório de referidas Cortes, que passa pela necessária mudança de paradigma de atuação – com a instrumentalização pela Análise Econômica do Direito e foco nas Auditorias Operacionais e Termos de Ajustamento de Gestão –, bem assim pela reafirmação institucional do Ministério Público de Contas, além das principais propostas legislativas atualmente em debate para aperfeiçoamento do sistema e, finalmente, pela imprescindível e estratégica atuação em consonância com o controle social, visando ao atingimento de níveis de excelência em *accountability*.

Essa nova visão sobre os Tribunais de Contas vem bem a calhar num momento em que sua missão institucional – diga-se, extraída em sua totalidade dos comandos constitucionais que os delineiam – tem recebido questionamentos os mais variados que perpassam seu formato, sua composição, sua estrutura e o próprio alcance e efetividade de sua peculiar jurisdição.

Como sói acontecer em diversos aspectos da vida – e não é absolutamente diferente no âmbito das instituições de nossa sociedade –, por vezes a solução para questões que se mostram aparentemente arraigadas é justamente a mudança do ponto de vista, ou seja, insta que se intente um resgate ou mesmo, como dito, uma ressignificação para algo que venha de percorrer uma longa trajetória.

Com os Tribunais de Contas, mediante a clarificação conferida pela Teoria da Regulação e graças à Análise Econômica do Direito, tal desiderato tem elevado potencial de advir desse novel prisma institucional trazido à baila por esta dissertação, especialmente se levado em conta o imprescindível rearranjo fático-jurídico proposto.

É o que será exposto no decorrer do texto.

1 A TEORIA DA REGULAÇÃO

Inequivocamente demonstrando o inesgotável manancial de possibilidades que a Ciência Econômica pode colocar à disposição do Direito para sua melhor compreensão e efetividade, tem-se que a Teoria da Regulação, “um instituto oriundo da economia, mas que cada vez mais adquire sede jurídica, inclusive constitucional” (ARAGÃO, 2006a, p. 19), fornece todos os elementos de identificação capazes de reconhecer, nos Tribunais de Contas, verdadeiros agentes reguladores no âmbito do controle externo da Administração Pública brasileira.

Antes de passar ao exame de referida teoria, entretanto, importa melhor contextualizar como se dá essa interação entre a Economia e o Direito, de onde se extrai o embasamento do presente trabalho.

1.1 UM NECESSÁRIO PROLEGÔMENO ACERCA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O estudo interdisciplinar é um tema recorrente e mesmo incentivado na academia, em especial no âmbito das Ciências Sociais Aplicadas. Com o Direito, apesar da consagrada inter-relação *v.g.* com a Filosofia, com a Sociologia e com a Ciência Política – motivando intensos debates e teorias quanto ao alcance e limites dessas sinapses –, tem-se que sua conjugação com outras matérias do saber humano ainda se mostra relativamente incipiente, dada, especialmente, uma certa reticência calcada em seu inerente tradicionalismo.

Um desses ramos é a Economia, a qual, “em uma sociedade capitalista, certamente é decisiva, e sem o seu conhecimento não é possível levar a cabo uma frutífera investigação sobre o Estado”. (HELLER, 1998, *apud* ARAGÃO, 2006a, p. 20).

Com efeito, a derivação sistematizada do pensamento jurídico por um viés econômico é um tanto recente na realidade mundial, em parte, talvez, também pela patente diferença de método científico das abordagens: “enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica” (LEITE, 2017, p. 19). Assim sendo, tal aproximação remonta suas origens à segunda metade do século XX, quando foram lançadas as primeiras sementes do que viria a ser posteriormente conhecido como Análise Econômica do Direito –

AED (em inglês *Economic Analysis of Law – EAL* ou, na expressão que parece ser mais difundida nos Estados Unidos, *Law & Economics*).

Referida proposta preconiza a utilização dos conhecimentos da Ciência Econômica para instrumentalizar e expandir o alcance e a eficiência² dos sistemas jurídicos, não tendo, como pode de pronto parecer a um neófito no assunto, um escopo limitado de aplicação somente a situações em que estariam presentes as relações econômicas tradicionais, de cunho preponderantemente mercadológico.

Dias (2009, p. 24), sintetizando essa premissa, assinala que “A análise econômica tem se mostrado frutífera em várias áreas do Direito”. Na obra citada, o autor aponta a contribuição da AED ao Processo Civil pátrio, asseverando que sua utilização como instrumental crítico dos padrões de atuação do Poder Judiciário tem obtido “resultados realmente importantes do ponto de vista da oferta da prestação jurisdicional, da conduta processual das partes, custos sociais do processo e eficiência da decisão judicial [...]”.

No campo do controle externo da Administração – em que se desenvolve o presente estudo – essa congruência mostra-se ainda mais sensível³, na medida em que “a economia contribui para que o Direito seja percebido numa nova dimensão, que é extremamente útil na compreensão da formulação de políticas públicas”. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 17).

Richard Posner⁴ já fazia, nos idos de 1981, quando publicou a primeira edição de *A Economia da Justiça*, digressões sobre a então ainda recente análise econômica das leis que regulavam as atividades não mercadológicas, citando como pioneiros nesse terreno os estudos de Ronald Coase (com seu famoso artigo *The Problem of Social Cost*, de 1961) e de Guido Calabresi, que também se dedicou de modo inaugural, no mesmo ano de 61, à teoria jurídica dos acidentes ou acontecimentos inesperados, no texto *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (POSNER, 2010).

² Interessante notar, a respeito, a prudente ressalva que faz Dias (2009, p. 21): “A eficiência não é um valor que por si só deva ser considerado como estruturante do núcleo moral que as normas jurídicas possam eventualmente revelar. A eficiência diz respeito a uma reflexão posterior ligada à possibilidade de concretização da conduta consagrada por uma norma”.

³ Como na exortação de Rose-Ackerman (2004, p. 267): “[a] Análise econômica do direito deveria estar no centro do estudo do moderno Estado do Bem-Estar Social”.

⁴ Jurista norte-americano e magistrado federal aposentado, é professor da Universidade de Chicago e um dos ícones da respectiva Escola Econômica. É reconhecido, para usar uma expressão típica daquele país, como um dos *Founding Fathers* da Análise Econômica do Direito.

Tratando especificamente do ambiente da *common law* americana, Posner observa que a estrutura econômica se encontra implícita em diversas decisões de referido sistema, mesmo nas em que não há uma formulação expressa nesse sentido. Para ele, “A partir da análise de uma miríade de doutrinas jurídicas, muitos economistas, bem como juristas inclinados ao pensamento econômico, constataram que o direito obedece misteriosamente às leis da economia”. (POSNER, 2010, p. 8).

A propósito, Sztajn (2005) resgata que, mesmo sem o devido reconhecimento científico, o diálogo entre Direito e Economia é tão vetusto que é possível identificar no Direito Romano a preocupação com a eficiência das leis, especialmente em razão da integração dos povos alcançados pela expansão territorial de seu respectivo império. Posteriormente, no século XVIII, as formulações de Adam Smith quanto aos efeitos econômicos das normas e de Jeremy Bentham na associação entre legislação e utilitarismo também lançaram as bases reflexivas do movimento que eclodiria quase duzentos anos mais tarde.

Em termos objetivos, a AED pode ser definida simplesmente como “*the application of economic theory and econometric methods to examine the formation, structure, processes and impact of law and legal institutions*”⁵. (ROWLEY, 1989, p. 125).

Tome-se como exemplo a noção de custo-benefício que, extraída da Economia, tem larga aplicação no campo jurídico-institucional estatal. Com efeito, para Posner (2013, p. 609-610), dentre diversos significados e usos, o termo “análise de custo-benefício” pode denotar “*el uso del criterio de la maximización de la riqueza para evaluar los proyectos gubernamentales*”⁶ e, mesmo, a própria atividade de regulação governamental.

Outro mecanismo econômico de excelência viável no espectro jurisdicional é a *deterrence* – técnica de dissuasão – que propugna ser possível impedir a ocorrência de ilícitos pelo adequado cálculo de causalidade, havendo estudos que “sugerem que a devida sanção econômica é capaz de chegar ao resultado pretendido”. (DIAS, 2009, p. 28).

Há ainda dois princípios clássicos da teoria econômica que têm lugar garantido na AED, dado seu potencial em se constituir em balizas para a avaliação da eficiência dos sistemas jurídicos: a Superioridade de Pareto e o Critério de Kaldor-Hicks. Posner (2010, p. 105-110) esclarece quando ocorre o primeiro: “uma forma de alocação de recursos é superior a outra se

⁵ Em tradução livre: “A aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos para examinar a formação, estrutura, processos e impacto da lei e das instituições jurídicas”.

⁶ Em tradução livre: “O uso do critério da maximização da riqueza para avaliar os projetos governamentais”.

puder melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de ninguém”. Já o segundo, que diz também ser chamado de Superioridade Potencial de Pareto, “em vez de exigir que ninguém saia prejudicado por uma alteração na alocação de recursos, estabelece apenas que o aumento no valor seja suficiente para compensar plenamente os prejudicados”.

Por fim, mas não menos importante para essas linhas gerais de franca utilização dos instrumentos econômicos no contexto jurídico, não há como deixar de tangenciar o conceito de custos de transação e a teoria dos jogos.

Já foi acima mencionado o pioneirismo de Ronald Coase na análise econômica voltada às atividades não mercadológicas. Seus estudos trouxeram a lume a noção de que todas as relações sociais implicam custos de transação aos agentes envolvidos, os quais podem ser racionalizados e, em casos de desequilíbrio, demandam a regulação governamental.

Paradoxalmente, porém, a mitigação dos custos transacionais pela intervenção estatal igualmente tem custos, simbolizados pela movimentação da máquina pública⁷, ao que deve, por conseguinte, estar atento o sistema jurídico vigente, tanto do ponto de vista dos direitos sob tutela e da melhor alocação e distribuição dos recursos disponíveis para sua efetivação, bem assim quanto aos custos de sua própria atividade jurisdicional. Nessa senda, a seguinte passagem é de lapidar clareza:

It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decisions. Even when it is possible to change the legal

⁷ Como reflete Botelho, na introdução de trabalho que trata da análise jurimétrica da eficiência da atividade judicial dos Estados brasileiros pelo método *DEA*: “No período recente, o Brasil possui um sistema de administração judiciária bastante peculiar, o qual custa em torno de 1,14% do Produto Interno Bruto brasileiro em 2014 algo em torno de R\$ 63 bilhões, segundo dados do Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão e do Conselho Nacional de Justiça. É nesse sentido que se pode passar a questionar: Qual justificativa lógico-quantitativa poderia ser capaz de explicar a eficiência do sistema judicial brasileiro frente a tamanho nível de despesas públicas?” (BOTELHO, 2016, p. 140).

Quanto ao *DEA* – *Data Envelopment Analysis* ou Análise Envoltória de Dados –, consiste num “método matemático de programação linear em que a eficiência é medida pela relação do recurso (ou dos vários recursos utilizados no processo produtivo) e produto ou produtos resultantes” (REYMÃO; CEBOLÃO, 2018, p. 53). Segundo referidas autoras, a ferramenta, por sua própria concepção, pode muito bem ser usada no setor público, como de fato o vem sendo na análise da eficiência dos Tribunais de Justiça do país pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Em sua visão crítica, observam, por outro lado, que para além dos aspectos quantitativos da prestação jurisdicional objetivamente aferidos, “É preciso avançar para a construção de modelos que incluam variáveis ligadas a processos efetivamente solucionados, ou seja, com resolução de mérito. A análise precisa superar o enfoque interno do Poder Judiciário, que o considera mais eficiente quanto mais julga e de forma mais célere. É suficiente julgar mais, independentemente do resultado do julgamento, de sua correção técnica, da sua aptidão e dos seus efeitos na sociedade? Certamente não”. (REYMÃO; CEBOLÃO, 2018, p. 135).

*delimitation of rights through market transactions, it is obviously desirable to reduce the need for such transactions and thus reduce the employment of resources in carrying them out*⁸. (COASE, 1998, p. 19).

No que concerne à propalada teoria dos jogos, esta se baseia, *grosso modo*, no estabelecimento de estratégias entre indivíduos em situação de interação – o jogo⁹. Na hipótese, a tomada de decisões dos participantes em relação ao interesse em disputa, que pode se dar tanto em processos cooperativos como não-cooperativos¹⁰, irá visar sempre, em última análise, a antecipar o lance um do outro (MARINHO, 2005). Inegável, assim, que referida teoria, ao realçar os comportamentos racionais que advirão dos estímulos dados, deva ser estudada e engendrada na formulação normativa que instrui e lastreia os sistemas jurídicos, bem como na própria aplicação em concreto do Direito, de modo a antecipar (ou induzir) as reações dos jurisdicionados na forma de condutas desejáveis.

É o que Posner (2010, p. 4) considera como um corolário lógico:

Se a racionalidade não se restringe a transações estritamente mercadológicas, sendo, antes, um traço geral e dominante do comportamento social, então o aparato conceitual construído por gerações de economistas para explicar o comportamento mercadológico também pode ser usado para explicar o comportamento não mercadológico.

Essa racionalidade, entretanto, é ignorada em significativa parcela dos estudos do Direito. Assim, desperdiçando a valiosa oportunidade de se prever condutas em razão de incentivos identificados e controlados, culmina-se com que diversas especulações jurídicas não saiam do campo retórico e sejam verdadeiramente incapazes de operar no âmbito da realidade (DIAS, 2009).

⁸ Em tradução livre: “Por conseguinte, parece desejável que os tribunais compreendam as consequências econômicas das suas decisões e, na medida em que isso seja possível sem criar demasiada incerteza quanto à própria posição jurídica, tenham em conta estas consequências quando tomam suas decisões. Mesmo quando é possível alterar a delimitação legal de direitos por meio de transações de mercado, é obviamente desejável reduzir a necessidade de tais transações e, assim, reduzir o emprego de recursos ao realizá-las”.

⁹ Para Fiani (2009), o jogo é uma representação formal – uma modelagem – dessa interação dos agentes racionais. Obviamente que essa concepção exclui os jogos não estratégicos, de mera sorte.

¹⁰ Caso os jogadores possam ou não, respectivamente, estabelecer compromissos com garantias efetivas (Fiani, 2009).

Chega a ser impensável, no presente estágio de desenvolvimento científico, que não se abram vias para a efetiva mensuração da eficiência da alocação normativa, insistindo num modelo estéril de positivação dissociado da realidade. Na toada proposta pela AED, vislumbra-se que

A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços”. (COOTER; ULEN, 2010, p. 25).¹¹

Pinheiro e Saddi (2005) vão até mesmo ao ponto de conceber que, dado que o crescimento econômico invariavelmente se dá com lastro em instituições jurídicas fortes, essa necessária interação ajudaria inclusive a entender a diferença de desenvolvimento entre os diversos países. Bem a propósito, Dias (2018, p. 160) acrescenta que a importância contemporânea da Análise Econômica do Direito “deriva exatamente da necessidade de prever como as normas jurídicas operarão no âmbito das sociedades massificadas, globalizadas e plurais que marcam os nossos tempos. ”

Enfim, a AED, vez mais nas palavras de Posner (1989, *apud* COOTER; ULEN, 2010, p. 23):

Para mim, o aspecto mais interessante do movimento da associação entre direito e economia tem sido sua aspiração de colocar o estudo do direito sobre uma base científica, com uma teoria coerente, hipóteses precisas deduzidas da teoria e testes empíricos das hipóteses. O direito é uma instituição social de enorme antiguidade e importância e não vejo razão por que ele não deve ser acessível ao estudo científico. A economia é a mais avançada das ciências sociais, e o sistema judiciário contém muitos paralelos com os sistemas que os economistas têm estudado com êxito e se sobrepõe a eles.

Restando, pois, patente a congruência das teorias advindas das Ciências Econômicas com os propósitos das Ciências Jurídicas¹², passa-se ao estudo daquela que alinhava estes escritos: a Teoria da Regulação.

¹¹ De se ter em conta, portanto, como destaca Dias (2018, p. 158), que “A solução racionalmente eficiente, assim, é a que, em uma situação experimentada, é capaz de se justificar, segundo os parâmetros definidos pelo agente, como a que melhor reforça suas opções. ”

¹² Frase atribuída a Louis Baudin, um dos principais teóricos do neoliberalismo francês do último século, proclamava que o “Direito é uma cristalização da economia”. (CALIL, 2006, p. 111).

1.2 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DA TEORIA

Peltzman (2004), citando Joskow e Noll, leciona que, até o começo dos anos 1960, o que se concebia preponderantemente por Teoria da Regulação era a chamada Análise Normativa como uma Teoria Positiva¹³. Para tal formulação, a regulação seria tão somente o meio de minimizar ou mesmo eliminar as ineficiências derivadas das falhas de mercado.

Posteriormente, a teoria ganhou outros contornos e maior complexidade em sua abrangência, especialmente a partir de estudos realizados por Stigler, Posner, o próprio Peltzman e Becker (PELTZMAN, 2004).

Salomão Filho (2001), ao abordar as linhas iniciais da concepção teórica da atividade regulatória, o faz conferindo-lhe a mais ampla possível definição de escopo, resgatando, para seu melhor entendimento, as escolas clássicas sobre o tema: a Escola do Interesse Público e a Escola Neoclássica ou Econômica da Regulação, malgrado ressaltando que ambas seriam reducionistas e limitadas.

A primeira, a despeito da dificuldade em se estabelecer um conceito cientificamente válido de interesse público, buscaria, em traços gerais, o bem público através da intervenção do Estado. Já a segunda, que se coaduna com o modelo que se desenvolveu a partir de Stigler – como trazido à tona por Peltzman na menção supra – abarcaria diversas vertentes, mas sempre com um aspecto em comum: a negação do interesse público como pano de fundo e a incessante procura pela correção das falhas de mercado, sempre tendo em conta os interesses privados (SALOMÃO FILHO, 2001).

Como toda teoria em evolução, a Escola Neoclássica, paradoxalmente, deu azo a que o chamado neoclassicismo da Escola de Chicago, inicialmente através do pensamento de Posner, viesse justamente a criticar a impossibilidade de reprodução teórica do mercado, sendo o ideal, portanto, que este funcionasse por sua própria conta, suscitando que o melhor mesmo seria a desregulação ou a autorregulação (SALOMÃO FILHO, 2001).

Estabeleceu-se, assim, o debate norte-americano acerca do tema – em grande medida influenciador do caso brasileiro, ainda que em contextos totalmente diferentes –, em que se passou a refletir sobre a regulação frente a questões como separação dos poderes, preponderância (ou não) da eficiência administrativa e grau de independência dos agentes

¹³ Do inglês *Normative Analysis as a Positive Theory – NPT*.

reguladores. Nesse cenário, paralelamente à desregulação econômica, viu-se surgir diversas agências reguladoras de direitos até então não suficientemente amparados pela ordem jurídica estadunidense, tais como do consumidor, ambiental, trabalhista e à saúde e ao bem-estar (MATTOS, 2004).

O ideário da *deregulation*, contudo, jamais chegou a ser radicalmente implementado nos EUA, mesmo porque fracassada a maior parte das experiências nesse sentido, retomando-se um quadro de equilíbrio (ARAGÃO, 2006a).

Trata-se de seara, como sói acontecer em tantos temas polêmicos das ciências sociais, em que o pêndulo da história se mostra presente, vislumbrando-se, em cada local e momento histórico, o constante embate entre regulação e desregulação, para o que o meio-termo parece ser o caminho:

Luego de un lapso muy corto en que se postuló la libertad total del mercado (bajo el principio de “desregulación, desmonopolización, privatización”) se ha afirmado la tesis de una moderada dosis de intervencionismo estatal, hoy discretamente llamado regulación. Lo cual significa que no se regula todo ni siempre, sino que caso por caso, época por época, se determina si algo se somete a regulación y en caso afirmativo qué y cómo, por cuánto tiempo, etc.¹⁴ (GORDILLO, 2014, p. 303-304).

Há quem sustente, inclusive, que no Brasil o que se houve por desregulação¹⁵ – numa concepção genérica de diminuição do intervencionismo estatal (CARVALHO, 2003) – foi, em verdade, “uma re-regulação de diferente natureza” (RACHED, 2003, p. 147), já que a desestatização demandou uma compreensível forte presença inicial do Poder Público – não mais como agente direto, mas como regulador das respectivas atividades – dado o risco de um quadro de irrestrita liberdade (RACHED, 2003).

¹⁴ Em tradução livre: “Após um lapso muito curto em que se postulou a liberdade total do mercado (sob o princípio da ‘desregulamentação, desmonopolização, privatização’), foi afirmada a tese de uma dose moderada de intervencionismo estatal, hoje discretamente chamada de regulação. O que significa que nem sempre se regula tudo, mas caso a caso, a cada vez, se determina se algo está sujeito à regulação e, em caso afirmativo, o que e como, por quanto tempo, etc.”

¹⁵ No movimento verificado nos anos 1990, com a edição da Lei nº 8.031, de 12/04/1990, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização, a partir de quando começaram as privatizações e foram criadas as primeiras agências reguladoras.

1.3 FUNDAMENTOS DA REGULAÇÃO

O termo regulação apresenta, no contexto jurídico-econômico, mais de um sentido apropriável, sendo por isso mesmo tido como um instituto multifacetário (Aragão, 2006a).

Com efeito, tal hipótese de intervenção estatal tanto pode ter os objetivos diretamente econômicos que povoam o senso comum, quanto pode assumir a feição de mediação de situações outras, tais como ambientais, urbanísticas, de normalização e até de disciplina de profissões (SUNDFELD, 2006). Aragão (2006a) elenca, inclusive, outras atividades que podem ser confundidas com a regulação, tais como a regulamentação, o poder de polícia e a ordenação da economia.

No campo econômico, a CRFB/1988 deixou expresso o papel regulador do Estado:

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.

No outro polo (não necessariamente econômico, por assim dizer), o alvo da regulação seriam os próprios serviços públicos cuja prestação tenha sido delegada pelo Estado a particulares¹⁶, serviços esses que trazem consigo o condão de satisfazer as necessidades sociais, ainda que os mesmos tenham ou venham a ter conotação econômica para seus destinatários e/ou para seus prestadores. O desafio, nessa hipótese, é “conciliar a lógica privada do lucro com a prestação de serviços públicos, submetidos a um regime legal de Direito público”. (COUTINHO, 2002, p. 73).

Em definição ampla, abrangendo tanto a regulação econômica quanto a social, Di Pietro (2003, p. 30) estabelece que o instituto se trata do “[...] conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público”.

Na mesma linha, Justen Filho (2013, p. 679) fala em regulação econômico-social, tomando-a como “a atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos

¹⁶ Art. 175, caput, da CRFB/1988: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”.

Do ponto de vista normativo, a regulação supõe o uso da autoridade pública mediante instrumentos de coerção estatal os mais variados, da mesma forma que também pode assumir diversas feições institucionais para o atingimento de seu mister. As críticas ao sistema regulatório normalmente partem de sua visão positiva¹⁷, eis que vários riscos circundam a atividade, especialmente quanto à sua possível captura, como se verá no decorrer do trabalho.

Aragão (2006a) identifica três poderes inerentes à regulação: um primeiro, de editar regras; um segundo, de garantir sua aplicação e, um terceiro, de reprimir as transgressões. Tratam-se, pois, das funções normativa, coercitiva e sancionadora, respectivamente. No dizer de Tavares (2003, p. 351), abrangem a

produção normativa sobre o desenvolvimento de determinada atividade econômica, fiscalizar a prestação de serviços (especialmente os serviços públicos), aplicar sanções em decorrência da fiscalização e, por fim, sinaliza-se com a possibilidade de que as agências assumam a tarefa de dirimir conflitos entre particulares.

Tais aspectos serão analisados com maior vagar na seção seguinte, ao lado dos demais traços que denotam as agências reguladoras. Por ora, em que se revelam os fundamentos da Teoria da Regulação, deve ser ressaltada, como pontua Fiani (2004, p. 102), sua complexidade dependente “do contexto institucional específico e dos agentes que esse contexto admite como participantes do processo”. O que referido autor quer dizer é que, qualquer que seja o modelo ou escola de regulação que se considere, se for olvidado o imanente cenário institucional¹⁸, o

¹⁷ Keynes (1904, p. 34-35) fornece uma objetiva distinção entre as abordagens positiva e normativa do conhecimento: “[...] a *positive science* may be defined as a body of systematized knowledge concerning what is; a *normative or regulative science* as a body of systematized knowledge relating to criteria of what ought to be, and concerned therefore with the ideal and distinguished from the actual [...]. The object of a positive Science is the establishment of *uniformities*, of a normative science the determination of *ideals* [...]”. Em tradução livre: “uma ciência positiva pode ser definida como um corpo de conhecimento sistematizado sobre o que é; uma ciência normativa ou reguladora como um corpo de conhecimento sistematizado relativo aos critérios do que deveria ser e, portanto, preocupado com o ideal e distinto do real [...]. O objeto de uma ciência positiva é o estabelecimento de uniformidades, de uma ciência normativa a determinação de ideais [...]”.

¹⁸ Comentando a respeito da introdução da regulação no Brasil nos anos 1990, que acabou por ocorrer de modo concomitante (ou até posterior) à maioria das privatizações, Coutinho (2002, p. 74-75) vislumbra deficiência em referida reforma, destacando que a “construção de um arcabouço institucional anterior à privatização é insistentemente recomendada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em seus diversos estudos sobre reforma regulatória”. Aludindo a uma metodologia especialmente criada e voltada a países interessados em instituir sistemas regulatórios naquela década, o autor dispara que “é preciso, em primeiro lugar,

exame restará significativamente limitado, apresentando um quadro parcial incapaz de explicar o processo concreto.

A esse contexto em uma determinada nação, Levy e Spiller (1994, p. 205), seguindo North¹⁹ e outros, denominam dotação institucional (*institutional endowment*), conceito que compreenderia cinco elementos básicos: I – as instituições legislativa e executiva; II – a instituição judicial; III – os costumes e outras normas informais de aceitação geral; IV – o caráter dos interesses sociais concorrentes e o equilíbrio entre eles, incluindo o papel da ideologia; e V – as capacidades administrativas.

Ressaltam referidos autores, contudo, que os aspectos elencados estariam constantemente sujeitos a mudanças. Daí que o preciso delineamento desse ambiente institucional em que se dá (e que condiciona) a regulação acaba por não ser tão simples quanto pode parecer.

De fato, do vocábulo instituição é possível extrair uma ampla abstração conceitual, que comporta diversas facetas²⁰ apenas no âmbito da chamada Economia Institucional, consideradas as vertentes de sua evolução histórica. Esse entendimento será retomado quando for abordada, adiante, a questão da autonomia e independência das agências reguladoras.

1.4 AGÊNCIAS REGULADORAS

O modelo que se conhece hoje de Agências Reguladoras no Brasil foi claramente inspirado no desenho norte-americano que se instalou no pós-*New Deal*²¹, estruturado em

pôr em prática o novo regime regulatório para, em seguida, promover a reestruturação das companhias objeto de privatização, para só então privatizá-las de fato”.

¹⁹ Douglass Cecil North, economista estadunidense laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Albert Nobel de 1993. Em sua definição, “instituições são as regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, as restrições criadas para moldar a interação humana e assim gerar incentivos para ações de natureza política, social ou econômica. As instituições constituem elemento central do processo de desenvolvimento econômico. (NÓBREGA, 2009, p. 177).

²⁰ Cavalcante (2014, p.373), por exemplo, assim as classifica: “(i) instituições como regras do jogo; (ii) instituições como modelos mentais; e (iii) instituições como organizações”.

²¹ Implementado nos EUA entre 1933 e 1939, consistiu num “programa de recuperação da economia que, por meio de uma ampla reforma da administração pública daquele país, produziu o fortalecimento da administração federal”. (MATTOS, 2004, p. 13). Sunstein (2004, p. 203) ressalva, entretanto, que o crescimento das agências reguladoras norte-americanas se iniciou antes mesmo do *New Deal*, o qual, a despeito “de todo o seu caráter inovador, [...] não consistiu numa

agências com acentuado grau de autonomia, pretensa neutralidade e elevada qualificação técnica (BINENBOJM, 2006).

Quanto ao seu desiderato, Gomes (2006, p. 50) afirma que, nos Estados Unidos, “as agências reguladoras independentes foram concebidas para viabilizar precipuamente a ingerência do Estado nas atividades produtivas privadas de grande interesse público”. Segundo Aragão (2006a), essa foi exatamente a fase de maior intervencionismo estatal sobre a economia da história estadunidense.

Assim, seu foco inicial se ateve aos monopólios e aos problemas de concorrência no mercado norte-americano, passando, a partir dos anos 1960, quando a Escola Neoclássica da Regulação começou a preponderar no cenário econômico daquele país, a também se preocupar com questões relativas a consumidor, meio-ambiente e segurança dos produtos (CARVALHO, 2003)²².

De fato, como já exposto em seção precedente, na medida em que nos Estados Unidos o neoclassicismo da Escola de Chicago passou a questionar o modelo intervencionista – ainda que indireto – representado pelas agências, pugnando por uma maior liberdade ao mercado, tais estruturas aparentemente reinventaram seu escopo de atuação, tornando-se menos fechadas nas questões especificamente econômicas e não perdendo, dessa forma, sua importância institucional.

No Brasil, o movimento foi iniciado no início dos anos 1990, em contexto histórico, político, econômico e ideológico drasticamente oposto ao vivenciado pelos EUA do pós-*New Deal* (BINENBOJM, 2006). Com efeito, ao contrário de representarem maior intervenção estatal, as Agências Reguladoras brasileiras foram concebidas justamente no seio de um programa de redução do tamanho e da interferência direta do Estado, o já alhures mencionado Programa Nacional de Desestatização instituído pela Lei nº 8.031, de 12/04/1990, que trazia, em seu art. 1º, dentre outros objetivos fundamentais, o de “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público” e o de “permitir que a administração pública concentre seus esforços nas

mudança global abrupta; ele deveria antes ser visto como o auge de um conjunto de ideias com origens muito anteriores”.

²² Conforme já aventado no tópico 1.2 desta dissertação.

atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais”.

Dessarte, mostra-se claro que o advento das Agências Reguladoras foi parte de uma gestação que se iniciou a partir de referido programa, culminando com a chamada Reforma Gerencial de 1995 (BRESSER-PEREIRA, 2001), desde quando foram as mesmas paulatina e efetivamente criadas por leis específicas²³. Também por esse prisma de nova concepção de gestão pública, vê-se as diferenças entre referidas estruturas nas realidades brasileira e dos EUA:

no caso americano, o debate se travou sobre mais ou menos Estado, enquanto no Brasil a criação das agências reguladoras independentes remete ao debate sobre mais ou menos governo (ou mais ou menos política) e ainda sobre mais ou menos burocracia (e controles burocráticos). (PACHECO, 2006, p. 525).

Assim, se descabe uma análise descontextualizada da atuação de aludidas agências, por outro lado mostra-se evidente sua grande versatilidade em termos de finalidades e inserção institucional, já que, como visto, tanto podem, como em sua gênese nos EUA, se prestar a impingir um maior controle estatal – se este for o interesse perseguido e se o cenário inaugural for de ampla liberdade – quanto igualmente servem ao objetivo oposto, de redução da intervenção direta e controle equidistante da atividade econômica e dos serviços públicos, tal qual ilustra sua inserção na conjuntura brasileira.

De todo modo, interessa ao presente trabalho a exata compreensão das características, atribuições e poderes que ditos organismos ostentam no sistema jurídico-institucional pátrio, aspectos estes que serão cotejados, em seção posterior, com os correspondentes elementos constitutivos e de competência dos Tribunais de Contas, de modo a demonstrar a perfeita configuração destes como agentes reguladores da Administração Pública.

É o que se passa a fazer.

Leciona Barroso (2006) que as Agências Reguladoras²⁴ foram introduzidas no sistema político-jurídico brasileiro sob a forma de autarquias especiais. De fato, em todas as já

²³ Conforme elenca Mattos (1999), para ficar somente nas primeiras: A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), pela Lei nº 9.427, de 26/12/1996; a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), pela Lei nº 9.472, de 16/07/1997; a Agência Nacional do Petróleo (ANP), pela Lei nº 9.478, de 06/08/1997; e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), pela Lei nº 9.782, de 26/01/1999.

mencionadas leis de criação dos primeiros entes dessa natureza, consta a menção a referida característica e isso diz bastante sobre sua configuração, como fica explícito na precisa dicção do saudoso Hely Lopes Meirelles: “autarquia de regime especial é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns [...]” (MEIRELLES, 1993, *apud* BARROSO, 2006, p. 71).

Com efeito, são exatamente essas prerrogativas típicas e a autonomia ampliada que lhe marcam institucionalmente – não sem uma boa dose de críticas, como se verá.

Como sói acontecer com as classificações acadêmicas, estas derivam da percepção pessoal e dos critérios utilizados por cada estudioso acerca de um determinado assunto. Com as Agências Reguladoras – como não poderia ser diferente, até por suas intrínsecas nuances – ocorre o mesmo fenômeno.

Pela sua maior abrangência, adotar-se-á, para efeito de sistematização da caracterização de aludidos entes, a doutrina de Marques Neto (2005) como fio condutor. Com efeito, referido autor prefere a designação *Autoridades Reguladoras Independentes* para as Agências Reguladoras, justificando tal escolha terminológica por entender que dela melhor se extraem os três aspectos centrais de referidas instituições, quais sejam: I – órgãos públicos dotados de autoridade; II – destinados à função de regulação e III – imbuídos de independência.

Quanto ao ponto (I), assinala que as agências exercem com coercitividade – no uso de seu poder extroverso – função pública típica de Estado, não se confundindo, portanto, com mera atividade de Administração, até pela condição especial de que, como visto, são dotadas. O autor ressalva, entretanto, que a unilateralidade e a impositividade não são características da moderna regulação brasileira, ou seja, sua autoridade é essencialmente exercida de modo mais brando do que manda nossa tradição administrativa, para o que, observa, em muito contribui o fato de serem as Agências Reguladoras dirigidas por órgãos colegiados.

A propósito, Mattos (2002), ao discorrer sobre sua independência decisória, explica que esta deriva dos mecanismos garantidores de que foram cometidas as agências, tais como,

²⁴ Prova inequívoca de seu traço originário estadunidense é que as Agências Reguladoras não foram mencionadas, com essa exata denominação que lá ostentam, na CRFB/1988, que apenas alude à figura de um “órgão regulador” nas duas únicas hipóteses específicas já previstas em seu texto: das telecomunicações (art. 21, XI) e do petróleo (art. 177, § 2º, III). Para Marques Neto (2005), inclusive, a escolha do termo foi mesmo infeliz, tanto pela sua dificuldade de encaixe na tradição do direito pátrio quanto pela própria indefinição terminológica que sua origem acabou por ensejar.

justamente, a organização em conselhos deliberativos com mandato fixo para seus membros²⁵ – a salvo, portanto, de serem destituídos a qualquer tempo ao talante do chefe do Poder Executivo –, além da não previsão de recurso hierárquico de suas decisões²⁶ e, ainda, a inseparável autonomia orçamentária, financeira e administrativa.

A forma dessas decisões, a par da inexistência de regras uniformes para tanto, advém das leis de criação e organização das agências, sendo cediço, entretanto, que se valem essencialmente da colegialidade.²⁷

Quanto à função de regulação propriamente dita (II), Marques Neto (2005) a situa dentro de uma quadra que perpassa a amplitude dos poderes necessários ao seu desiderato, a

²⁵ Na forma da Lei nº 9.986, de 18/07/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras no âmbito federal, a escolha dos dirigentes de referidas autarquias passa, após a indicação e previamente à efetiva nomeação pelo Presidente da República, pela aprovação, mediante arguição pública, do Senado Federal, nos termos do art. 52, III, “F” da CRFB/1988 (circunstância que, *mutatis mutandis*, encontra simetria no âmbito dos demais entes federados, cabendo tal encargo às Assembleias Legislativas e às Câmaras Municipais, conforme o caso).

²⁶ Há que se registrar que parcela minoritária na doutrina especializada vislumbra a possibilidade de recurso hierárquico impróprio, sob determinadas circunstâncias extremas, em face das deliberações das agências, v.g. no caso destas usurparem competências tanto do Poder Legislativo quanto do Executivo (Guerra, 2005). A propósito, inclusive, a Advocacia-Geral da União (AGU) já expediu parecer em que reconheceu tal hipótese e, tendo referida manifestação sido ratificada pelo Presidente da República, tornou-se vinculativa à Administração Federal nos termos do art. 40, § 1º da Lei Orgânica da AGU (Lei Complementar nº 73, de 10/02/1993). Entrementes, a tese se mostra um tanto frágil, a par da ausência de suporte legal para se recorrer administrativamente das decisões emanadas das agências, justamente porquanto a defendida excepcionalidade somente poderia ser exercida diante do transbordamento de sua competência ordinária, para o que, dado o princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (CRFB/1988, art. 5º, XXXV), a provocação da instância judicial seria o caminho natural.

²⁷ Interessante relatório de avaliação e mensuração da regulação brasileira (em especial da governança regulatória nas indústrias de infraestrutura) foi publicado pelo Banco Mundial em 2006. Uma das dimensões abordadas por referido estudo foi justamente o processo de tomada de decisões das agências, a partir de uma pesquisa realizada junto a 21 delas, entre órgãos federais e estaduais, no ano de 2005. Dos quesitos investigados, chegou-se, em suma, às seguintes conclusões: As decisões colegiadas das agências, no mais das vezes, prescindem da necessidade de quórum qualificado e são tomadas por maioria simples. Não é usual, entretanto, a possibilidade de veto dos dirigentes máximos sobre as deliberações plenárias e também da obstrução por estes de processos distribuídos para julgamento, nada obstante essa distribuição não seja necessariamente aleatória dentre os relatores, mas, até mesmo em maior medida, feita por áreas de especialização ou por designação superior direta. As decisões são de ordinário documentadas por escrito, com exposição de sua fundamentação legal e técnica e, em menor grau de exigência, contendo ainda a jurisprudência utilizada (CORREA *et al.*, 2006). Apesar de ter obtido, à luz dos critérios adotados, a nota 3.2 numa escala de 0 a 4 – onde 4 significaria um nível bom de procedimentos para a tomada de decisões –, mostra-se evidente que muito havia a se progredir, àquela altura (e, muito possivelmente, ainda hoje), em termos formais e substanciais para o atingimento de satisfatórias transparência e segurança jurídica nas deliberações regulatórias no Brasil. Talvez até por força desse cenário desnudado, foi proposto em 2016, no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 52/2013, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados sob o nº 6.621/2016, que “Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras [...]”. Sobre referida proposição, por extremamente pertinente, melhor se falará ainda nesta seção.

capacitação técnica dos agentes reguladores, a permeabilidade da atividade à sociedade e a processualidade de seu mister.

No que tange aos poderes de que estão investidas as agências, assim os elenca: normativo, outorgante, fiscalizatório, sancionatório, conciliatório e recomendatório.

O poder normativo é descrito pelo autor como sendo o de editar comandos gerais, em complementação aos legais abertos e indefinidos, para o setor regulado. Deixando claro o produto dessa atividade, Cuéllar (2001, p. 126) anota que, ainda “que geral e abstrato, o regulamento é ato administrativo – e como tal deve ser emanado”. Mattos (2002), chamando tal mister de poder regulamentar, observa, entretanto, que o mesmo suscita polêmica doutrinária diante de preceitos basilares de nosso sistema jurídico, a exemplo da visão um tanto restritiva acerca da competência privativa do Presidente da República em expedir regulamentos²⁸.

O poder outorgante é de entendimento intuitivo, consistindo na prerrogativa de emitir atos autorizativos de determinadas condutas ou atividades pelo regulado, tais como as autorizações, licenças e concessões.

Já o poder fiscalizatório se confunde exatamente com a atuação central das Agências Reguladoras, de acompanhar, aferir e controlar a atuação dos regulados, de modo a viabilizar a implementação das estratégias traçadas pelas autoridades competentes e para tanto legitimadas.

Quanto ao poder sancionatório, também autoexplicativo e corolário lógico da efetividade do poder fiscalizatório, importa na condição de aplicar sanções pelo descumprimento das diretrizes e regramentos da regulação, a exemplo das advertências, multas e cassações dos atos de outorga²⁹.

²⁸ Pavani (2013) cita, como doutrinadora contrária ao amplo poder regulamentar das Agências Reguladoras, Maria Sylvia Zanella di Pietro. Em sentido oposto, elenca Marçal Justen Filho, Alexandre dos Santos Aragão, José dos Santos Carvalho Filho, Fernando Dias Menezes de Almeida e Celso Antônio Bandeira de Mello.

²⁹ Cumpre salientar, por pertinente, que há certa inquietação na doutrina quanto ao cabimento da aplicação de sanções diretamente pelo órgão regulador e não pelo poder concedente. Com vênua ao pensamento contrário, a hipótese ventilada parece carecedora de qualquer possibilidade operacional, dado trazer ao mister sancionatório um ator que não participa do processo fiscalizatório e, portanto, não saberia (no sentido de deter o processo de conhecimento) o que está sendo penalizado e o seu efetivo alcance. Ademais, isso implicaria a usurpação da autonomia e independência da respectiva Agência Reguladora, cujo escopo de atuação deve se dar em contornos lógicos e integrativos. A propósito, sublinha Moreira (2006): “A competência para aplicar sanções há de ser vinculada àquele que detém capacidade administrativa quanto à fiscalização das atividades desenvolvidas pelas pessoas privadas. A complexidade econômico-social dos setores regulados exige um apuramento técnico dos agentes administrativos. O conteúdo material da competência sancionatória tem relação imediata com a sua razão formal: saberá aplicar a sanção adequada aquele que maiores conhecimentos detiver e que mais interagir naquele setor específico (por exemplo, uma multa, ainda que elevada, pode ser irrelevante para uma empresa do setor de saúde ou bancário, ao contrário de uma suspensão de atividades ou publicidade quanto ao desvio constatado). [...]”

O poder conciliatório caracteriza-se pela possibilidade de mediar interesses no setor regulado e de realizar a composição de eventuais conflitos. Nesse contexto, a Agência Reguladora, pelo distanciamento que deve guardar de todas as partes envolvidas no processo, acaba por ter a legitimidade e aceitação geral indispensáveis a esse mister.

Por fim, o poder recomendatório é tratado por Marques Neto (2005, p. 61) como o “de o regulador subsidiar, orientar ou informar o poder político, recomendando medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas”.

Cuidando da capacitação técnica – segunda vertente de respaldo à atividade regulatória –, Marques Neto (2005, p. 62) entende que se trata de verdadeiro requisito para sua legitimação, dado que “quanto mais capacitada tecnicamente for a agência, menor será a assimetria de informação em relação ao regulado”, vislumbrando, ainda, dois momentos dessa capacitação: a primeira, na criteriosa seleção dos agentes e a segunda, na permanente atualização das bases informacionais e cabedal técnico.

Quanto ao terceiro vetor da função regulatória – a permeabilidade à sociedade –, Marques Neto (2005) advoga que esta é pressuposto do sucesso da atividade, na medida em que possibilita o diálogo franco e permanente tanto com os sujeitos regulados quanto com os potenciais beneficiários da regulação.

Trata-se, indubitavelmente, do salutar controle sobre quem controla, trazendo os atores sociais, em última análise, para essa imprescindível integração, num franco exercício de *accountability*³⁰. Na mesma linha, Coutinho (2002) pontua que a atividade regulatória deve primar por vias eficazes de comunicação com o destinatário do serviço público, até mesmo como prevenção à ocorrência de sua captura. Mattos (2002) pondera, entretanto, que o controle social somente será efetivo se o aparato jurídico-institucional necessário estiver disponível, de modo, por exemplo, que a fundamentação das decisões das agências possa ser amplamente discutida pela sociedade civil.

Logo, à agência reguladora independente deve ser reservada a competência para aplicar as sanções administrativas que a lei lhe atribuir. A atribuição dessa competência a um terceiro implica coarctar a razão de ser de entidades independentes – subtraindo do regulador um dos mais importantes momentos do ciclo regulatório”.

³⁰ Termo com grande carga de significação, mas de difícil e impreciso traslado, talvez tenha encontrado sua melhor compreensão como “responsabilidade com dever de prestação de contas” ou simplesmente “responsabilização”, na tradução de Maria Brant para a obra de Alan Blinder (ROCHA, 2002, p. 40).

O quarto e último ponto de observância compulsória pelas agências reguladoras, na dicção de Marques Neto (2005), é a processualidade da regulação, na justa acepção de devido processo legal substantivo, que subentende estabilidade nas relações entre regulador e regulado, mediante o fiel cumprimento de ritos e procedimentos claros e efetivas salvaguardas aos direitos e garantias em jogo.

No que concerne à independência (III), terceiro pilar de sustentação das agências reguladoras concebido pelo autor, já foi dito acima que é fator preponderante ao exercício da autoridade, já que seria por demais ingênuo supor efetividade nas deliberações de tais entes se dependentes de quem quer que fosse para, *v.g.*, seu próprio custeio.

Assim é que a independência é o garante que mantém o regulador equidistante dos interesses dos regulados, dos beneficiários da regulação e do próprio poder político, criando um ambiente de refratariedade às pressões (ainda que não necessariamente indevidas) de todos os lados, as quais certamente afetariam a neutralidade da atuação regulatória³¹. É o que Mattos (1999, p. 81-82) chama de “independência real”, adquirida, para além das disposições legais, a partir do “relacionamento entre a agência, o Governo e a indústria regulada, além da escolha qualificativa do seu corpo técnico, com a aplicação e disponibilidade de recursos para o seu funcionamento”.

Quanto à incolumidade em relação ao sujeito à regulação, mecanismo necessário a esse intento é a quarentena, sem a qual “a possibilidade de o agente regulador passar, de inopino, a ocupar posição de relevo no regulado, coloca seriamente em risco a independência do órgão”. (MARQUES NETO, 2005, p. 69).

No que concerne aos beneficiários da regulação, o chamado por Marques Neto (2005, p. 70) “populismo regulatório”, em que o regulador se coloca como um incondicional promotor dos interesses daqueles, tende a trazer efeitos deletérios à própria sociedade, que arcará, ao final, com os custos decorrentes de uma atuação desequilibrada e desnaturante de todo o sistema.

³¹ Como reflete Mendes (2006, p. 131): “Identificamos no interior do processo decisório das agências ao menos três tipos de interesses em jogo: o interesse do próprio Estado, o interesse das empresas concessionárias e o interesse dos usuários. Desvelar qual destes é atendido numa decisão concreta da agência é de fundamental importância para não nos curvamos à enunciação de um interesse público genérico. Terá legitimidade democrática, portanto, a agência que der canais de representação a cada um destes interesses”.

Em relação ao núcleo político, extrai-se do aventado em passagem anterior do presente trabalho que a independência das Agências Reguladoras retira respaldo de sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária, sem a qual não há que se falar em atividade reguladora independente – ou seja, exercida por dirigentes detentores de estabilidade de mandato³² e sem controle hierárquico.

A respeito, Marques Neto (2005, p. 77-78) é incisivo: “A pior captura que pode acometer uma agência é aquela de engessar suas funções por falta de meios adequados ao seu exercício, transformando-a num simulacro”.

Cumpre, nessa etapa, tecer algumas linhas sobre a celeuma que a independência das Agências Reguladoras suscita no meio especializado. Ora, seria tal circunstância incompatível com o princípio democrático? Em outras palavras, há carga de representatividade suficiente em tais organismos para fazer frente aos desígnios de governos legitimamente eleitos? Até que ponto não se cria um paradoxo no sistema político-institucional a presença de estruturas que, a par de exercerem funções, como visto, de Estado, não necessariamente comungam com ou, melhor dizendo, se submetem à ordem estabelecida pelos escolhidos em sufrágio popular? O excesso de autonomia a elas conferido gerou uma figura anômala em nosso ordenamento?

Pois bem. De pronto, deve ser estabelecido que não há na doutrina, em absoluto, quem defenda que as Agências Reguladoras se postem ao largo de limites. Sejam os impostos pelas próprias leis de criação³³, sejam os inerentes ao sistema jurídico como um todo, certo é que devem haver – e efetivamente existem – contensões viabilizadas por esferas diversas de competências que intentam garantir que aludidos entes se encaixem perfeitamente em nosso

³² Para Sundfeld (2006, p. 24), “na realidade, o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes”.

De outra banda, pondera Melo (2008, p. 18) que, para além dos mandatos fixos e desencontrados com os dos chefes do Executivo, “requisitos de *expertise* e de vedação da ocupação de cargos de direção por políticos são essenciais por impedirem a politização do órgão regulador”. Esse aspecto será também adiante enfrentado em relação aos Tribunais de Contas, no tópico que irá tratar sobre as propostas legislativas para aperfeiçoamento do sistema de controle externo da Administração.

³³ O que pode ser entendido num contexto mais amplo de controle exercido pelo Parlamento, a começar pela produção da norma instituidora do ente regulador, sem olvidar do disposto no art. 49, X da CRFB/1988, que dispõe ser competência exclusiva do Congresso Nacional “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

figurino democrático-republicano³⁴, caso dos controles exercidos pelo Poder Judiciário, pelos Tribunais de Contas e, como dito em linhas anteriores, pela sociedade civil organizada³⁵.

Quanto ao Judiciário, já se mencionou nesta seção a ele caber a ampla, geral e irrestrita revisibilidade da legalidade e constitucionalidade dos atos regulatórios. Não se cogita, todavia, como cedição, de imiscuição no mérito administrativo da atuação em si, pautada que esta deve estar pelo juízo de proporcionalidade, conveniência e oportunidade, em consonância com as políticas públicas tuteladas. Justen Filho (2002, p. 590) bem esclarece esse alcance:

[...] o ato produzido pela agência, ainda quando apto a produzir efeitos abstratos e gerais, continua a se qualificar como ato administrativo. [...] O controle jurisdicional não pode invadir aquele núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade. Mas o respeito a esse núcleo de mérito não significa sequer impossibilidade de questionamento e exame. [...] É possível invalidar a decisão administrativa quando se evidencie ter sido adotada sem as cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico-científico.

No que toca ao aspecto dos atos de gestão, é intuitivo que as Agências Reguladoras, como unidades do Poder Público que são e que, portanto, manejam recursos do erário, se submetem ao crivo do controle externo da Administração exercido pelos Tribunais de Contas. Em linha semelhante à da atuação do Poder Judiciário, sabe-se que esse controle também não invade, de ordinário, o mérito da atividade de regulação em si, atendo-se, *a priori*, aos aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade em sua fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da agência jurisdicionada. Não se desconhece, entretanto, que existem atos regulatórios que podem influenciar as contas públicas, a exemplo de decisões acerca do reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de serviços públicos. Em casos desse jaez, autores há que defendem a atuação dos Tribunais de Contas, dados os reflexos decorrentes no Tesouro. (ARAGÃO, 2006a).

³⁴ A respeito, sopesa Justen Filho (2002, p. 584) que a autonomia não se traduz em ausência de controle; ao revés, “a concentração de poderes discricionários em estruturas organizadas com critérios de autonomia tem de ser acompanhada do desenvolvimento de instrumentos político-jurídicos de controle e limitação”.

³⁵ Apesar de muito difundida, a expressão *sociedade civil organizada* é, no mais das vezes, usada sem maior reflexão sobre seu alcance. Viana (2003, p. 29) a ela atribui o sentido de “mediação burocrática entre sociedade civil e estado”.

Exsurge, portanto, satisfatoriamente bem resolvido o equacionamento entre a independência orgânica e administrativa das Agências Reguladoras e seus matizes de controle, permitindo que se afiance o acerto do modelo estabelecido.

Há que se registrar, no entanto, que existem vozes que identificam no modelo concepcional de garantes de referidas estruturas certa incongruência com cânones de nosso sistema político-jurisdicional. Grau (2002, p. 28), por exemplo, questiona a compatibilidade com o regime presidencialista do critério de mandato fixo com estabilidade dos corpos diretivos das agências, considerando “ser absurda a ideia de que os dirigentes de autarquias seriam titulares de direito a serem mantidos em seus cargos além de um mesmo período governamental, o que, na expressão de Celso Antônio, consubstanciaria uma fraude contra o próprio povo”.

Nessa mesma toada de eventual mitigação ou até mesmo de usurpação do papel constitucional reservado à figura do Presidente da República, também já se comentou há pouco que o próprio poder normativo ou regulamentar das agências é questionado por parcela (ainda que minoritária) da doutrina, que o entende incabível.

Retomando o flanco trilhado por Eros Grau, é importante que se investigue se a impossibilidade de disposição *ad nutum* dos cargos máximos das Agências Reguladoras de fato retiram do chefe do Executivo, eleito democraticamente para conduzir os destinos da nação, o livre exercício e concretização de sua agenda política.

Justen Filho (2003) faz interessante reflexão a propósito, iniciando por colocar em xeque a noção tradicional de democracia, aduzindo a ausência de um modelo único ou padronizado que lhe dê sentido e pugnando pela diversidade das hipóteses de legitimação democrática. Rechaçando de pronto a via única da eleição popular para tanto – o que entende por limitada, insuficiente e inadequada –, aponta que o formato delineado para as Agências Reguladoras as coloca num plano de salvaguarda do próprio sistema de freios e contrapesos, já que amplia o rol de instituições que se mostram refratárias ao âmbito de influência direta dos governantes eleitos, tal qual se passa com o Poder Judiciário, o Ministério Público e os Tribunais de Contas³⁶.

Na linha da incredulidade, Gomes (2006, p. 49) demonstra preocupação com a questão da legitimidade democrática das agências em face do frágil quadro institucional brasileiro,

³⁶ Sem perder de vista, por óbvio, que a comparação se faz em termos, já que as Agências Reguladoras não são órgãos independentes do Poder Executivo, mas estruturas estatais que atuam com independência e autonomia.

grassado pelo “artificialismo de muitas das nossas instituições, da apatia do povo em face das opções políticas fundamentais que lhe afetam e da precariedade dos diversos mecanismos de controle previstos no nosso ordenamento jurídico”.

Na esteira de Justen Filho, entretanto, Aragão (2006b) traz à berlinda uma revisitada Teoria dos Poderes Neutrais³⁷, pela qual busca dissipar a perplexidade que entes infensos ao processo político-eleitoral possam causar no tocante à sua legitimidade democrática. Para tanto, leciona que, ao lado dos órgãos de soberania popular exaltados pela Revolução Francesa, foi necessário, num aperfeiçoamento institucional da moderna visão estatal com vistas a viabilizar um salutar controle e equilíbrio nas relações, a criação de estruturas dotadas de autonomia de gestão e independência funcional – os poderes neutrais do Estado –, a exemplo das Cortes Constitucionais, os Tribunais de Contas e as Agências Reguladoras, as quais, a par de uma natural escala variável de autonomia entre elas, teriam como características comuns o caráter não eletivo de seus titulares, a natureza substancialmente técnica de suas funções e a ausência de subordinação hierárquica em ordem de propiciar um exercício imparcial de seus misteres.

Em arremate, Aragão (2006b, p. 18) anuncia, então, que os poderes neutrais do Estado,

longe de serem antinômicos à democracia em razão da possibilidade de contradição com as forças políticas majoritárias, asseguram o pluralismo no seio do Estado sem retirar totalmente os poderes do Chefe do Poder Executivo e do Poder Legislativo. São, assim, uma feliz combinação do pluralismo (propiciado por sua autonomia “reforçada”) com o princípio majoritário (os vínculos que mantêm com o Poder Legislativo e com a Administração central).

Assim, feita essa necessária digressão quanto à legitimação democrática das Agências Reguladoras – instituições autônomas e independentes que são –, tem-se, como já sobejamente empenhado no presente trabalho, que trata-se de equacionamento facilmente realizável com o efetivo exercício do controle político, jurídico e social sobre suas atividades, em todos os seus desdobramentos possíveis, hipótese em que “os controles serão menos uma ameaça que instrumentos de fortalecimento institucional e preservação do espaço próprio de autonomia dos entes reguladores”. (BINENBOJM, 2006, p. 110).

Por fim, dando contornos definitivos a esta seção, não se poderia deixar de traçar algumas linhas sobre a proposta legislativa ora em trâmite no Congresso Nacional que pretende

³⁷ Explica o autor que a “Teoria dos Poderes Neutrais não é nova, devendo grande parte da sua construção a BENJAMIN CONSTANT e a CARL SCHMITT”. (ARAGÃO, 2006b, p. 18).

introduzir representativas modificações na organicidade das Agências Reguladoras brasileiras, especialmente do ponto de vista do fortalecimento de sua autonomia, do aperfeiçoamento do processo decisório e do incremento da transparência e da participação social.

Trata-se do Projeto de Lei nº 6.621/2016³⁸, atualmente em discussão na Câmara dos Deputados, cuja iniciativa coube ao Senado Federal, através da proposição lá tombada sob o nº 52/2013. O projeto dispõe “sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras [...]”, sendo chamado, dada sua larga abrangência, de *Lei Geral das Agências Reguladoras*.

De fato, ao revogar diversos dispositivos e alterar outros mais das leis de criação e também da Lei nº 9.986, de 18/07/2000, que cuida especificamente da gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, a proposta ganha ares renovadores na conformação de referidos entes – na medida em que consolida alguns aspectos já fartamente explorados pela produção doutrinária –, sendo, à luz de seu texto original, um representativo avanço (*de lege ferenda*) no desenho jurídico-institucional regulatório brasileiro³⁹.

Com efeito, logo no primeiro capítulo do projeto, dedicado ao processo decisório das agências, finca-se a observância entre meios e fins em suas atividades, a colegialidade e a motivação de suas decisões, a publicidade das reuniões e, ainda, a instituição da figura da Análise de Impacto Regulatório (AIR), que deverá preceder, juntamente com a consulta pública, a edição e a alteração dos atos normativos de interesse geral.

Já no segundo capítulo, que trata da prestação de contas e do controle social, reitera-se o exercício do controle externo, via Tribunal de Contas, sobre as agências, a exigência da elaboração de relatório de atividades e plano de gestão (contendo a agenda regulatória) anuais,

³⁸ O texto integral e original da proposta consta do Anexo I da presente dissertação. Advirta-se, contudo, que o mesmo já passou por diversas modificações mediante emendas e substitutivos apresentados e aprovados na Comissão Especial que aprecia a matéria, não havendo, todavia, até a conclusão deste trabalho, sido levado ao soberano Plenário. A tramitação completa pode ser acompanhada em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

³⁹ Um rearranjo regulatório de maiores proporções já havia sido tentado em 2004, por iniciativa do então Presidente da República, através do Projeto de Lei nº 3.337/2004. Referida proposição (que foi, contudo, retirada pelo Poder Executivo em 2013), a par de sua relativa correspondência com a substância do projeto atual, continha, por outro lado, uma disposição em particular tida como mitigadora do poder originalmente conferido às Agências Reguladoras. Com efeito, a pretexto de firmar com maior precisão a fronteira entre os entes formuladores das políticas públicas e os responsáveis pela regulação econômica, deslocava-se a prerrogativa de outorga e desenho dos contratos de concessão das agências para os correspondentes Ministérios. (PEREIRA NETO; CORREA, 2006).

além de plano estratégico quadrienal. Além disso, estabelece que haverá, em cada Agência Reguladora, uma Ouvidoria atuando sem subordinação hierárquica.

Na sequência, os capítulos III a VI cuidam ainda da interação e articulação das agências entre si e com os órgãos de defesa da concorrência, do consumidor e do meio ambiente.

Em seu derradeiro capítulo VII, que traz as disposições finais e transitórias, o projeto dispõe também sobre os mandatos dos diretores das agências, que passariam a ser de 5 (cinco) anos, não coincidentes e com vedação de recondução, com os candidatos submetidos a processo público de pré-seleção para formação de lista tríplice a ser enviada à escolha do Presidente da República e posterior submissão à aprovação do Senado⁴⁰.

Não restam dúvidas, assim, que se trata de proposição alvissareira, especialmente ao reforçar aspectos tão caros de governança e *accountability* das Agências Reguladoras. De se ver, porém, se chegará realmente a vingar.

⁴⁰ Digno de nota é o apoio que a proposta recebeu do Fórum dos Dirigentes das Agências Reguladoras Federais, que defende sua aprovação de modo a tornar a função regulatória mais transparente, eficiente e socialmente controlada, conforme notícia publicada em 04/05/2018 no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/556881-DIRIGENTES-DE-AGENCIAS-REGULADORAS-APOIAM-ATUAL-VERSAO-DA-PROPOSTA-DE-NOVA-LEI-GERAL.html>. Acesso em 28 jul. 2018.

2 O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

O art. 34, VII da vigente Constituição Federal elenca os chamados pela doutrina princípios constitucionais sensíveis⁴¹, os quais, por seu intrínseco relevo e mesmo a julgar por sua topografia – no seio de um dos capítulos que formam o *Título III – Da Organização do Estado* –, de fato “constituem o fulcro da organização constitucional do País”. (SILVA, 2005, p. 612).

Dentre tais princípios, está o da “prestação de contas da administração pública, direta e indireta”. Trata-se de postulado com tamanha envergadura que sua inobservância no âmbito dos Estados e do Distrito Federal autoriza a intervenção da União.

E é a própria CRFB/1988 que, ao tratar, já no *Título IV – Da Organização dos Poderes, Capítulo I – Do Poder Legislativo, Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária*, de forma ampla e generalizada sobre o tema prestação de contas de recursos e bens públicos, dispõe, a teor do art. 70 e seguintes, ser exatamente daquele Poder tal obrigação, mediante controle externo⁴² exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas. É do que se ocupará a seguir.

2.1 DESENHO CONSTITUCIONAL E TITULARIDADE DO CONTROLE

O controle externo da Administração é encargo constitucional que se assenta, na verdade, em paralelo à função precípua do Parlamento, que é justamente a feitura do escopo normativo que irá balizar a atuação do Poder Executivo, este entendido como titular típico da concretização das ações de governo.

Num cenário idealizado de concreção constitucional, o acompanhamento *pari passu* das ações executivas permitiria ao Legislativo, em última análise, um privilegiado controle do

⁴¹ Na lição de José Afonso da Silva, são sensíveis “no sentido daquilo que é facilmente percebido pelos sentidos, daquilo que se faz perceber claramente, evidente, visível, manifesto; portanto, princípios sensíveis são aqueles clara e indubitavelmente mostrados pela Constituição, os apontados, enumerados. São sensíveis em outro sentido, como coisa dotada de sensibilidade, que, em sendo contrariada, provoca reação [...]”. (SILVA, 2005, p. 612).

⁴² A rigor, a CRFB/1988 alude, no referido art. 70, também ao “sistema de controle interno de cada Poder” como estrutura legitimada ao exercício da fiscalização lá referida. Entrementes, como o foco do presente trabalho é o controle externo da Administração, deixar-se-á de tecer maiores comentários sobre tal competência, sem embargo do reconhecimento de seu relevante papel, inclusive como apoio à missão institucional do controle externo, *ex vi* do art. 74, IV da própria Carta.

alcance e da efetividade de sua própria atuação legiferante, enquanto organismo propiciador de transformações sociais.

Contudo, é inegável a deletéria tendência de algumas casas legislativas brasileiras de relegar o controle externo a um plano meramente residual e pró-forma, abdicando dessa cada vez mais relevante competência.

Some-se a isso o elevado descrédito na classe política a que infortunadamente chegou a sociedade brasileira – o que parece atingir de forma mais contundente o Legislativo – com a população mostrando-se refratária a iniciativas advindas daqueles que deveriam sempre ser reconhecidos como seus legítimos representantes.

Abstraindo-se, todavia, esse aspecto conjuntural, certo é que o Poder Legislativo, como instituição, é o constitucional detentor do controle externo da Administração Pública brasileira, múnus que, como visto, quis o arranjo fundamental pátrio que fosse exercido com o auxílio técnico dos Tribunais de Contas.

2.2 OS AGENTES DE EXECUÇÃO DO CONTROLE: TRIBUNAIS DE CONTAS

Como cediço, a forma de acesso às Casas Legislativas, pelo sufrágio universal, não se compatibiliza, num contexto democrático, com qualquer exigência ou restrição – salvo a de elegibilidade – em termos de prévia formação acadêmica ou experiência profissional para que o representante popular cumpra seu mandato, o que, se por um lado não se constitui absolutamente num defeito em si (muito ao contrário, pois possibilita o acesso a cargos políticos de verdadeira parcela amostral da sociedade), supõe, por outro lado, a imprescindibilidade de todo um arcabouço técnico que possibilite ao Legislativo a se desincumbir da complexa função de fiscalização que lhe cabe.

Nesse sentido, a solução brota da própria Constituição, que estabelece, em seu art. 71, *caput*, que “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União [...]”. Em seu art. 75, a CRFB/1988 estende, por simetria, tal modelo aos demais entes federados.

Assim, para o pleno exercício do controle externo, o Poder Legislativo se vale dos Tribunais de Contas, que são as cortes administrativas especializadas na auditoria das receitas e despesas públicas.

Na União, a respectiva Corte de Contas é integrada por nove membros, que recebem a denominação de Ministros (art. 73 da CRFB/1988) e, nos Estados, por sete, chamados de Conselheiros (art. 75, § 1º da Lei Magna). Além de referidos componentes titulares, estabeleceu a Constituição Federal a existência dos Auditores, em número variável de acordo a legislação de regência de cada Tribunal, cujas atribuições são, essencialmente, de judicatura de contas e, em substituição, as mesmas de Ministros e Conselheiros, conforme o caso. Por essa razão, aludido cargo passou a receber também a denominação de Ministro-Substituto no TCU (por força da lei nº 12.811, de 16/05/2013) – que melhor corresponde ao seu mister (LIMA, 2018) – o que vem sendo igualmente reproduzido nos Estados, com a adoção da nomenclatura de Conselheiro-Substituto.⁴³

A par, todavia, de sua longa existência, tem-se que as Cortes de Contas ainda são desconhecidas de grande parcela da sociedade.

Traçando, pois, um breve mas necessário histórico acerca de aludidas estruturas, eis que foi somente com o advento da primeira Constituição da República, de 1891, que foi criado no Brasil um órgão específico incumbido da atividade de controle externo da Administração (SILVA, 2004). Assim, com previsão expressa no artigo 89 daquela Carta, nascia o Tribunal de Contas da União: “É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”.

De lá para cá, a atividade evoluiu bastante, passando da originalmente mera liquidação de contas para a execução orçamentária (pela Constituição de 1934) e agregando, na Carta de 1946, a fiscalização financeira. O patamar de competências hoje experimentado, todavia, só foi alcançado com a Constituição de 1988 (HOEMKE, 2015).

E por que a gênese de tão importante Corte somente se deu com a Proclamação da República? Poder-se-ia dizer que por nenhuma razão especial, que por força pura e simples do decurso do tempo que propiciou um amadurecimento natural do assunto. Para Britto (2001, p. 10-11), contudo, o prestígio conferido ao controle externo teria sido decorrente do princípio republicano, já que

[...] numa República, impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos, assim do prisma da decisão como do prisma da gestão. [...] É essa responsabilidade jurídica

⁴³ No Estado do Pará, por exemplo, a alteração foi processada através da Emenda Constitucional nº 64, de 09/09/2015, publicada no Diário Oficial do Estado de 02/10/2015.

pessoal (verdadeiro elemento conceitual da República enquanto forma de governo) que demanda ou que exige, assim, todo um aparato orgânico-funcional de controle externo. E participando desse aparato como peça-chave, os Tribunais de Contas se assumem como órgãos impeditivos do desgoverno e da *desadministração*. (grifo do original).

Fato é que, como leciona Albuquerque (2007), por todo o mundo se observa, na atualidade, organismos nacionais de controle externo da Administração, normalmente vinculados ao Legislativo e estruturados em dois modelos básicos: um primeiro, conhecido como sistema francês, de órgão colegiado com função judicante, sob a forma de Tribunal, adotado, dentre França e outros países, por Brasil, Alemanha, Bélgica, Espanha e Portugal; e outro, no formato de órgão singular, como Auditoria ou Controladoria-Geral e sem função judicante, típico de nações de cultura anglo-saxônica como Reino Unido, Canadá, Estados Unidos e Austrália.

De se atentar, por relevante, que o traço que lhes identifica no Brasil, como “auxiliares” do Poder Legislativo, não faz dos Tribunais de Contas órgãos subalternos ao Parlamento, mas, sim, colaboradores funcionais daquele. Entender o contrário, como salienta Maranhão (1993, p.260), “seria negar sua natureza e destino de instituição autônoma. Sem essa independência, que é de sua própria substância, ele não poderia atingir suas finalidades”.

Como sinais inequívocos de sua autonomia, ostentam os Tribunais de Contas competências peculiares, independentes das do próprio Legislativo, diretamente outorgadas pelas Constituições dos respectivos entes federados, além de que não cabe, de suas decisões, recurso hierárquico a nenhuma outra instância, sendo o Plenário soberano em suas deliberações.

Outro não é o entendimento de Britto (2001, p.3) a respeito, indo até mesmo além de asseverar que o TCU não integra o Congresso Nacional e que não lhe é subalterno, para aduzir, expressamente, que aquela Corte

se posta é como órgão da pessoa jurídica União, **diretamente**, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II. (grifo do original).

Trata-se, inequivocamente, de instituição que se conforma, como já visto anteriormente no presente trabalho, como um dos poderes neutrais do Estado, o qual, em absoluto não se confunde com os Poderes oriundos da tripartição proposta por Montesquieu,

mas posta-se sim como órgão constitucionalmente autônomo, dotado de deveres e prerrogativas inerentes ao seu mister.

Tal esclarecimento se faz necessário na medida em que, inobstante os Tribunais de Contas e o Poder Legislativo – este enquanto na função fiscalizatória – persigam o mesmo intento, a autonomia e independência entre as duas instituições é condição para o próprio exercício de suas atribuições, vez que, mesmo sendo órgãos de controle da Administração, a esta, *lato sensu*, não deixam de pertencer, pelo que devem também ter suas próprias contas submetidas a julgamento.

Quanto à natureza de sua atuação, é basilar que, não sendo os Tribunais de Contas órgãos exercentes da função jurisdicional típica do Estado – privativa do Poder Judiciário – mas, sim, Cortes eminentemente político-administrativas⁴⁴, suas decisões, apesar de suporem o devido processo legal, contemplando sobretudo o contraditório e a ampla defesa, são de cunho tipicamente administrativas.

Nem por isso, no entanto, devem falecer de plena eficácia. Do ponto de vista institucional, aos Tribunais de Contas cabe, por exemplo, verificando a ocorrência de ilegalidades em atos administrativos de seus jurisdicionados, assinar prazo para que estes adotem as providências de correção legal, sob pena de sustação (art. 71, IX e X da CRFB/1988). Já em termos de implicações pessoais, as Cortes de Contas podem, na forma das leis orgânicas que as regem⁴⁵, representar sérios gravames a quem seja por elas condenado, tais como fixação de débitos, cominação de multas, inabilitação para exercício de cargos em comissão e funções de confiança e arresto de bens, sem contar o talvez mais apavorante de seus efeitos: a inelegibilidade determinada pela Lei Complementar nº 135, de 04/06/2010 (que alterou a Lei Complementar nº 64, de 18/05/1990) – a chamada *Lei da Ficha Limpa* – aos que tenham, nas hipóteses que menciona, suas contas rejeitadas.

Quanto a esses poderes jurisdicionais específicos, retomar-se-á adiante no anunciado cotejo com aqueles atribuídos às agências reguladoras.

⁴⁴ Entendendo-se, aqui, o vocábulo “político” como designador de regime jurídico preponderantemente constitucional.

⁴⁵ Toma-se, aqui, como referencial a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443, de 16/07/1992).

2.3 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Como outro ator do sistema de controle externo da Administração, previu nosso ordenamento constitucional – especificamente no art. 130 da CRFB/1988 – a existência de um *Parquet* especializado com atuação exclusiva e privativa perante os Tribunais de Contas: o Ministério Público de Contas, o qual se mostra tão ou até bem mais desconhecido do grande público que as próprias Cortes de Contas.

A rigor, nem se trata exatamente de órgão novo, já que seus precedentes históricos remetem à própria criação do primeiro Tribunal de Contas no Brasil. De fato, como historia Cheker (2009), na regulamentação do alhures citado art. 89 da Constituição de 1891, dada pelo Decreto nº 1.166, de 17/12/1892, já lá estava o Ministério Público especial, que, àquela altura, curiosamente compunha o corpo deliberativo da Corte como um de seus cinco membros.

Posteriormente, o Decreto Legislativo nº 392, de 08/10/1896, afirmou sua competência, conferindo-lhe o papel de guardião da observância das leis fiscais e dos interesses da Fazenda perante o Tribunal, opinando verbalmente ou por escrito em todos os papéis e processos sujeitos à decisão da Corte.

Foi, entretanto, ainda no ano de 1896, através do Decreto nº 2409, de 23 de dezembro – que regulamentou o Decreto Legislativo nº 392 – que se deu viço à elevada dimensão do Ministério Público de Contas, já se distinguindo, àquela altura, a importante trajetória republicana que o órgão viria a cumprir. Com efeito, estatuiu o art. 81⁴⁶ do indigitado decreto:

Art. 81. O representante do ministerio publico é o guarda da observancia das leis fiscaes e dos interesses da Fazenda perante o Tribunal de Contas. Comquanto represente os interesses da publica administração, não é todavia delegado especial e limitado desta, antes tem personalidade propria, e no interesse da lei, da justiça e da Fazenda Publica tem inteira liberdade de acção.

Na seqüência, perfilando-se ao o modelo da União, os Tribunais de Contas pátrios passaram, cada qual a seu tempo, igualmente a contar com uma representação do *Parquet*, tendo o órgão hoje, em que já soma bem mais de um século de existência, uma fisionomia

⁴⁶ Na redação original. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2409-23-dezembro-1896-514244-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

nacionalmente madura, consistente com a condição de ramo especializado do Ministério Público – este tomado como instituição una e indivisível.

Assim é que, na atualidade, o órgão tem presença em 32 dos 33 Tribunais de Contas da Federação⁴⁷, sendo senhor da competência constitucionalmente a si conferida como parte do gênero ministerial, que se soma àquela privativa e exclusiva que ostenta como espécie.

Com funções, portanto, institucionais assemelhadas, no que caibam, ao Ministério Público comum, o órgão ministerial especializado de contas se posta como guardião da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo nos assuntos sujeitos à apreciação dos Tribunais de Contas, conferindo a esses, como salienta Rodrigues (2014, p.109), “maior legitimidade, porquanto, assim como ocorre no Poder Judiciário, a atividade é desenvolvida em paralelo com a atuação de um órgão autônomo e independente cujo compromisso é com a defesa da ordem jurídica e do regime democrático”.

Quanto às prerrogativas funcionais de seus membros – em geral denominados Procuradores de Contas⁴⁸ –, são as mesmas estabelecidas pela CRFB/1988 para os integrantes do Ministério Público geral, por força, exatamente, do disposto no art. 130 da Carta. Assim, são outorgados aos Procuradores de Contas, no âmbito de sua competência exclusiva e privativa, por exemplo: a promoção das medidas necessárias à garantia do efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição (art. 129, II); a expedição de notificações nos procedimentos que instaurar, requisitando informações e documentos para instruí-los (art. 129, VI), além de exercer outras funções que lhe forem conferidas compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX).

Feito, portanto, esse imprescindível enquadramento dos entes envolvidos no sistema de controle externo brasileiro, passemos ao exame das características e poderes regulatórios dos Tribunais de Contas.

⁴⁷ De se destacar que, além da União e do Distrito Federal, todos os 26 Estados da Federação contam com Cortes de Contas, além de ainda haver, na Bahia, em Goiás e no Pará, Tribunais Estaduais de Contas dos Municípios e, nas capitais do Rio de Janeiro e de São Paulo, Cortes dos respectivos municípios, sendo que apenas nesse último ainda não há um órgão ministerial especializado de contas atuando.

⁴⁸ Referidos pela CRFB/1988 apenas como membros do Ministério Público (arts. 73, I e 130), a nomenclatura precisa de referidos agentes públicos advém da legislação específica de cada unidade da Federação, o que dificulta a total padronização, nada obstante “Procurador de Contas” seja a forma mais difundida e que melhor parece invocar a competência exercida.

3 TRIBUNAIS DE CONTAS: AGENTES REGULADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O que o presente trabalho tem essencialmente a afirmar em relação aos Tribunais de Contas é algo que pode, à primeira vista, parecer muito inovador, visionário, mas que, como se busca descortinar nestas linhas, trata-se, em verdade, de uma factível ressignificação institucional: são Cortes de inexorável vocação regulatória da Administração Pública, consistindo num necessário “mecanismo controlador de toda a ação estatal” (MELLO *apud* OLIVEIRA, 2013, p. 643).

De como essa imanente propensão fundada em suas características, competências e funções se exterioriza é o que se demonstrará a seguir.

3.1 AS INERENTES FUNÇÕES REGULADORAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Já se falou em linhas pretéritas acerca da extração constitucional e da compleição como órgão autônomo, independente e com jurisdição própria dos Tribunais de Contas. É agora chegado o momento de demonstrar, a partir das funções ou poderes⁴⁹ que lhes são conferidos, como, para além de sua natureza jurídica e principiologia de fundo, tais Cortes se mostram em inegável posição de entes reguladores do Poder Público, com a robustez que suas inerentes salvaguardas institucionais lhe garantem.

Um primeiro poder a ser abordado é o normativo. Ressalve-se, entretanto, a exemplo do que foi dito em relação às Agências Reguladoras, que essa condição não se traduz, em absoluto, em algo que fira o império da lei. Como leciona Oliveira (2013, p. 659) e se amolda perfeitamente ao caso sob comento,

convém esclarecer que diferem função legislativa e função normativa. A primeira é típica e privativa do Poder Legislativo, no sentido de instituir comandos primários. A segunda é difusa em todos os poderes e órgãos institucionais da estrutura governamental ou não.

⁴⁹ Os poderes referidos nesta seção e, de sorte, em todo o trabalho, são tomados livremente como sinônimos de funções – daí o título assim mencioná-los. Esta opção foi pensada, sem prejuízo de seu entendimento, para situá-los ora como representações da atividade-fim, ora como instrumentos de consecução da função central dos Tribunais de Contas – o controle externo –, viabilizando também o intento didático de os colocar lado a lado, em franca comparação, com os poderes das Agências Reguladoras.

Assim é que os Tribunais de Contas produzem normas tanto de organização interna (como é o caso dos regulamentos de seus serviços auxiliares), quanto de regulamentação dos procedimentos típicos de sua jurisdição (regimentos internos), que dão concreção aos respectivos comandos de seu normativo orgânico.

Nesse último caso, todo o rito da jurisdição exercida pelas Cortes de Contas deve estar devidamente disposto em seu regimento interno. Trata-se do diploma normativo de maior importância tanto para os próprios atores que atuam diretamente no exercício do controle externo – a saber, corpo técnico (Auditores de Controle Externo⁵⁰), Ministério Público de Contas e colegiado julgador (Ministros e Conselheiros) – quanto para os jurisdicionados (os regulados, no sentido ora proposto), dado que estabelece, entre outros, aspectos relacionados ao quórum das sessões, matérias de competência das eventuais câmaras e do pleno, requisitos de admissibilidade e processamento de recursos, denúncias e representações, prazos para a instrução processual, cabimento de diligências saneadoras e da concessão de medidas cautelares, além, por óbvio, das espécies e dos efeitos das decisões exaradas, bem assim da gradação de valores das sanções pecuniárias.

De se lembrar ainda que, senão em todos, mas por certo na grande maioria dos Tribunais de Contas, as respostas às consultas formuladas em tese pelas autoridades competentes têm, por expressa autorização legal, caráter normativo, ou seja, extrapolam os limites das circunstâncias e dos entes consulentes para abranger, como regras a serem seguidas, toda a Administração, sendo, por conseguinte, importante instrumento de regência do ambiente público regulado.

De sua atividade típica, extrai-se o poder fiscalizatório das Cortes de Contas, que ostenta viés regulatório por excelência. Lima (2018, p. 84) assim enumera as hipóteses de incidência de fiscalização especificamente em relação ao TCU, sendo *mutatis mutandis* extensíveis, pelo já lembrado princípio da simetria, às demais Cortes de Contas (LEBRÃO; GOMES; MOURÃO, 2016), estando as mesmas inclusive de ordinário previstas nas respectivas Leis Fundamentais:

- . atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias e pensões;
- . convênios celebrados entre a União, estados, municípios e DF;
- . renúncias de receitas;

⁵⁰ Apesar de se observar aqui e acolá algumas nomenclaturas diferentes, a maior parte dos Tribunais de Contas adota a denominação *Auditor de Controle Externo* para o cargo responsável pela instrução processual no amplo exercício de sua atividade-fim.

- . entrega aos entes federados das cotas do FPE, do FPM, do IPI-exportações e da Cide;
- . contas nacionais de empresas supranacionais;
- . desestatização, concessões, consórcios públicos e parcerias público-privadas;
- . parcerias com entidades do terceiro setor;
- . avaliação de programas e políticas públicas;
- . controle da responsabilidade fiscal;
- . despesas com pessoal (inclusive cálculo de limites), endividamento público e receita;
- . alcance de metas fiscais e de metas físicas de programas;
- . limites e condições de operações de crédito e de inscrição em Restos a Pagar;
- . medidas para retorno aos limites das despesas com pessoal e endividamento;
- . recursos de alienação de ativos; e
- . relatórios de Gestão Fiscal e Relatórios Resumidos da Execução Orçamentária.

Salta aos olhos que absolutamente nenhuma ação governamental escapa à fiscalização exercida pelo controle externo da Administração. De fato, as auditorias, acompanhamentos e monitoramentos, dentre outros instrumentos hábeis a referido mister, supõem ampla competência de atuação, podendo ocorrer de ofício e submeter absolutamente quaisquer das unidades administrativas dos três Poderes quanto aos atos, fatos e contratos administrativos firmados (RODRIGUES, 2014).

Já *lato sensu* referenciado por ocasião da delineação da natureza dos Tribunais de Contas, há que se tecer algumas linhas sobre o poder jurisdicional (também referido na doutrina como julgador ou judicante⁵¹) em sentido estrito de aludidas Cortes. Trata-se, especificamente, da função julgadora que inequivocamente exercem, a despeito da sempre requeitada polêmica doutrinária que cerca tal afirmação⁵². Com efeito, de acordo com o art. 71, II da CRFB/1988, compete-lhes 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

⁵¹ Confira-se, v.g., Lima (2018), Lebrão, Gomes e Mourão (2016) e Rodrigues (2014).

⁵² Como dito alhures, não se trata de usurpar a função jurisdicional típica do Estado que pertence privativamente ao Poder Judiciário, mas de reconhecer uma jurisdição própria, administrativa, decorrente do texto constitucional, que cabe sim aos Tribunais de Contas. Como bem salienta Hoemke (2015, p. 59), “a positivação das competências do Tribunal de Contas, em especial, a de julgar as contas, não está na lei, está na própria Constituição. Mesmo assim, o exercício desta atribuição ainda se sujeita, como qualquer outro órgão estatal, ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*)”. Referido autor cita, como “veemente opositor à jurisdição de contas”, o entendimento de José Cretella Jr., para quem nenhuma das atividades exercidas pelos Tribunais de Contas seriam autenticamente jurisdicionais.

Em sentido diametralmente oposto, resgatam Lebrão, Gomes e Mourão (2016, p. 135) que “parcela relevante da doutrina conclui que os Tribunais de Contas possuem função julgadora. Nesse rol se incluem juristas tais como Pontes de Miranda, Miguel Seabra Fagundes, Castro Nunes, Marco Aurélio Mello, Jair Eduardo Santana, Fernando Gonzaga Jayme, Victor Nunes Leal, entre outros, que entendem que as decisões das Cortes de Contas, no exercício da competência inserta no inc. II do art. 71 da CF/1988, não estão sujeitas à revisão de mérito pelo Poder Judiciário”.

De seu turno, Lima (2018, p. 104) filia-se “ao entendimento da existência de uma jurisdição própria e privativa do TCU, alicerçada em previsão expressa da Carta Maior, no caput do art. 73: ‘**O TCU, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional (...)**’ (grifei)”.

derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;”

A estas, Lima (2018) acrescenta outras hipóteses passíveis de julgamento, tais como as de denúncias e representações, bem como de infrações administrativas contra as leis de finanças públicas estabelecidas no art. 5º da Lei nº 10.028, de 19/10/2000⁵³.

Deve ficar claro que esse julgamento somente atinge as contas de gestão – de responsabilidade dos chamados ordenadores de despesas⁵⁴ – nas quais se verificam propriamente os atos de administração e seu processamento, *v.g.*, a realização de licitações, o empenho, liquidação e pagamento dos dispêndios e a admissão de pessoal (RODRIGUES, 2014).

Diferentemente da situação anterior, tem-se que, em relação às chamadas contas de governo dos chefes do Executivo – de competência de julgamento pelos respectivos órgãos do Legislativo –, os Tribunais de Contas exercem outro poder: o opinativo. Tal se dá mediante parecer prévio de cunho eminentemente técnico e não vinculativo⁵⁵, encaminhado ao correspondente Parlamento, no que tange aos atos praticados pelos agentes políticos nessa

⁵³ Lei nº 10.028, de 19/10/2000:

[...]

Art. 5º Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas:

I – deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei;

II – propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei;

III – deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei;

IV – deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo.

§ 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal.

§ 2º A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida.

⁵⁴ Consoante definição do art. 80, § 1º do Decreto-Lei nº 200, de 25/02/1967:

[...]

Art. 80. *Omissis*

§ 1º Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.

⁵⁵ De se ressaltar que, no caso de contas de Prefeito, por disposição constitucional expressa (art. 31, § 2º da CRFB/1988), o parecer prévio da Corte de Contas competente só deixará de prevalecer por decisão tomada por ao menos dois terços dos Vereadores.

qualidade, expressando o resultado como um todo da ação governamental no exercício considerado^{56 57}.

Seja, portanto, mediante o exercício dos poderes jurisdicional direto ou opinativo – conforme o caso –, eis que, no contexto nacional, as Cortes de Contas, do alto de sua própria modelagem institucional, exercem, sim, atos de autoridade seguramente em grau mais indisputável que as Agências Reguladoras, o que se configura como uma expressiva vantagem justamente para o exercício da atividade regulatória.

Outro crucial poder de que se valem os Tribunais de Contas em seu múnus é o sancionador. Nem poderia ser diferente: inconcebível seria que a Constituição dotasse referidas instituições de poderes fiscalizatórios e jurisdicionais sem que lhes conferisse, igualmente, a prerrogativa de aplicar sanções aos responsáveis “em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas”, a teor do art. 71, VIII do Texto Fundamental.

Não seria exagerado aduzir que, no escopo preconizado pelo presente trabalho, o poder sancionatório é o que melhor consagra o alcance que se espera da atividade regulatória exercida pelos Tribunais de Contas, na medida em que traduz, como melhor se verá adiante, o instrumento primaz de efetividade de todo o sistema. Assim é que, como salienta Lima (2018), inúmeras são as possibilidades legais de sanções imponíveis pelas Cortes, tais como aplicações de multas, determinações de glosas, declarações de inidoneidade para licitar e para exercer cargos e funções comissionadas e decretações de indisponibilidade de bens.

Paralelamente, vislumbra-se ainda o poder corretivo, materializado nas hipóteses em que seja assinado prazo para que o jurisdicionado se adeque aos ditames da lei, podendo ser sustado o ato administrativo impugnado se não atendidas as prescrições exaradas pela Corte de

⁵⁶ Precisa delimitação de aludidas contas pode ser extraída do voto vencedor nos autos do RMS nº 11060/GO, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Dessarte, é extreme de dúvida que o conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios). Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I c./c. 49, IX da CF/88). ” (RMS 11060/GO, Relator para Acórdão: Min. Paulo Medina. Julgamento em: 25/06/2002).

⁵⁷ A importância do parecer prévio se mostrou evidente, num passado recente, nas contas da Presidente da República Dilma Vana Rousseff, relativas ao exercício de 2014, em que o TCU recomendou sua rejeição pelo Congresso Nacional (Acórdão nº 2461/2015 - Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de: 07/10/2015), culminando por ter reflexos no processo de *impeachment* posteriormente levado a cabo.

Contas (arts. IX e X do art. 71 da CRFB/1988)⁵⁸. Para Lima (2018, p. 86), consubstancia-se numa “das mais relevantes funções dentro da missão do TCU de ‘contribuir para o aperfeiçoamento da gestão pública em benefício da sociedade’”, revelando, portanto, o tom educativo e pedagógico que a atuação dos Tribunais de Contas pode atingir.

Já tangenciada por ocasião da abordagem do poder normativo, tem-se a função consultiva das Cortes de Contas, estas que, diferentemente da instância judicial – inerte por natureza – podem e devem atender às consultas em abstrato formalizadas pelos jurisdicionados legitimados para tanto. Assim, para além do caráter normativo que as correspondentes deliberações assumem, denotam a preocupação em fornecer substrato de confiabilidade e de segurança jurídica aos gestores públicos e, via de consequência, a todo o ambiente regulado, quanto a dúvidas decorrentes da aplicação de dispositivos legais e regulamentares em matérias de sua competência.

Divisa-se ainda, no extenso rol do art. 71 da Lei Maior (inciso VII), a função informativa, pela qual os Tribunais de Contas obrigam-se a fornecer informações sobre suas atividades finalísticas ao detentor constitucional da competência de controle externo da Administração Pública: o Parlamento. Lima (2018) lembra que referido desiderato também se presta à Justiça Eleitoral, especificamente ao ser fornecida a relação dos responsáveis cujas contas tenham sido julgadas irregulares, para os já anteriormente mencionados efeitos de inelegibilidade impostos pela *Lei da Ficha Limpa* (Lei Complementar nº 135, de 04/06/2010).

Por fim, tem-se a função ouvidora, extraída do art. 74, §§ 1º e 2º da CRFB/1988⁵⁹, instrumento fundamental para o efetivo apoio do controle interno e para o pleno exercício do controle social que, demandando as Cortes de Contas sobre as irregularidades observadas, encontram a necessária guarida pela qual as denúncias e representações serão recebidas, encaminhadas e processadas, de modo a dar concreção a essa decisiva comunhão de desígnios em prol da eficiência da gestão pública⁶⁰.

⁵⁸ No caso de contrato, entretantes, dispõe a CRFB/1988, em seu art. 71, XI, § 1º, que a sustação será operada diretamente pelo Congresso Nacional.

⁵⁹ E, ainda, do art. 113, § 1º da Lei nº 8.666, de 21/06/1993, no que tange especificamente às eventuais irregularidades em licitações e contratos administrativos.

⁶⁰ De se realçar que, no caso das Agências Reguladoras, apesar das ouvidorias já serem uma experiência concreta, sua universalização ainda vem sendo perseguida e consta, como anteriormente visto, da proposta de *Lei Geral das Agências Reguladoras* em trâmite no Congresso Nacional.

Examinados, portanto, os poderes-funções dos Tribunais de Contas, desponta inequívoca sua plena identificação com os poderes das Agências Reguladoras, o que, ao lado da já evidenciada condição de ambas as estruturas como poderes neutrais do Estado, mostra que a ressignificação que se propugna no presente trabalho é, não só possível, mas, à vista da inegável maior rede de garantias constitucionais de referidas Cortes, compulsória à sua plena inserção e alinhamento aos atuais reclames do desenho institucional brasileiro.

O quadro comparativo a seguir bem sintetiza, com ligeiras adaptações de fundo meramente didático, esse exurgente paralelismo, sendo destacados, para fins de cotejo, os pontos fulcrais de maior similitude caracterizadora:

QUADRO COMPARATIVO: CARACTERÍSTICAS CRUCIAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Aspecto		Descrição	
		Agências Reguladoras	Tribunais de Contas
Natureza jurídica		Autarquia de regime especial (autonomia ampliada)	Órgão constitucional autônomo , com jurisdição própria
Norma fundante		CRFB/1988 (telecomunicações e petróleo) e legislação ordinária (demais)	CRFB/1988
Função basilar		Regulatória	Controle externo da Administração (regulatória, conforme ressignificação proposta)
Legitimação apriorística		Técnica (poder neutral)	
Processualidade		Satisfatória observância do devido processo legal substantivo	Inerente observância do devido processo legal substantivo
Poderes/Funções	Coercitivo	Atos de autoridade	
	Decisório	Independente, mediante deliberações soberanas, com plena eficácia e sem cabimento de recursos hierárquicos externos	
	Normativo (ou regulamentar)	Expedição de regulamentos	
	Outorgante	Emissão de autorizações, licenças e concessões	Não se aplica
	Fiscalizatório	Amplo, geral e irrestrito, através do acompanhamento, aferição e controle da atuação dos agentes regulados/jurisdicionados, podendo ser de ofício ou provocado	
	Sancionatório	Aplicação de sanções diversas, tais como advertências, multas, sustações e proibições	
	Conciliatório	Mediação de interesses; composição de conflitos⁶⁰	
	Recomendatório ou Corretivo	Estabelecimento de prazos e condições para a adequação de condutas de agentes regulados/jurisdicionados⁶¹	
	Opinativo	Não se aplica	Exercido nos processos de contas de governo (via pareceres prévios) julgados diretamente pelo Legislativo
	Consultiva	Não se aplica	Quanto a dúvidas decorrentes da aplicação de dispositivos legais e regulamentares em matérias de sua competência
	Informativa	Prestação de informações sobre sua atuação-fim⁶²	
	Ouidora	Instrumento fundamental de interação com o controle social⁶³	
Autonomia		Administrativa, financeira e orçamentária⁶⁴	
Estabilidade dos agentes		Mandato fixo , em período não coincidente com o do chefe do Executivo	Titulares detentores de vitaliciedade , inamovibilidade e irredutibilidade
Submissão ao controle	Judicial	Pelo princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CRFB/1988, art. 5º, XXXV)	
	Externo	Constitucionalmente aplicável, como de sorte a todos os entes públicos⁶⁵	
	Social	Como parceiro finalístico da atividade e como “controle do controle” (accountability⁶⁶)	
Maior fator de risco da atividade		Captura⁶⁷	

⁶¹ Apesar de não descrito como um poder/função típico dos Tribunais de Contas, há nuances do mesmo na faturação dos Termos de Ajustamento de Gestão – TAGs, sobre os quais se falará adiante em seção específica.

3.2 OS RISCOS DA ATIVIDADE

Plenamente configurada a vocação dos Tribunais de Contas como agentes reguladores da Administração Pública brasileira, mister que se passe a discorrer sobre os riscos que a regulação reserva a seus sujeitos ativos e as inerentes consequências em termos de eficácia da própria atividade.

Nessa senda, se concluirá, ao final desta seção, que a identidade ora reconhecida entre os Tribunais de Contas e as Agências Reguladoras é tamanha que até as vicissitudes que gravam estas últimas podem ser transpostas para uma análise focada no múnus exercido por aquelas Cortes.

Assim, tem-se que a álea mais expressiva da atividade de regulação é o que se cunhou por captura. Como o próprio nome deixa entrever, ocorre tal situação, *grosso modo*, quando o regulador se deixa, em detrimento do interesse público, levar pelos objetivos privados do regulado, ou seja, quando é literalmente capturado por aquele que deveria controlar.

Diante da impossibilidade que entende haver de identificação precisa e apriorística do que venha a ser interesse público, Bagatin (2010) sugere, no entanto, que, em vez do tradicional maniqueísmo público *vs.* privado, se trate da captura, com mais adequação, como um comprometimento da imparcialidade do agente regulador.

⁶² Valioso contributo para o aperfeiçoamento das gestões e das políticas públicas, é igualmente (e ainda mais propriamente) alcançável, no caso das Cortes de Contas, por meio dos TAGs.

⁶³ Perante o Legislativo, titular do controle externo, no que tange aos Tribunais de Contas. No tocante às Agências Reguladoras, apesar de não expressamente aduzido no tópico dedicado à sua caracterização, nada obsta que ocorra tanto diante das instâncias decisórias do Executivo quanto do próprio Legislativo, até mesmo em homenagem aos salutares princípios da eficiência e da transparência.

⁶⁴ Quanto aos Tribunais de Contas, é, ademais, mecanismo imprescindível de apoio ao exercício do controle interno. No que concerne às Agências Reguladoras, aqui já se anotou que, a despeito de as ouvidorias serem uma realidade concreta, sua universalização é ainda matéria de proposta legislativa em atual trâmite no Congresso Nacional.

⁶⁵ Relativa, quanto às Agências Reguladoras, por, em última análise, pertencerem aludidos organismos ao Poder Executivo.

⁶⁶ Em relação às Agências Reguladoras, realizado exatamente pelos Tribunais de Contas.

⁶⁷ Sobre a relevante temática da *accountability*, reservou-se sessão específica ao final do trabalho para seu desenvolvimento.

⁶⁸ O risco da captura é o ponto central abordado pelo tópico 3.2, a seguir.

Seja como for, certo é que Stigler (2004)⁶⁹ descreve o fenômeno como a tendência de que a regulação venha a ser uma demanda do próprio regulado, concebida e operada em seu benefício. Essa noção, no entanto, é criticada por Posner (2004), que não vê na formulação e, de sorte em todas que contemplam o mesmo viés, comprovações satisfatórias de lastrear-se em sólidos fundamentos teóricos ou irrefutáveis evidências empíricas.

O ceticismo de Posner contrasta, porém, com o aspecto que norteia a presente seção: não se trata de necessariamente comprovar a ocorrência da captura para invalidar uma dada atividade regulatória; o seu mero risco, sem as correspondentes medidas de governança que visem a impedi-lo ou mitigá-lo, já é suficiente para colocar em xeque a efetividade do sistema.

A propósito, Salgado (2003, p. 16), trazendo à baila o adjacente aspecto institucional⁷⁰, assinala que

Os ensinamentos da análise positiva enfatizam a importância do desenho institucional das agências regulatórias, para a garantia de que bem servirão ao interesse público. A análise positiva aponta para os seguintes riscos: captura por parte dos regulados; desvio do interesse público (em razão de motivações próprias por parte da burocracia); a propensão à discricionariedade; e a tendência ao inchaço das agências, dentre outros males. A qualidade do desenho institucional é, pois, condição *sine qua non* para a garantia de eficiência e da eficácia da agência regulatória, no cumprimento dos objetivos previstos em lei.

Em arremate, salienta Nusdeo (1995, p. 94) que sempre poderá haver “uma certa identificação entre reguladores e regulados e possível atenuação dos vínculos de fiscalização e controle originalmente previstos”.

Assim é que, lidando com questões complexas e difusas, como assimetria de informação⁷¹ (que pode ou não estar ligada à sua própria deficiência técnica), interesses econômicos e políticos (que encarnam a noção de grupos de pressão), os agentes reguladores, nada obstante a aparente posição de superioridade frente aos regulados, no mais das vezes

⁶⁹ Em evidente visão positiva da atividade regulatória.

⁷⁰ Sobre a importância do contexto institucional para a atividade da regulação, teve-se a oportunidade de discorrer em seção precedente desta dissertação.

⁷¹ Essa assimetria invariavelmente também se dá, mas em sentido contrário, entre o regulador e o público, “na medida em que [este], como autoridade em última instância, não observa adequadamente a ação do regulador, que, portanto, pode estabelecer compromissos tácitos ou explícitos com grupos de interesse específicos”. (SALGADO, 2003, p. 14).

acabam por situar-se em franca vulnerabilidade, o que somente pode ser contornado com a adoção de salvaguardas preventivas e o desenvolvimento de um ambiente institucional que garanta a blindagem do sistema contra a captura.

De como os Tribunais de Contas, como agentes reguladores primazes da Administração Pública, podem estar sujeitos – como é inerente, como visto, à atividade de regulação – à captura, seja ela, *v.g.*, política, econômica ou técnica, é o que se passará a examinar doravante, sem prejuízo de serem paralelamente projetados os deletérios efeitos advindos dessa possibilidade, seja para o sistema jurídico como um todo, seja para a constante legitimação *ex post* a que se sujeitam referidas instituições no plano republicano.

É cediço que a composição das Cortes de Contas atende a preceitos constitucionais que contemplam uma pluralidade de clientelas, as quais são chamadas a ceder quadros ao relevante mister do controle externo da Administração. Com efeito, pelo regime vigente, as Cortes são formadas por julgadores (como já visto, Ministros no TCU e Conselheiros nos Tribunais estaduais e municipais) que alçam tal condição oriundos das indicações (na proporção de dois terços do total) do titular da atividade de controle externo – o Poder Legislativo – e, ainda, do correspondente chefe do Poder Executivo, a quem é reservado indicar um terço do colegiado.

As únicas amarras de origem se dão justamente quanto aos diretamente escolhidos pelo Executivo, já que, segundo a CRFB/1988 (neste aspecto em particular seguida em sua literalidade nas Constituições dos demais entes), das três vagas que lhe cabem, duas devem obrigatoriamente ser preenchidas por Auditores (Ministros e Conselheiros Substitutos) e membros do Ministério Público de Contas, sendo, por conseguinte, apenas a terceira vaga de livre escolha, a qual se soma, nessa condição, às seis indicações do Legislativo para o TCU ou às quatro para as Cortes Estaduais.

Disso decorre que, dos nove Ministros no TCU e dos sete Conselheiros nos Tribunais de Contas estaduais e municipais⁷², respectivamente sete e cinco são de indicação política totalmente desatada de carreiras originárias, podendo recair sobre qualquer interessado que em tese cumpra os requisitos constitucionais para tanto. Trata-se de relativa discricionariedade que

⁷² Apenas o Tribunal de Contas do Município de São Paulo destoa da composição ordinária de sete Conselheiros, contando com cinco membros. Igualmente, não há obediência ao padrão constitucional de destinação de vagas aos Auditores e ao Ministério Público de Contas, figuras, como já dito anteriormente em relação ao *Parquet* especializado, inexistentes naquela Corte. O assunto é alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade em trâmite no STF (ADI 346/SP e ADI 4776/SP).

vem, ao longo do tempo, recebendo críticas quanto aos critérios adotados para o recrutamento dos postulantes aos cargos de Ministros e Conselheiros.

Não deveria, contudo, ser assim, já que o sistema constitucional, mesmo nos casos em que não vincula a origem dos candidatos, exige a observância de condicionantes satisfativas, descritas nos incisos do art. 73, § 1º da CRFB/1988 (e reproduzidas nas Cartas dos demais entes federados por força do multicitado princípio da simetria inserto no art. 75 da Lei Maior), a saber:

Art. 73. Omissis

§ 1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

I – mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;

II – idoneidade moral e reputação ilibada;

III – notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

IV – mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

Da simples leitura do comando constitucional, vê-se que não há espaço para tergiversações tendentes a contornar as condições de acesso. Entrementes, ao passo que, de ordinário, os incisos I e IV supratranscritos são regularmente cumpridos nas indicações – até porque de aferição objetiva – o mesmo não tem podido, contudo, ser peremptória e universalmente afirmado quanto ao demais.

Tomando-se o cuidado de não recorrer à cômoda e sempre injusta e imprecisa generalização, tem-se que, de fato, alguns exemplos ousaram desafiar o rigor constitucional quanto ao atendimento dos requisitos de escolha e nomeação de membros das Casas de Contas, havendo os mesmos ganhado grande notoriedade no cenário nacional⁷³.

O que melhor parece explicar tal situação é a possível ocorrência da captura política, em que, a despeito de restar evidente ou, ao menos, suficientemente claro que determinado

⁷³ Vide, por todos, os casos de um Senador da República que, em 2014, acabou por renunciar à indicação para Ministro do TCU diante de intensas manifestações contrárias e de a própria Corte emitir nota cobrando o rigoroso cumprimento dos requisitos constitucionais na escolha de seus membros, e, ainda, de um Deputado Estadual do Rio de Janeiro que declinou de sua indicação para Conselheiro do Tribunal de Contas daquele Estado após ser alvo da denominada Operação “Cadeia Velha”, deflagrada em 2017 pela Polícia Federal. Disponível, respectivamente, em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/04/1438385-pressionado-gim-desiste-de-vaga-para-ministro-do-tcu.shtml>> e <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/deputado-edson-albertassi-desiste-de-indicacao-ao-tce-rj.ghtml>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

agente não atende aos critérios para a função, eis que interesses político-partidários descontextualizados acabam por sobrepor-se ao desiderato de selecionar, para tão elevado e resguardado múnus (relembre-se as inerentes garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade), perfis acima de qualquer suspeita e de reconhecida capacidade técnica.

A vingar tal intento, nenhum esforço é necessário para se inferir que a atuação de um julgador que seja guindado ao cargo sem as credenciais para tanto – a não ser pela pura e simples conjuntura política – terá grande chance de pender para a gratidão e subserviência à autoridade nomeante, não se podendo esperar, portanto, a necessária isenção no nobre exercício da magistratura de contas, mercê da consolidação, no caso concreto, da captura política do agente regulador da Administração.

Há, outrossim, quem defenda⁷⁴ que, ainda que cumpridas à risca as exigências constitucionais para as nomeações, o simples fato de estas se submeterem, na forma do § 2º do citado artigo 73 da CRFB/1988, ao crivo político do Legislativo (pelo escrutínio direto de sua cota e também pela aprovação dos apontados pelo Executivo) e, em última análise, ao talante do chefe do Poder Executivo (pela sua margem de livre indicação, pela definição dentre os listados pelas carreiras técnicas e, ao final, pela nomeação da totalidade dos membros), as colocaria em suposta suspeição quanto à esperada independência e total ausência de comprometimento pela escolha.⁷⁵

Por outro lado, não descabe igualmente reputar que o procedimento constitucional brasileiro de composição das Cortes de Contas teria, se fielmente cumprido, todas as condições para bem funcionar como um rico manancial de excelentes quadros para o exercício do controle externo da Administração Pública⁷⁶. A constatação empírica, entretanto, desnuda fragilidades que estariam sucumbindo ao poder meramente político – ou político por si só –, sendo mister ajustes em ordem de trazer aperfeiçoamento e maior segurança ao sistema, passando, como se verá à frente, por propostas legislativas que surgem no próprio seio do controle, como a PEC

⁷⁴ Vide, por exemplo, Motta (2015).

⁷⁵ Vale dizer, a propósito, que tal idiosincrasia não é absolutamente privativa do controle externo, havendo quem igualmente a observe, em certa medida e *mutatis mutandis*, nas nomeações dos tribunais judiciários.

⁷⁶ É o que, bem a propósito, assinala Motta (2015): “Talvez não exista qualquer reparo a ser feito no tocante aos *atributos exigidos* de ministros e conselheiros dos Tribunais de Contas, a Constituição talvez tenha até sido muito rígida. Só falta cumprir a Constituição”. (destaque no original).

Nº 329/2013 – Câmara dos Deputados e a PEC Nº 22/2017 – Senado Federal, defendida pela Associação Nacional dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON)^{77 78}.

Uma outra possibilidade de captura é a econômica. Difícil, no entanto, é tratá-la de forma direta quando se propõe o redesenho institucional dos Tribunais de Contas como agentes reguladores da Administração Pública. Com efeito, diferentemente da regulação ortodoxa, que se dá sobre agentes que têm interesses marcadamente mercadológicos – sendo, portanto, o poder econômico uma variável acentuada de desvio das precípuas funções reguladoras –, tem-se, no caso da gestão pública, o viés político como ponto fulcral.

Não se desconhece, todavia, que a todo poder político sempre será possível reconhecer um subjacente interesse econômico, que atua como mola propulsora do sistema posto – verdadeira eminência parda das escolhas públicas. Por esse prisma, não parece desarrazoado supor que, num ambiente desprotegido, seus atores possam estar sujeitos a influências diretas e indiretas dos detentores do poder econômico, por vezes agindo em seu favor.

Trata-se, no caso, de linha tênue entre a mera captura econômica e a efetivamente prática delitiva, hipótese essa que, apesar de não ser objeto direto da presente pesquisa, acaba por legendar eventuais condutas atribuídas a agentes que deveriam defender o erário e não dele se locupletar⁷⁹.

⁷⁷ Dentre as três vertentes das demandas de aprimoramento dos Tribunais de Contas a serem atendidas pelas alterações propostas pela PEC Nº 22/2017 – Senado Federal, está, nas palavras do Conselheiro do TCE/PE e ex-Presidente da ATRICON Valdecir Pascoal, a de que “é preciso recalibrar a composição desses órgãos, de sorte a fazer predominar, no colegiado, os membros oriundos das carreiras técnicas, além de instituir novos critérios-filtros para todas as indicações, visando acabar com a influência político-partidária e o ingresso de pessoas desprovidas dos requisitos constitucionais exigidos”, consoante o artigo intitulado “PEC 22/2017: uma nova primavera para os Tribunais de Contas”, publicado na edição eletrônica do jornal O Estado de S. Paulo em 16/06/2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pec-222017-uma-nova-primavera-para-os-tribunais-de-contas/>>. Acesso em 12 jul. 2018.

⁷⁸ Oliveira (2017) faz interessante reflexão que bem arremata a discussão posta: “É preciso realmente falar sobre a inadiável e já atrasada reforma dos Tribunais de Contas. Há que se tratar desse assunto com a determinação e seriedade necessárias. Só podemos resolver os problemas que decidirmos enfrentar. Negá-los não irá diminuí-los, tampouco resolvê-los. [...] **Não se trata aqui de abordar esse tema de forma simplista, demonizando os políticos e endeusando os de formação técnica. Longe disso. É evidente que há políticos honestos e competentes, dignos da maior admiração, como também há técnicos ineptos, preguiçosos e desonestos. Tratar essa questão de forma simplória em nada contribui para avançarmos na construção de um novo modelo.** [...] Temos de pensar e almejar os modelos de instituições menos vulneráveis à corrupção e à ingerência política. Aqui falamos de probabilidades, de modelos que facilitam ou que dificultam essas práticas nocivas. [...] É preciso conceber órgãos de controle menos vulneráveis, estruturalmente mais distantes das lutas políticas, a fim de que possam exercer com plenitude e isenção as relevantíssimas competências que a Constituição lhes reservou”. (grifos nossos).

⁷⁹ O caso público e notório de cinco Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, os quais foram presos na chamada Operação “Quinto do Ouro”, deflagrada em 2017 pela Polícia Federal, por autorização do STJ, no curso de inquérito judicial em trâmite naquela Corte em que houve colaboração premiada de um sexto

Por fim, imprescindível se faz trazer ao debate a possibilidade de captura técnica que representaria um entrave à plenitude da atuação dos Tribunais de Contas. De pronto, uma crucial observação mostra-se rigorosamente necessária: é senso comum que os quadros técnicos das instâncias instrutivas de referidas Cortes são, em geral, extremamente qualificados, fruto de serem, em grande parte, formados por cargos organizados em carreiras e providos por concursos públicos.

Também os componentes dos colegiados (Ministros e Conselheiros) devem deter, em tese, a teor do já referenciado art. 73, § 1º, III da CRFB/1988, “notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública”, sendo, ainda, vitalícios. De seu turno, os Auditores (Ministros ou Conselheiros Substitutos) e os membros do Ministério Público de Contas passam, igualmente, por renhidas seleções por concursos públicos, também ostentando a vitaliciedade.

Assim, a captura técnica a que normalmente se sujeitam as Agências Reguladoras paradigmas, em que a manutenção de seus quadros sofre com a concorrência do mercado, que invariavelmente atrai, com maiores remunerações e benefícios, os melhores profissionais para prestar-lhes serviços, aguçando a abissal assimetria de informação de ordinário existente entre regulador e regulado, não parece ocorrer nos Tribunais de Contas, já que esses, como visto, compostos por servidores geralmente efetivos e por membros vitalícios, não costumam ser alvo de investidas dos regulados, até porque estes não poderiam oferecer condições mais vantajosas do que as que já desfrutam referidos agentes públicos.

A questão, no caso, está na intensidade e no alcance que aludidas Cortes têm como potencial de ação, por vezes não o fazendo justamente por estarem sujeitas a sucumbir a uma espécie menos óbvia de captura técnica, mas latente: a de não exercer, com total inteireza e real efetividade, sua jurisdição – ressalte-se, de natureza eminentemente ativa –, ficando presas a procedimentos por vezes inócuos e pouco eficazes no desiderato de controlar a gestão pública.

O foco nas auditorias de conformidade e nas verificações *a posteriori* muito bem ilustra essa condição. Igualmente, a relativa parcimônia em expedir determinações, cominar penalidades e conceder medidas cautelares, *v.g.*, acaba por reduzir o vasto campo de ação do

Conselheiro e ex-Presidente do TCE/RJ, é, apesar da extremada situação – que, por certo, descamba para a persecução criminal das aventadas condutas –, ilustrativo de quão nefasta pode ser a captura econômica de referidos agentes. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/444136256/stj-determina-expedicao-de-mandados-na-operacao-o-quinto-do-ouro>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

controle externo, minando o modelo que se identifica plenamente viável para ascender os Tribunais de Contas ao seu inexorável papel regulador da Administração Pública.

De modo a reverter esse quadro, aposta-se, como será adiante abordado, na instrumentalização do controle externo pela AED, com evidentes ganhos em termos de eficiência na atividade, sendo representativos desse novel direcionamento a ampliação da utilização das auditorias operacionais e dos Termos de Ajustamento de Gestão – TAGs.

Necessário, a essa altura, que se retome o ponto de Posner trazido a lume no início desta seção: ainda que não se trate aqui, em absoluto, de afirmar categoricamente a ocorrência do fenômeno da captura – sejam quais forem suas facetas – no âmbito dos Tribunais de Contas, até porque este não é o escopo do presente trabalho, tal circunstância não invalida, por outro lado, que se conceba, a partir de todas as variáveis examinadas, seu sempre iminente risco, especialmente diante da identificação que ora se propõe da atividade de controle externo como tipicamente regulatória.

Seria, assim, numa livre ilustração, como predizer: aplicar em bolsa de valores não significa, necessariamente, perdas; muito pelo contrário aliás (há chances de elevados ganhos). Trata-se, entretanto, de investimento de alto risco que, se não manejado com os devidos cuidados, tem grande potencial de gerar prejuízos ao investidor.

De como, portanto, a principal álea da regulação da Administração exercida pelos Tribunais de Contas pode ser direta e indiretamente minorada e mesmo afastada – atuando-se concomitantemente em diversas frentes – é do que se cuidará no capítulo derradeiro, a seguir.

4 PERSPECTIVAS PARA UMA MAIOR EFETIVIDADE DO MISTER REGULATÓRIO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

De tudo que foi visto e dito acerca dos Tribunais de Contas como agentes reguladores da Administração Pública, parece latente que, a esta altura, sejam efetivamente lançadas pelo presente trabalho as premissas de real efetividade para tamanha tarefa.

Com efeito, nem se trata, a rigor, de mudanças drásticas ou de verdadeira reinvenção do controle externo, mas, tão somente, como tem sido dito ao longo do texto, da ressignificação de seu mister, iniciando pela alteração de seu paradigma de atuação, passando pela reafirmação institucional do órgão de defesa da ordem jurídica perante as Cortes – o Ministério Público de Contas –, bem como pela profícua discussão em torno das propostas legislativas para aperfeiçoamento do sistema e chegando à estratégica abertura à colaboração do controle social.

Passa-se, pois, ao exame de cada uma dessas nuances.

4.1 A NECESSÁRIA MUDANÇA DO PARADIGMA DE ATUAÇÃO

Quando se cogita da mudança do paradigma de atuação, obviamente que se está a abordar o pano de fundo, o que verdadeiramente informa a atividade dos Tribunais de Contas.

Assim, não se questiona que devam os mesmos agir nos moldes, como já reiteradamente frisado, extraídos diretamente dos comandos constitucionais. O ponto, no caso, é como agir. Seguem algumas linhas que se propõe sejam seguidas.

4.1.1 Instrumentalização pela Análise Econômica do Direito

Sabe-se que os Tribunais de Contas exercem crucial papel no jogo democrático, já que, tendo a missão de zelar pela esmerada guarda e aplicação dos recursos do erário, avaliando, após exame técnico, a regularidade ou não das contas dos agentes públicos, tanto fornecem elementos para o aprimoramento das gestões quanto para seu julgamento em si, propiciando o afastamento do cenário político de administradores descompromissados com a lisura no trato da coisa pública.

Todavia, essa atividade tradicionalmente realizada *a posteriori* e com preponderância na conformação legal, ou seja, verificando se os procedimentos governamentais foram desenvolvidos à luz das normas de regência quanto aos aspectos contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial – a chamada auditoria de conformidade⁸⁰ – não obstante seu relevo contextual, não parece ser suficientemente dinâmica para alçar os Tribunais de Contas e, conseqüentemente, o Poder Legislativo, ao protagonismo da efetivação constitucional universalizada.

De fato, é recorrente o questionamento acerca dos custos que envolvem todo o aparato representado pelos Tribunais de Contas – Ministros, Conselheiros, corpo técnico, estrutura física, etc. – que não podem ser justificados com uma atuação meramente formal, burocrática, estanque mesmo, sem plena sintonia com o ideal constitucional e despida da incessante persecução de sua concretização.

Não é outra, a respeito, a visão de Motta e Ferraz (2011, p.1308) que, ainda que de forma implícita, tem inegável conteúdo inspirado pela AED:

O controle efetuado pelos Tribunais de Contas e pelo Poder Legislativo transcende a mera atestação da legalidade financeiro e orçamentária. Abrange a avaliação dos objetivos de políticas de governo, a mensuração dos seus resultados, a comparação entre custos e benefícios e uma série de outras análises primordiais para o equilíbrio entre as crescentes necessidades sociais e os recursos públicos. A realização do controle presidido pela tradicional visão de que cabe à Administração aplicar a lei de ofício não foi capaz, é sabido, de proporcionar à maioria dos cidadãos uma vida digna, tal qual como assegurada pela Constituição da República.

Urge, portanto, uma atitude inovadora, já se divisando, nesse sentido, alvissareiros instrumentos trazidos à baila a partir da CRFB/1988, de viés altamente proativo, que vêm sendo paulatinamente implementados com empolgante êxito no âmbito das Cortes de Contas, caso das auditorias operacionais e dos termos de ajustamento de gestão, dos quais ocupar-se-á mais à frente.

Além de referidos mecanismos de atuação – em que já se vislumbra evidente inspiração na AED –, há outros aspectos inerentes ao controle externo que podem e devem ser melhor entendidos e desenvolvidos com a consciente aplicação dos conhecimentos econômicos.

⁸⁰ Conceito adaptado extraído das Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União. *In*: Boletim do Tribunal de Contas da União – Especial. Brasília: TCU, 2011, Ano XLIV, n. 12, p. 14.

Assim, o controle da Administração Pública nacional, como sistema constitucionalmente delineado de jurisdição administrativa que implica a sujeição a seu jugo de tantos quantos respondam por dinheiros, bens e valores públicos ou que deem causa a dano ao erário, com os efeitos que lhe são inerentes, não deve estar imune à perscrutação econômica e consequente adoção de seus conceitos, sobretudo em ordem de elevar o grau de eficácia de tão séria incumbência, atendendo à expectativa social em termos de resultados, exatamente na linha do que propõe Timm (2013, p. 54), para quem “a Economia tem contribuições ao Direito, sendo a eficiência uma imposição jurídica e econômica ao gasto público”.

Parafraseando Posner, é totalmente possível que se cogite que também o controle externo *obedeça misteriosamente às leis da economia*, já que não há se falar em verificação da regularidade dos dispêndios realizados pelos governos de modo isolado ou mesmo dissociado do fim último pretendido e que, ao cabo, lhe justifica. É esse *plus* que se deve ter em conta na atividade de fiscalização: aferir se as escolhas trágicas a que estão sujeitos os administradores públicos são comprometidas com as soluções de maior alcance social e, portanto, de eficiência paretiana (TIMM, 2013).

Pois bem.

Castro (2015) identifica, no texto do art. 70 da Constituição, a eleição de três princípios norteadores da atuação do controle externo: a legalidade, a legitimidade e a economicidade.

As noções de legalidade e legitimidade já estão suficientemente decantadas, vez que perpassam o estudo ordinário da Administração Pública. Interessa, para o escopo que se busca explorar no presente trabalho, o princípio da economicidade, que alberga perfeitamente conceitos da AED que se almeja sejam internalizados pelo controle externo.

Com efeito, referido princípio pode ser relacionado com a noção de custo-benefício que deve imperar na gestão pública⁸¹, num contínuo exercício de sopesamento de escolhas pelo valor a ser despendido em função do bem a ser auferido. Aliás, nem mesmo a própria atividade de regulação governamental – papel que se propõe caber perfeitamente às Cortes de Contas, como consequência natural da aqui pretendida evolução de seu enfoque de atuação – está imune

⁸¹ Quando se trata, entretanto, de eficiência da gestão pública, imperioso se mostra não descurar de um aspecto crucial, sem o qual o discurso se torna vazio: a satisfação dos direitos fundamentais. A propósito, aponta Leite (2017, p. 24-25): “Não se pode fazer análise de eficiência com o propósito excluyente de não dar efetividade aos direitos fundamentais. Pode-se utilizar a eficiência como critério positivo para justificar a efetividade dos direitos fundamentais e não para negá-los sem justificativa plausível”.

a essa avaliação, como bem pontuam Camelo e Franca Filho (2017, p. 182): “[...] a eficiência no controle externo deve ser entendida como a melhor relação dos meios (recursos públicos) para atingir os objetivos, ou seja, é necessária uma análise dos custos e dos benefícios dos Tribunais de Contas ou dos seus processos.”

A rigor, a fiscalização da relação custo-benefício resultante da execução orçamentária foi cometida pelo constituinte originário a verdadeira obrigação de que devem se desincumbir referidos Tribunais (LIMA, 2010, *apud* RODRIGUES, 2014, p. 84). Tem-se, pois, que outrora relegado a um mero reforço argumentativo nas decisões dos processos de contas, imperioso se faz alçar o princípio da economicidade como fio condutor da própria atuação do controle externo, deslocando o insistente foco exclusivamente na legalidade e legitimidade para, sem olvidar destas, dar o devido alcance ao postulado que encarna, por excelência, a noção de eficiência⁸² na gestão pública.

Nessa esteira, Bugarin (2011, *apud* RODRIGUES, 2014, p. 84) exatamente identificando o ponto de contato proposto na presente seção, vê na contemplação da economicidade pela atividade fiscalizatória a fiel expressão da “ampla investigação da correlação efetiva entre os fatos ensejadores das decisões tomadas (motivos) e os objetivos pretendidos (finalidades), baseada em elementos racionalmente fundamentados”.

Para tanto, os mecanismos de mensuração das ações governamentais em relação aos investimentos realizados devem ser sistematicamente utilizados, de modo a se obter diagnósticos precisos dos alcances obtidos. Nesse contexto, o chamado Orçamento por Desempenho (*Performance Budget*), descrito por Nóbrega (2012, p. 198) como a ideia que “corresponde a entronizar nos orçamentos a avaliação de programas de governo, lançando vistas à eficiência nos gastos públicos”, é ferramenta crucial tanto para o gestor quanto para o exame da economicidade pelo controle externo, já que, como adverte o autor, tem o condão de distinguir áreas realmente carentes de recursos de outras em que o que falta é a correta leitura dos resultados.

Prosseguindo no exame dos mecanismos econômicos que devem instruir a atividade do controle externo, vê-se que a cominação de multas pelos Tribunais de Contas exerce a alhures mencionada *deterrence* – técnica de dissuasão – que supõe o potencial de evitar a

⁸² Para Nóbrega (2008, p. 37), “é fundamental ampliar o escopo das auditorias, incorporando aspectos que vislumbrem a performance do gasto público”.

perpetração de ilícitos mediante o preciso cálculo de causalidade (DIAS, 2009), devendo ser conferida especial atenção à fixação dos patamares das penalidades pecuniárias pelas Cortes: nem tão altos que inviabilizem os eventuais apenados e nem tão baixos que não exerçam o papel de desencorajamento de condutas irregulares, podendo, ao contrário, servir como incentivo à prática indesejada. Shavell (2004, p. 473) bem aponta essa necessária calibragem:

[...] I examine the use of sanctions assuming that the public must incur enforcement expense to locate and/or to convict and ultimately to penalize parties who should bear sanctions. The principal problems for society that are studied are the choice of the level of enforcement effort - which determines the probability of penalizing parties - and the choice of the magnitude of sanctions, so as to maximize social welfare⁸³.

A propósito, por disposição constitucional expressa (art. 71, § 3º), as decisões das Cortes de Contas de que resulte imputação de débito ou multa são dotadas de eficácia de título executivo, sendo, portanto, despididas de procedimentos outros para sua execução, demonstrando, com mais razão de ser ainda, a importância da sanção econômica para o controle externo, vez que o comando constitucional confere, ao menos em tese, a exigibilidade relativamente imediata do gravame.

Ainda assim, é elementar que somente a adequada fixação do valor da multa e sua pronta exequibilidade não são suficientes, por si só, para garantir a dissuasão de comportamentos indesejáveis dos gestores públicos. Ou seja, “quando o grau de penalidade imposto é baixo ou pouco efetivo, devem ser construídos outros incentivos para melhorar a ação do controle”. (NÓBREGA, 2008, p. 36). Faz-se imprescindível, portanto, que a efetividade da medida esteja amparada pelos meios que façam concretamente valer a reprimenda, situação em que

[...] o agente tenderá a considerá-la como uma probabilidade consistente no planejamento de suas ações.
Em sentido contrário, a inexistência ou fragilidade desses meios levará ao estímulo do comportamento lesivo.
[...]

⁸³ Em tradução livre: “Eu examino o uso de sanções assumindo que o público deve incorrer em despesas de execução para localizar e/ou condenar e, finalmente, penalizar as partes que devem suportar as sanções. Os principais problemas para a sociedade estudados são a escolha do nível de esforço de fiscalização - que determina a probabilidade de penalizar as partes - e a escolha da magnitude das sanções, de modo a maximizar o bem-estar social”.

A cominação da multa somente terá o verdadeiro efeito inibidor na medida em que, verificando a forma de sua exigência, chegarmos à conclusão de que ela representa um risco real para o agente em potencial. (DIAS, 2009, p. 31).

Outra sanção que, como visto, pode ser aplicada pelos Tribunais de Contas, com algumas variações em razão de diferenças existentes entre as respectivas leis orgânicas e regimentos internos, é a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança. Apesar de não ensejar uma penalidade pecuniária em sentido estrito, acaba por assumir, pelo menos em potencial, esse viés, já que o impedimento ao acesso a cargos e funções implica, além de possíveis prejuízos à carreira do agente, o, ao menos, decréscimo de sua renda, não deixando, dessa forma, de exercer uma pressão financeira a ser sopesada a quando da decisão por delinquir.

Cabe ainda lançar luzes sobre dois princípios clássicos da teoria econômica que bem se amoldam ao controle externo: os já também mencionados na seção introdutória deste trabalho Superioridade de Pareto e Critério de Kaldor-Hicks. Evidentemente que se constituindo em parâmetros para a avaliação da eficiência, tanto a Superioridade de Pareto quanto o Critério de Kaldor-Hicks trazem grande contribuição à análise da gestão pública.

Prima facie, contudo, em razão da dinâmica social e da multifacetada atividade governamental, parece ter mais utilidade prática a formulação de Kaldor-Hicks, vez que não se mostra factível uma situação real em que a implementação de ações consiga favorecer alguma parcela da sociedade sem que, por outro lado, alguém não tenha qualquer prejuízo.

É de se dizer: empiricamente, tende a ser melhor administrável e realizável uma política pública que, ao invés de tentar isolar eventuais efeitos deletérios – o que, convenha-se, beira o impossível – preocupe-se com a compensação destes e realmente o faça. A propósito, Posner (2010, p.110) esclarece que o próprio Kaldor, ao defender o uso de seu critério nas práticas públicas, afirmou que “o governo sempre poderia transformar um aumento da riqueza em um aperfeiçoamento segundo Pareto, oferecendo, com os dividendos dos ganhadores, compensação aos prejudicados”.

Hipótese clara de condução da Administração a esse objetivo são os termos de ajustamento de gestão, adiante melhor explorados, pelos quais as eventuais necessárias compensações, se não voluntariamente implementadas, ficam compromissadas, sob pena de serem exigidas no campo jurisdicional de contas, de forma a alcançar o perquirido equilíbrio.

Posner aventa, ainda, uma outra possibilidade, que chama de compensação *ex ante*, para a aplicação do Critério de Kaldor-Hicks para a decisão pela realização ou não de projetos públicos, que seria viável “desde que seja bastante provável que um indivíduo se beneficie, a longo prazo, desses projetos, ainda que saia perdendo em algum deles” (POSNER, 2010, p.112).

Em suma, mostra-se indene de dúvidas, especialmente no campo de que ora se ocupa, em que se mostra permanentemente presente a difícil equação entre as possibilidades do erário e as necessidades sociais, que “certamente deve a Ciência Econômica orientar as decisões em favor do bem comum, evitando desperdícios de recursos públicos (leia-se eficiência)”. (TIMM, 2013, p. 53).

Feita essa necessária e, por óbvio, não exaustiva panorâmica das contribuições que a AED pode oferecer ao aperfeiçoamento da atividade de controle externo da Administração Pública, passa-se ao exame dos instrumentos eleitos no presente trabalho como símbolos da total simbiose que se pretende, com vistas a uma nova e efetiva atuação do controle em prol da elevação dos níveis de eficiência governamental, a partir dos já divisados elementos de concepção econômica que as auditorias operacionais e os termos de ajustamento de gestão carregam.

Senão veja-se.

4.1.2 Auditorias Operacionais

O *caput* do art. 70 da CRFB/1988, de redação original, subdividiu a fiscalização a ser exercida pelo controle externo em cinco aspectos: contábil, financeiro, orçamentário, patrimonial e operacional. Quanto aos quatro primeiros, como já anteriormente mencionado, as auditorias de conformidade vêm se desincumbindo há bastante tempo; já em relação ao quinto tópico – operacional – pode-se dizer, entretanto, que as correspondentes auditorias expressam realidade bem recente, pelo menos no âmbito dos Estados, já que o TCU, de forma pioneira, as vem realizando – segundo consta com grande êxito – desde 1998⁸⁴.

⁸⁴ Conforme informação disponível no site do Órgão: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/historico>. Acesso em: 15 abr. 2018.

Informa Albuquerque (2007) que a auditoria (fiscalização) operacional – como é constitucionalmente denominada no Brasil – recebe, em várias partes do mundo, diversos outros nomes, tais como auditoria de desempenho, administrativa, de gestão, de rendimento e de resultados, tendo sido, porém, padronizada em 2004 como *performance auditing* pela Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI)⁸⁵.

Essa diversidade de nomenclatura dá bem a noção de sua dimensão: trata-se de uma modalidade de fiscalização que estabelece um novo referencial para o controle externo, eis que, para muito além de prosaicos relatórios de execução, demonstrativos contábeis e documentos fiscais, a auditoria operacional vai ao âmago das ações governamentais, buscando os reais e práticos efeitos das políticas públicas implementadas e não se atendo a meros – ainda que não desimportantes sob outro enfoque – aspectos formais e burocráticos.

Com efeito, segundo a definição estabelecida pela INTOSAI (2015, p. 15), tem-se que a auditoria operacional “é um exame independente da eficiência e da eficácia das atividades, dos programas e dos organismos da Administração Pública, prestando a devida atenção à economia, com o objetivo de realizar melhorias”.

Ou, de forma sistematizada, que

preocupa-se em verificar a economia, a eficiência e a eficácia, e tem por objetivo determinar:

(a) se a administração desempenhou suas atividades com economia, de acordo com princípios, práticas e políticas administrativas corretas;

(b) se os recursos humanos, financeiros e de qualquer outra natureza são utilizados com eficiência, incluindo o exame dos sistemas de informação, dos procedimentos de mensuração e controle do desempenho e as providências adotadas pelas entidades auditadas para sanar as deficiências detectadas; e

(c) a eficácia do desempenho das entidades auditadas em relação ao alcance de seus objetivos e avaliar os resultados alcançados em relação àqueles pretendidos. (INTOSAI, 2015, p. 15).

No âmbito do Tribunal de Contas da União, referido procedimento ganhou a denominação específica de auditoria de natureza operacional, sendo dividida em duas modalidades: auditoria de desempenho operacional, que examina a economicidade, eficiência e eficácia de determinada ação governamental, e avaliação de programa, que verifica a

⁸⁵ A sigla INTOSAI se refere ao original em inglês *Internacional Organization of Supreme Audit Institutions*.

efetividade dos programas e projetos governamentais (TCU, 2000), propiciando à Corte pronunciar-se, *v.g.*, com propriedade sobre aumento ou redução de evasão escolar, disponibilidade adequada ou deficiente de leitos em hospitais, controle ou alastramento de epidemias, demandas por saneamento básico, riscos potenciais ao meio ambiente *etc.*

E como as auditorias operacionais vêm sendo aplicadas pelos demais Tribunais de Contas brasileiros? Desde a edição, no ano 2000, da Lei Complementar nº 101, a *Lei de Responsabilidade Fiscal* – que estabeleceu normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, através de ações de prevenção e correção de desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas –, passou-se a vislumbrar a real necessidade de dotar os órgãos de controle externo do país de maior integração entre si e de efetividade em suas ações.

Nesse contexto, firmou-se, no ano de 2006, parceria entre o Governo Federal, através do Ministério do Planejamento, e os Tribunais de Contas, com financiamento do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, viabilizando o Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros (PROMOEX), cuja finalidade precípua foi o fortalecimento do controle externo como instrumento de cidadania e de efetiva, transparente e regular gestão dos recursos públicos, estando, dentre as principais ações projetadas, justamente a implantação das auditorias operacionais, além da consentânea criação de uma lei processual nacional (FACCIONI, 2009).

A partir de então, iniciaram-se os primeiros projetos-piloto de realização de auditorias operacionais em todo o país, as quais, a despeito de sua desde sempre presença no texto constitucional vigente, somente tardiamente vieram a ser reconhecidas como uma valiosa ferramenta dotada, pelo menos potencialmente, da capacidade de interferir nos rumos da Administração, com vistas ao incremento de sua eficiência.

É o que pontifica, a esse respeito, Fernandes (2008, p. 313-314):

Ao estabelecer a competência do Tribunal de Contas da União para efetivar o controle mediante auditoria operacional, o constituinte resguardou com esse poderoso instrumento, de forma inédita na vida jurídica nacional, a possibilidade de concretização dos princípios da eficiência e da eficácia. Racionalização e qualidade devem ser, pois, palavras de ordem contra o controle burocrático e a mera regularidade da escrituração contábil; a essência sobre a forma.

No mesmo sentido, Vilaça (1997, p. 62):

A atuação dos Tribunais de Contas extrapola a verificação da legalidade da gestão governamental. Haverão de cuidar também do controle operacional dos atos administrativos. Não bastam contabilidade pública correta e ausência de delitos. Cada vez mais, os critérios tradicionais e algo envelhecidos - das auditorias se substituem por aqueles cujas vertentes se aproximam da Teoria dos Resultados, pois o que mais importa é, sem dúvida, avaliar os resultados obtidos pela gestão governamental.

Não é demais repisar a diametral diferença que assumem as auditorias operacionais das de conformidade – já referidas alhures como as atividades clássicas do controle externo: enquanto as de conformidade são objetivas, previsíveis e formatadas, as operacionais são subjetivas, imprevisíveis e relativamente livres em sua apresentação e métodos, buscando respostas a questões mais amplas e de espectro mais constatável em indicadores socioeconômicos do que meramente mensuráveis em relatórios contábeis.

Inclusive, corroborando esse aspecto qualitativo das auditorias operacionais, a INTOSAI prescreve que um auditor de *performance* deve ter adequada formação em ciências sociais e em métodos de investigação e avaliação científica (ALBUQUERQUE, 2007), o que vem exatamente ao encontro da proposta do presente trabalho⁸⁶.

Deve ser realçado, ademais, que as auditorias operacionais, desde que realizadas concomitantemente com as ações (ou omissões) governamentais – como é de sua natureza, aliás –, assumem caráter preventivo e pedagógico, buscando evitar a ocorrência de circunstâncias indesejáveis ao conjunto da sociedade, o que permite que as Cortes de Contas se valham, num primeiro momento, da emissão de atos de interação com os gestores públicos sem, ainda, natureza sancionatória, tais como avisos, recomendações e congêneres.

Em caso de necessidade, contudo, poderão igualmente dispor dos mecanismos de coerção e de provimento cautelar que lhe são próprios, tais como a cominação de multas e a já mencionada sustação de atos administrativos, dentre outros, para evitar ou, ao menos, minimizar os efeitos de eventual medida executiva ineficiente ou que desrespeite ou negue os direitos e garantias fundamentais da população.

⁸⁶ Poder-se-ia dizer, até mesmo, que se trata de perfil ideal para um pesquisador dedicado à Análise Econômica do Direito.

Atuação emblemática do TCU em auditoria operacional – que serve como ilustração ao presente trabalho – foi justamente a realizada para aferir a governança das Agências Reguladoras de infraestrutura no Brasil.

Consoante se extrai do voto condutor do Ministro Relator na deliberação exarada por aquela Corte, consubstanciada no Acórdão nº 2261/2011 – Plenário⁸⁷,

4. A atividade regulatória dos serviços de infraestrutura interfere na vida de dezenas de milhões de brasileiros e gera significativos impactos de ordem econômica, social e ambiental. A atuação dos diversos atores envolvidos nessa atividade tem sido objeto de questionamentos e críticas, por parte da sociedade e de diversos entes governamentais, quanto à qualidade e à efetividade da governança regulatória. Nesse contexto, o Congresso Nacional, por intermédio da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (Ofício nº 155/2009-CFFC-P, fl. 1), solicitou uma avaliação da governança da atividade regulatória.

Nesse contexto, o TCU deflagrou a auditoria operacional em questão através do Acórdão nº 1676/2009 – Plenário, sendo auditadas, entre julho de 2009 e julho de 2010, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a Agência Nacional de Águas (ANA).

Em exaustivo trabalho, foram levantados junto a referidos entes os principais aspectos inerentes a uma adequada governança regulatória⁸⁸, tais como o nível de autonomia das agências, a clareza de suas responsabilidades e objetivos, a estabilidade normativa e a transparência da atividade regulatória, a adequação material e humana para o exercício da regulação, a consistência e coerência do processo decisório, além, dentre outros mais, da prestação de contas e responsabilização (*accountability*) e da participação do controle social.

⁸⁷

Disponível

em:

<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2261%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁸⁸ O alcance da locução governança regulatória no contexto da auditoria operacional em questão vem definido no próprio Acórdão nº 2261/2011 – Plenário, segundo o qual “são as regras e as práticas que regem o processo regulatório, a sistemática de interação entre os atores envolvidos e o desenho institucional no qual estão inseridas as agências, bem como os meios e instrumentos utilizados pelos reguladores em prol de uma regulação eficiente, transparente e legítima. O termo engloba outros atores, como os ministérios vinculados, conselhos formuladores de políticas setoriais e outros entes cuja atuação tem impacto na configuração do ambiente regulatório nacional”.

Diante das evidências constatadas, as conclusões do TCU apontaram para a necessidade de uniformização das múltiplas formas de organização e dos variados mecanismos de controle social e de divulgação e transparência das decisões dos agentes reguladores, além do também heterogêneo relacionamento observado com os *stakeholders*⁸⁹, sendo expedidas diversas determinações às Agências Reguladoras auditadas e, ainda, enumeradas no corpo do próprio acórdão as boas práticas entendidas pela Corte como aptas a aprimorar a governança regulatória:

- 9.8.1. estabelecimento de um período de quarentena de no mínimo 1 (um) ano para os dirigentes das agências reguladoras, tendo por parâmetro as melhores práticas internacionais (OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico);
- 9.8.2. estabelecimento de rol taxativo de hipóteses de perda de mandato dos dirigentes das agências reguladoras, extinguindo a previsão insculpida no parágrafo único do art. 9º da Lei nº 9.986/2000;
- 9.8.3. normatização de prazos para indicação, sabatina e nomeação de dirigentes dos entes reguladores;
- 9.8.4. criação de mecanismos/instrumentos formais que propiciem maior estabilidade e maior previsibilidade na descentralização de recursos para as agências;
- 9.8.5. caracterização das agências em órgãos setoriais, desvinculando seus orçamentos dos respectivos ministérios vinculadores;
- 9.8.6. estabelecimento de requisitos mínimos de transparência do processo decisório das agências, tendo por parâmetro os procedimentos adotados pela Agência Nacional de Energia Elétrica;
- 9.8.7. padronização mínima dos institutos das audiências/consultas públicas entre as agências, notadamente quanto aos documentos que devem ser disponibilizados antes e após a audiência ou consulta, bem como o prazo máximo que os reguladores deveriam possuir para disponibilizar essas informações aos interessados.

Assim, se eventualmente não chegaram a ser determinantes para tanto, certamente tais indicações inspiraram e efetivamente informaram a concepção do projeto da *Lei Geral das Agências Reguladoras* ora em trâmite no Congresso Nacional – já comentado na presente dissertação –, cujo texto contempla várias daquelas medidas, constituindo-se em resultado palpável dessa importante ferramenta propiciadora do aperfeiçoamento institucional e da eficiência e eficácia das atividades estatais.

⁸⁹ Os interessados nos serviços regulados.

4.1.3 Termos de Ajustamento de Gestão

Outro instrumento de destaque na novel atuação dos Tribunais de Contas, surgido no corpo do anteprojeto⁹⁰ (viabilizado pelo há pouco referenciado PROMOEX) de lei nacional de padronização do rito processual no âmbito das referidas Cortes – a pretendida *Lei Nacional de Processo de Fiscalização dos Tribunais de Contas do Brasil*⁹¹ – é a figura do Termo de Ajustamento de Gestão – TAG (FREITAS, 2009), claramente inspirado no Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, de muito tempo utilizado com sucesso pelo Ministério Público.

Trata-se do mecanismo clássico de encaminhamento consensual de soluções e de condicionantes que pode e deve ser manejado, no âmbito do controle externo, a partir da detecção de situações de ilegalidade ou de descarrilamento da gestão pública, de modo que seja ainda tentada sua superação e evitada a movimentação da estrutura jurisdicional de contas para sua execução forçada.

Com inegável encaixe ao que propõe a AED, os termos de ajustamento podem, além da perspectiva mais usual de correção de rumos, por exemplo, dispor sobre medidas compensatórias dos governos por terem, de alguma forma, frustrado a expectativa social quanto a determinada política pública, hipótese em que estariam, como visto anteriormente, fielmente contemplando o Critério de Kaldor-Hicks.

Deve ser dito, contudo, que razoável dúvida ainda paira sobre tal instituto, especialmente quanto ao cabimento do mesmo. De um lado, há os que entendem que os TAGs estariam implicitamente previstos no art. 71, IX da CRFB/1988, como instrumentalização da assinatura de prazo para que a Administração se adeque ao exato cumprimento da lei.

⁹⁰ Elaborado pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON), com o assessoramento dos juristas Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Juarez Freitas (OLIVEIRA, 2008). Freitas, inclusive, é o autor da obra “Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública” (Malheiros, 2007), que nitidamente influencia o anteprojeto no tocante ao dever de motivação.

⁹¹ Nóbrega (2008, p. 36) assinala, a respeito de referida proposição, que “uma possível ‘Lei Orgânica dos Tribunais de Contas’ embora podendo enfrentar entraves constitucionais, decerto poderia ajudar bastante. No mesmo sentido, um possível ‘Conselho Nacional dos Tribunais de Contas’, a exemplo do que já ocorre no Brasil com o Poder Judiciário e o Ministério Público, seria um instrumento para uniformização de rotinas, transparência e *accountability*. Por fim, a criação no Brasil do ‘Conselho de Gestão Fiscal’, importante inovação trazida pela *Lei de Responsabilidade Fiscal* (LRF, 2000), que teria, entre outras atribuições, uniformizar procedimentos para a aplicação da lei pelos Tribunais de Contas”.

De outra banda, há quem veja em referido recurso uma espécie de mitigação da própria competência das Cortes de Contas, que, como órgãos jurisdicionais, não estariam sujeitos a transigir naquilo que têm obrigação constitucional de realizar.

Fato é que, apesar de já estar em franca aplicação em diversos Estados, não se tem notícia de ter sido adotado pelo Tribunal de Contas da União, instituição que, pelo âmbito de sua jurisdição, acaba por ser o referencial de atuação de todo o sistema. Entretanto, como mencionado acima, pode-se entender que os TAGs teriam suporte no art. 71, IX da Constituição, e seriam, portanto, perfeitamente regulamentáveis pela Corte da União em seu diploma de regência, apenas não o sendo, até o momento, por opção. Nessa vertente, nenhuma incompatibilidade haveria ao se instituir aludidos mecanismos no âmbito do controle externo dos demais entes federados.

O ponto de vista da presente dissertação é uma espécie de combinação das hipóteses supra aventadas. Explica-se: não se questiona, em absoluto, o total cabimento dos TAGs no contexto do controle externo, especialmente mediante um enfoque calcado na AED; porém, a mesma certeza esvanece diante do robusto argumento da preservação da competência das Cortes de Contas, sendo, por essa ótica, muito mais plausível que sejam os compromissos consensuais firmados pelos Órgãos Ministeriais que atuam junto aos Tribunais – a exemplo do que ocorre no ambiente judicial –, visto que a esses é dado acionar os colegiados em caso de desobediência à lei, o que pode ser evitado se forem antes estabelecidas cláusulas de cumprimento e eventualmente de compensação por determinadas condutas.

Preserva-se assim, a plena apreciação dos atos e fatos de gestão pelas Cortes, que não terão transigido no decorrer dos processos. A vinculação, nessa hipótese, ficaria adstrita apenas ao Ministério Público de Contas, que, numa análise de custo-benefício e de oportunidade, terá acordado termos que, uma vez satisfeitos, impedirão a representação que seria oferecida ao Tribunal sobre referida questão. Em outra mão, não observado o TAG, estaria o *Parquet* “liberado” para, aí sim, levar ao conhecimento da Corte a situação irregular, pleiteando as medidas de praxe.

Mostra-se inequívoco, de todo o visto, que ambos os institutos – auditorias operacionais e termos de ajustamento de gestão – se consubstanciam em instrumentos do controle externo fortemente informados pela AED, ainda que isso não tenha, ao menos em larga escala, sido explicitamente aventado, lacuna que se busca agora colmatar.

Iniciativa que bem exemplifica o instrumento ora comentado foi a levada a cabo pelo Ministério Público de Contas do Estado do Pará, nos idos dos anos 2011, quando, diante da recalitrância da autarquia previdenciária estadual em atender, por reconhecida impossibilidade operacional, às determinações e diligências do Tribunal de Contas do Estado, lançou aquele *Parquet* especializado mão de solução de compromisso de modo a, de um lado, postular a suspensão da reiterada (e, até por isso, inócua) penalização do titular daquele órgão e, de outro, propiciar os meios necessários ao restabelecimento da eficiência do instituto de previdência na concessão dos benefícios aos interessados, permitindo a redução do tempo médio de sua tramitação.

À época chamado de Termo de Compromisso de Conduta (TCC N° 01/2011, de 28/06/2011)⁹² – o que em nada lhe retira a ínsita condição de verdadeiro Termo de Ajustamento de Gestão – o documento trouxe os considerandos de praxe que demonstravam a competência do órgão ministerial para sua assinatura, tais como o dever legal de zelar pela ordem jurídica perante o respectivo Tribunal de Contas, bem assim a acolhida justificativa apresentada pela autarquia e o firme propósito demonstrado por esta em sanar as pendências acumuladas, sendo então estabelecido o encaminhamento consensual, com prazo definido, no sentido da adoção de diversas medidas administrativas tendentes a otimizar os procedimentos previdenciários, *v.g.*, priorizando a regularização de documentação comprobatória do direito aos benefícios, com eventual bloqueio de pagamentos, a realização de recadastramento de beneficiários, a previsão de concurso público para adequação do quadro de pessoal e o aprimoramento do sistema informatizado do instituto.

Ainda que embrionário, reconhece-se grande valor histórico em referido ajuste, dado que já firmado nas condições ora pugnadas pelo presente trabalho, ou seja, no âmbito da competência do Ministério Público de Contas e valendo, diante de seu descumprimento, como situação já plenamente configurada e apta a provocar *incontinenti* a jurisdição da Corte de Controle.

⁹² Texto integral publicado no Diário Oficial do Estado do Pará de 12/09/2011. Disponível em: <<http://www.ioepa.com.br/pages/2011/2011.09.12.DOE.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

4.2 REAFIRMAÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Chega-se ao ponto em que se permite prospectar, na linha de conferir maior segurança ao controle externo da Administração, o quão importante para o sistema é a existência e efetiva atuação, junto aos Tribunais de Contas, de um órgão ministerial especializado – incumbido justamente da defesa da ordem jurídica perante tais Cortes –, totalmente autônomo e independente.

Aliás, como conceber que um ramo do Ministério Público possa realmente o ser, em sua inteireza, se lhe falece a plena e incondicional autonomia institucional, como garante primeiro de sua inquestionável independência funcional?

Trata-se justamente do tema que será enfrentado nos próximos subitens.

4.2.1 A Imprescindível Autonomia Administrativa e Financeira

Como *custos legis* da jurisdição exercida pelos Tribunais de Contas, o Ministério Público de Contas deve opinar em todos os assuntos em trâmite perante aquelas Cortes, dizendo do direito e exercendo a salvaguarda da Constituição e das leis, como fiscal da sociedade perante o controle externo da Administração Pública, sindicando a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de gestão quanto aos aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial.

Nessa toada, o elenco de competências do Tribunal de Contas da União, presente no art. 71 da CRFB/1988 e reproduzido, para as Cortes das demais unidades federadas, em suas respectivas Cartas, deve passar pelo prévio crivo do Ministério Público de Contas, sobressaindo-se as seguintes:

- Emissão de parecer prévio nas contas anuais do correspondente chefe do Poder Executivo;

- Julgamento das contas anuais dos administradores e ordenadores de despesas;

- Julgamento das contas relativas a transferências voluntárias realizadas; e

- Apreciação, para fins de registro, das admissões de pessoal e das concessões de aposentadorias, reformas e pensões.

Sua atuação, contudo, não se esgota nas manifestações exaradas nos processos em curso nos Tribunais de Contas, exercendo ainda o poder-dever de, diante de evidências de irregularidades detectadas em seu mister ordinário ou mediante notícias de fato ou denúncias recebidas, instaurar procedimentos próprios de apuração e, como consequência, eventualmente representar à própria Corte de Contas ou, ainda, ao órgão ministerial da esfera competente, acaso se trate de assunto que escape à competência administrativa dos Tribunais de Contas, como nos casos de indícios de ilícitos de natureza civil ou criminal.

Por óbvio, dada sua atuação extrajudicial, há que se conceber que as funções institucionais dispostas no art. 129 da CRFB/1988 devem ser temperadas ao Ministério Público de Contas, já que não há que se falar, por exemplo, em promoção de ações penais ou cíveis e, muito menos, do exercício do controle externo da atividade policial pelo *Parquet* especializado de contas.

Por outro lado, se mostra isento de dúvidas que referido órgão tem, sem exaurimento de possibilidades – como, aliás, já mencionado em relação aos Procuradores de Contas em linhas anteriores deste trabalho –, o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados pela Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (art. 129, II), bem assim o poder de instaurar procedimentos administrativos e, no âmbito destes, expedir notificações, requisitar informações e documentos para sua instrução (art. 129, VI), além de exercer outras funções que lhe forem conferidas em compatibilidade com sua finalidade (art. 129, IX).

A par da cristalina dicção constitucional esculpida no art. 130 da CRFB/1988, paira ainda sobre o Ministério Público de Contas uma certa incompreensão quanto à sua conformação institucional, girando a celeuma, especificamente, em torno da autonomia administrativa e financeira do órgão em relação aos Tribunais de Contas junto aos quais funciona, o que, se não lhe retira a condição de defesa da ordem jurídica, certamente gera instabilidade institucional que acaba por fragilizar todo o sistema em que está inserido⁹³.

A discussão remonta ao julgamento da vetusta ADI 789/DF⁹⁴, ocorrido em 1994, pelo qual o Supremo Tribunal Federal, ao analisar, àquela altura, impugnação normativa

⁹³ Em comparação um tanto imprópria (vide nota nº 36), porém ilustrativa no contexto do presente trabalho, colhe-se, como situação relativamente análoga, a questão da autonomia e independência das Agências Reguladoras em face do Poder Executivo como condicionantes de sua atuação na plenitude esperada.

⁹⁴ Diário da Justiça de 19/12/1994.

especificamente relacionada ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, assentou que aquele órgão especializado detinha, sim, estatura constitucional, embora estivesse inserido na intimidade estrutural da Corte de Contas da União.

Tal posicionamento foi, em seguida, a pretexto do sempre invocado princípio da simetria inscrito no art. 75 da Carta de 1988, equivocadamente interpretado como indistintamente aplicável aos demais órgãos ministeriais de contas da Federação⁹⁵, malgrado tenha o STF se detido somente ao *Parquet* com atuação junto ao TCU e à lei orgânica daquela Corte que dele tratava.

De se ressaltar, outrossim, que o voto vencedor, do Ministro Relator Celso de Mello, chegou, em certa passagem, a vislumbrar o Ministério Público de Contas como órgão de feição institucional própria:

[...]

A análise do texto constitucional brasileiro permite concluir, a partir da explícita referência feita pelo art. 73, § 2º, I, e pelo art. 130, que, hoje, não há como recusar a existência de um Ministério Público especial junto aos Tribunais de Contas, não obstante a ausência de menção a esse órgão estatal no rol descritivo constante do art. 128 da Carta Política.

Com a evolução do direito republicano, o Ministério Público especial junto ao Tribunal de Contas da União, notadamente a partir da Carta Federal de 1967 (art. 73, § 5º), veio a ser consagrado, ante a inquestionável necessidade de sua institucionalização, como órgão provido de estatura constitucional.

O Texto Básico de 1969, fiel a essa tendência, preservou a qualificação constitucional do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (art. 72 § 5º).

A nova Lei Fundamental do Estado, ao conferir assento jurídico ao Ministério Público que atua perante os Tribunais de Contas, veio, na realidade, a prestigiar, agora de modo muito mais expressivo, especialmente em face do que dispõe o seu artigo 130, a tradição que se iniciara, na prática republicana de nossas instituições, com a edição do Decreto n. 1.166, de 1892, que veiculou a primeira Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

Vê-se, pois, que o Ministério Público junto ao TCU, desde os primórdios da República, quando ainda se ensaiava o seu processo de institucionalização no direito positivo brasileiro, revelou-se peça essencial no desempenho das atividades fiscalizadoras e de controle atribuídas a essa alta Corte de Contas.

[...]

A reflexão sobre as posições que se antagonizam no plano doutrinário em torno desse tema, às quais fiz referência no início deste julgamento, leva-me, desde logo, a refutar a tese de que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, porque não incluído no elenco constante do art. 128 da Constituição, revelar-se-ia, só por isso, um órgão marginal, destituído de qualquer referência ou vinculação de ordem institucional.

⁹⁵ O art. 75 da CRFB/1988 determina que as normas estabelecidas naquela Seção IX – DA FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA, do Capítulo I – DO PODER LEGISLATIVO, sejam aplicadas aos Tribunais de Contas dos demais entes da Federação. Ocorre que a disciplina jurídica do Ministério Público de Contas está situada na Seção I – DO MINISTÉRIO PÚBLICO, do Capítulo IV – DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA, o que, por óbvio, o exclui daquele referido comando.

Penso ser bem diversa a realidade constitucional que diz respeito a esse Ministério Público, cuja existência deriva da formal referência a ele feita pela própria Constituição, tanto em seu art. 73, § 2º, I (que cuida da afetação de vagas reservadas aos membros desse órgão no TCU), quanto no próprio art. 130.

Impõe-se reconhecer, desse modo, que **existe** esse Ministério Público especial, cujas atividades funcionais, no entanto, acham-se restritas ao âmbito do Tribunal de Contas da União. **Por encontrar assento normativo no texto de nossa Carta Política, o Ministério Público especial não pode ser desconsiderado em sua inquestionável existência jurídica.** (grifos do original).

Assim, ainda que dúvida pudesse remanescer quanto à direta extração da CRFB/1988 da total autonomia institucional do Ministério Público de Contas, na exata acepção já decantada neste trabalho de poder neutral do Estado, certo é que, em consonância com a prerrogativa de auto-organização que decorre do princípio federativo, a Carta Política por outro lado não veda que as demais unidades da Federação assim o estatuem, como, aliás, bem fez o Estado do Pará, de forma pioneira e exemplar, no longínquo ano de 1959 e, posteriormente, em 1992⁹⁶.

Dessarte, sem embargo de desde logo serem reafirmadas as indissociáveis garantias subjetivas e objetivas de referido órgão ministerial, diante de tal quadro,

[...] ao menos há de se admitir que foi deferido um espaço de discricionariedade legislativa conformatória aos poderes constituídos de cada unidade federativa, que, munidos da procuração de representantes eleitos do povo de cada Estado, acharão a saída que melhor atenda ao interesse público regional. (MESQUITA, 2017, p. 231).

De todo modo, o tema está novamente sob a apreciação do Pretório Excelso, mediante as ADIs 4725/DF e 5254/PA, que questionam justamente a autonomia administrativa e financeira conferida ao Ministério Público de Contas por norma local, respectivamente, dos Estados de Roraima e do Pará.

Trata-se de excelente oportunidade de vir o Supremo a assentar um consentâneo posicionamento sobre o tema com os atuais sopros republicanos. Nessa senda, inclusive, o

⁹⁶ Mediante a Lei Complementar nº 09, de 27/01/1992 (que atualizou a Lei nº 1.843, de 30/12/1959), alterada pela Lei Complementar nº 106, de 21/07/2016, dispondendo sobre a Lei Orgânica do Ministério Público de Contas do Estado do Pará (MPC/PA).

O Ministério Público de Contas dos Municípios do Estado do Pará, órgão congênere com atuação perante o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará (TCM/PA), tem sua organicidade estampada pela Lei Complementar nº 86, de 03/01/2013. Antes desse diploma, o órgão era regido, com base em dispositivo da Lei Orgânica do TCM/PA (Lei Complementar nº 25, de 05/08/1994 e, posteriormente, Lei Complementar nº 84, de 27/12/2012), pela Lei Orgânica do MPC/PA.

Ministro aposentado daquela Corte Carlos Mário da Silva Velloso, em parecer exarado exatamente sobre a ADI 5254/PA, assim se pronunciou⁹⁷:

5.13. Tinha eu a honra de integrar, à época, o Supremo Tribunal Federal e votei no julgamento das ADIs n^os 789 e 160, acompanhando o relator, Ministro Celso de Mello, na primeira, e o precedente do Tribunal, nela havido, quanto à segunda. Voltei, agora, a meditar longamente sobre o tema, e vejo-me levado a reformular meu entendimento, não apenas em razão dessa nova reflexão, mas, principalmente, pelo convencimento de que não existe Ministério Público sem autonomia funcional, da qual é pressuposto a autonomia administrativa e financeira. Se tal não ocorre, não se tem Ministério Público, porque Ministério Público sem as garantias enunciadas é simples órgão de assessoramento e não autêntico *custos legis*. E mais: penso que, no voto que então proferi, não considerei, como devia, do que me penitencio, a autonomia estadual, característica fundamental da federação. E, no Estado Federal brasileiro, em razão dessa autonomia, “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas” pela Constituição Federal (CF, art. 25, §1^o). Convém registrar que o *leading case* – ADI ^o 789, Rel. Min. Celso de Mello – cuidou do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, hipótese em que a questão não comportava, obviamente, exame da autonomia estadual.

Aliás, no caso da ADI do Pará, o Procurador-Geral da República, a despeito de ter sido o proponente da ação, apresentou, posteriormente, ele próprio, já na condição de *custos legis*, parecer⁹⁸ pela improcedência do pedido, por reconhecer que

[...] as disposições questionadas das Leis Complementares estaduais 9, de 27 de janeiro de 1992, e 86, de 3 de janeiro de 2013, ao conferir autonomia administrativa e financeira aos órgãos do Ministério Público de Contas do Estado do Pará e do Ministério Público de Contas dos Municípios, revelam-se de fundamental importância para resguardar atuação livre e desimpedida dos procuradores de contas paraenses e conformam-se plenamente com o art. 130 da Constituição da República.

O próprio Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em resposta expedida em 07/08/2013 a consulta formulada pela Associação Nacional do Ministério Público de Contas

⁹⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4727820>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

⁹⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4727820>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

(AMPCON)⁹⁹, assim se posicionou¹⁰⁰ àquela altura¹⁰¹, em decisão que acolheu unanimemente o voto condutor da Conselheira Relatora, cuja conclusão é inequívoca:

Ante o exposto, o voto é no sentido reconhecer ao Ministério Público de Contas a natureza jurídica de órgão do Ministério Público brasileiro e, em consequência, a competência do CNMP para zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais dos respectivos membros e pela garantia da autonomia administrativa e financeira das unidades, controlando os atos já praticados de forma independente em seu âmbito, e adotando medidas tendentes a consolidar a parcela de autonomia de que ainda carecem tais órgãos.

4.2.2 Independência Funcional e Poder Requisitório

Noutro giro, deve ser destacado que, ainda que a autonomia administrativa e financeira do Ministério Público de Contas venha, como visto, sendo objeto de discussão, certo é que a independência funcional e os poderes explícitos e implícitos de sua atuação jamais foram negados e sequer infirmados pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao revés, mesmo nos precedentes em que não lhe reconheceu taxativamente estruturação material própria, a Corte máxima sempre resguardou ao órgão ministerial especializado de contas o livre desempenho de suas funções, no gozo das prerrogativas constitucionalmente outorgadas ao *Parquet* como gênero, a começar pela própria ADI 789/DF – supra referenciada –, da qual se destaca, como ilustração de tal assertiva, o seguinte trecho do voto condutor do Ministro Celso de Mello:

A extensão constitucional determinada pelo art. 130 da Carta Política, que tem por **únicos** destinatários os **membros** integrantes da Procuradoria que atua perante o Tribunal de Contas da União, não implicou, contudo, e no que se refere a esses servidores públicos, a necessidade formal de edição de lei complementar para a proclamação dos direitos, vedações e demais prerrogativas que são peculiares aos agentes do Ministério Público **comum**, eis que – e naquilo que concerne aos Procuradores oficiais junto à Corte de Contas – tais direitos, vedações e

⁹⁹ Consulta nº 0.00.000.000843/2013-39.

¹⁰⁰

Disponível

em:

<<https://aplicativos.cnmp.mp.br/consultaProcessual/consultaProcesso.seam;jsessionid=3iVowU43L5OWUA5IjdctzHrV#>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

¹⁰¹ Em pronunciamentos posteriores, contudo, em casos concretos e sem expressa revogação da deliberação tomada na consulta, o CNMP vem ainda declinando da competência para fiscalizar o Ministério Público de Contas.

prerrogativas emanam, **diretamente**, de cláusula expressa inscrita na própria Constituição da República. (grifos do original).

Também na decisão da ADI 160/TO¹⁰², de 1998, mesmo ainda enraizado à ideia da ausência de autonomia administrativa e financeira do Ministério Público de Contas, o STF assentou, na dicção do voto do relator da ação, Ministro Octavio Gallotti, quanto ao aspecto da independência funcional dos Procuradores de Contas:

A seus membros, isto sim, são assegurados, sem dúvida, pelo art. 130 da Constituição da República, os mesmos direitos que os conferidos aos do Ministério Público junto ao Poder Judiciário, aí compreendida a plena independência funcional de cada um perante os Poderes do Estado, a começar pelo próprio Tribunal de Contas, em face do qual atuam.

No acórdão dessa ADI, por sinal, há passagem do voto do Ministro Néri da Silveira que já reafirmava a independência funcional objetiva do *Parquet* de Contas, além de trecho da lavra do Ministro Marco Aurélio que já reconhecia até mesmo sua autonomia administrativa e financeira. Seguem as transcrições:

(Min. Néri da Silveira):

Não se pode compreender o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, enquanto Ministério Público, não dotado de uma independência funcional, o que significa a sua não sujeição a qualquer forma de hierarquia, quer ao próprio Tribunal de Contas, quer a outro órgão da Administração. Do contrário, não teriam os seus membros as condições de exercer, com prerrogativas de Ministério Público que é, a missão precípua de fiscal da lei. A autonomia funcional tem, aqui, uma correspondência de independência funcional.

Se o art. 130 da Constituição confere, desde logo, aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas independência funcional, por serem membros do Ministério Público, não se pode entender que a instituição a que pertencem, enquanto tal, embora sem autonomia administrativa, não esteja também dotada de independência funcional, que importa autonomia funcional.

(Min. Marco Aurélio):

Vejo o Ministério Público em atuação nos tribunais de contas como abrangido no grande conjunto revelado pelo artigo 128 da Carta da República. Junto ao Tribunal de Contas da União, ele é apanhado pelo gênero Ministério Público Federal, e, no tocante aos tribunais de contas dos Estados, de acordo com a referência do inciso II do aludido artigo, situa-se no âmbito do Ministério Público dos Estados. O texto do artigo 130 não tem, com a devida vênia, o condão de limitar a aplicabilidade da seção do Capítulo IV da Carta da República à instituição, que é o Ministério Público, junto ao Tribunal de Contas. Ressalta, tão-somente, contarem os membros respectivos com direitos e

¹⁰² Diário da Justiça de 20/11/1998.

forma de investidura próprios à instituição, o Ministério Público, estando submetidos às mesmas vedações dos que o integram. Atente-se para a relevante função do órgão a ser exercida perante as cortes de contas. Não se quis, simplesmente, ver agindo uma simples procuradoria. Partiu-se para a inserção, nesse meio, do próprio Ministério Público, objetivando, com isto, a atividade, em tão sensível campo, de órgão que gozasse não só de autonomia funcional, inerente a tal espécie de atuação, como também de autonomia administrativa. Aliás, não vejo como dissociá-las, quando o que se busca, em última análise, é uma atuação equidistante, independente, daqueles que, a rigor, laboram, precipuamente, como fiscais da aplicação irrestrita do que se contém no arcabouço normativo.

Na mesma toada do Ministro Marco Aurélio e citando o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, Silva (2004, p. 262) manifesta sua incompreensão quanto à incongruência de se reconhecer a autonomia funcional sem o mesmo fazer em relação à autonomia administrativa e financeira do Ministério Público de Contas:

[...] não vejo como ter autonomia funcional sem autonomia administrativa. Pois, se não tiver autonomia administrativa, significa que fica subordinado à estrutura administrativa em que insere. Assim, se falta a autonomia administrativa, seus membros e seu pessoal ficam na dependência de outro órgão, e, conseqüentemente, carecerá daquelas prerrogativas que configuram a autonomia funcional, reconhecida pelo Eminentíssimo Ministro!

Já no julgamento da ADI 328/SC¹⁰³, de 2009, colhe-se do voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhado à unanimidade, que o Supremo novamente tangenciou, como sutilmente já houvera feito na ADI 789/DF, para além da independência funcional, a própria roupagem institucional do Ministério Público de Contas:

O art. 73, § 2º, I, da Constituição Federal, como visto, prevê a existência de um Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, estendendo, no art. 130, aos membros desse *Parquet* especial, os direitos, as vedações e a forma de investidura que dizem respeito ao MP comum, inclusive no tocante à exigência de prévio concurso público para o ingresso na carreira.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, de seu turno, firmou entendimento no sentido de que tais dispositivos, aplicáveis também aos Tribunais de Contas dos Estados, destinam-se a assegurar que os membros desse *Parquet* especial possam atuar com plena autonomia. Essa garantia é reforçada pela previsão de que integrem um órgão dotado de estrutura própria, que não se confunde com a de outras carreiras do serviço público.

¹⁰³ Diário da Justiça Eletrônico de 06/03/2009.

Da parte final do trecho acima transcrito, vem bem a propósito o pensamento de Britto (2017, p. 29):

[...] E assim me parece ocorrer, agora, com a normatividade constitucional que vige nos dias que fluem, me parece ocorrer com o Ministério Público de Contas. Ele está ali, junto ao Tribunal, mas não como unidade orgânica, ou unidade administrativa, de cada Casa de Contas. São realidades institucionais que não se interpenetram, as duas vigem uma ao lado da outra, uma paralelamente à outra, uma externamente à outra, embora cuidando da mesma função, controle externo. As Casas de Contas o fazem apreciando e julgando. O Ministério Público de Contas o faz fiscalizando, para opinar com sobrançeria, com total independência.

E o de Freitas (2017, p.65), clarificando vez mais o multicitado art. 130 da CRFB/1988:

Quer dizer, ao referir direitos, vedações, o art. 130 da CF estabelece liame incontornável com a seção que dispõe sobre o Ministério Público. De maneira que valem, por extensão, para o Ministério Público de Contas os princípios da independência funcional (CF, art. 127, § 1º) e da autonomia funcional típica da instituição Ministério Público (CF, art. 127, § 2º).

Mazzilli (2007, p.111), por sua vez, assim plasma sua visão a respeito:

[...] Não o tendo feito por expreso a Constituição de 1988, caberia às Cortes Judiciais, e especialmente à mais alta delas, dentro de uma interpretação sistemática da Lei Maior, reconhecer ao Ministério Público especial os atributos completos de autonomia funcional, administrativa e financeira, sob pena de termos um dos ramos do Ministério Público desfigurado da vocação institucional que a Constituição quis imprimir a essa instituição como um todo.

Também o Superior Tribunal de Justiça, ao abordar, em seus pronunciamentos, a independência funcional do Ministério Público de Contas, a vem consagrando sem restrições ou ressalvas, inclusive com referência ao remansoso escólio do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, sendo elucidativos de tal constatação os seguintes excertos:

Isso porque não se verifica qualquer ilegalidade no v. acórdão recorrido, que bem ressaltou que aos membros do Ministério Público atuante no Tribunal de Contas, muito embora este órgão não possua autonomia administrativa e financeira, são

asseguradas as mesmas garantias e prerrogativas dos membros do MP, tais como requisição de documentos, informações e diligências, sem qualquer submissão à Corte de Contas. Tal entendimento, aliás, foi firmado pelo col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI n. 789/DF (Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19/12/1994), segundo o qual "A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da Constituição [...] Acha-se vocacionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os membros do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas. Esse preceito da Lei Fundamental da República submete os integrantes do MP junto aos Tribunais de Contas ao mesmo estatuto jurídico que rege, no que concerne a direitos, vedações e forma de investidura no cargo, os membros do Ministério Público comum."

[...]

Dessarte, insta consignar que a atuação dos membros do Ministério Público perante os Tribunais de Contas revela-se, conforme preconizado pelo col. Supremo Tribunal Federal, plenamente independente perante todos os poderes do Estado, a começar pela Corte onde oficiam. Tal autonomia, aliás, foi confirmada pelo eg. Supremo Tribunal Federal, conforme os seguintes e mais recentes julgados, dos quais colaciono as ementas:

(RHC 35.556/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 28/11/2014).

Nesse sentido, evidente está o interesse ministerial de agir relativamente ao cumprimento das requisições por ele formuladas à Corte de Contas estadual, a fim de se ter condições de avaliar, fiscalizar, investigar os números lançados pelo Tribunal no seu Relatório de Gestão Fiscal do 1º quadrimestre de 2004.

Além disso, o art. 32 da Lei Complementar estadual n. 121/1994 e do art. 3º, parágrafo único, da Lei Complementar estadual n. 178/2000 obriga os órgãos da Administração direta ou indireta dos Estados e dos Municípios, bem como as demais entidades, de direito público ou privado, que administrem ou apliquem dinheiros públicos a atenderem as requisições do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas necessárias ao desempenho de suas atribuições e a lhe exibirem, para o mesmo fim, seus livros e registros, tudo a fim de fiscalizar a administração e a boa e regular aplicação dos dinheiros públicos, e, como no caso dos autos, para avaliar, fiscalizar, investigar os números lançados pelo Tribunal no seu Relatório de Gestão Fiscal do 1º quadrimestre de 2004.

(RMS 22.591/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell, DJe de 02/12/2010).

Com razão, o poder de requisitar documentos e informações é essencial para o Ministério Público, qualquer que seja ele, comum ou especial. É essencial para ele bem exercer suas funções de proteger a sociedade, pois para isso foi criado, para representar a sociedade e fazer prevalecer os seus interesses. O poder de requisição é ínsito à função ministerial. E como bem lembrado pela ora recorrente, tal poder vem ainda respaldado pela Lei 12.527/11, ao garantir a qualquer cidadão o acesso a informações dos órgãos públicos. Se assim é, não poderia ser diferente justo com o Ministério Público, que ao buscar informações ou documentos junto aos poderes e órgãos públicos fá-lo em nome e para a sociedade.

(RMS 50.353/MS, Decisão Monocrática, Min. Assusete Magalhães, DJe de 15/05/2017).

Na mesma linha de raciocínio, o Ministério Público Federal, em parecer¹⁰⁴ da lavra do Subprocurador-Geral da República Geraldo Brindeiro, assim opinou nos autos do RMS 51.841/CE, ainda pendente de julgamento perante o Tribunal da Cidadania:

[...]

Nesse sentido, o artigo 130 da Constituição republicana é cristalino ao assegurar independência ao MP de contas, nos mesmos moldes com que guarda o MP comum de ingerências extrínsecas, no desempenho de suas funções institucionais, o que inevitavelmente perpassa pela possibilidade de investigação autônoma, sem que se possa criar óbices normativos ao conhecimento do que for necessário apurar, observadas, sempre, as hipóteses de reservas constitucionais de jurisdição.

Na presente demanda, a questão circunscreve-se à exigência legal do parquet de contas em ver subordinadas as suas requisições à chancela do Presidente do Tribunal de Contas, de forma que não possa solicitar diretamente aos órgãos públicos documentos e informações necessários à instrução e elucidação de feitos de sua competência.

Negar a essa Instituição republicana tal faculdade seria subverter a ordem jurídica constitucional que a consagra, porquanto não se está, conforme sobredito, diante de cláusulas de reserva jurisdicional, tampouco de questões que interfiram diretamente nas liberdades fundamentais individuais, estas sim, blindadas ao exercício direto dos órgãos ministeriais, por força de determinação constitucional.

[...]

Corolário de sua patente independência funcional é o poder requisitório do Ministério Público de Contas. Inclusive, todos os precedentes colacionados do STJ bem retratam e reafirmam essa prerrogativa.

Trata-se, indubitavelmente, da condição chave para uma efetiva e eficaz atuação do órgão ministerial de contas e, por conseguinte, da própria Corte perante a qual funciona. Nessa senda, diante do valor incalculável do material a que tem acesso em seu mister cotidiano, vez que perscruta toda a sorte de atos de gestão que implicam despesas e afetam o patrimônio público, não se concebe restrições ao seu espectro investigatório, o qual, além de ter o condão de prevenir malversações do erário, pode descortinar condutas que deverão ser coibidas e punidas exemplarmente, de forma a desencorajar a atuação de agentes descompromissados com o correito trato da coisa pública.

Aliás, em tempos em que pontificam a *Lei de Acesso à Informação* (Lei nº 12.527, de 18/11/2011) e também a *Lei da Transparência* (Lei Complementar nº 131, de 27/05/2009), que alterou a redação da já referida *Lei de Responsabilidade Fiscal*, determinando a

104

Disponível

em:

<<http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/protected/download?modulo=0&sistema=portal&id=AAB7F6513DB05DA21A604B7877A692E3>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária dos entes federados, não se coaduna com o ideal republicano que seja impedido o livre acesso do *Parquet* especializado de contas aos dados que poderão instruir seus procedimentos investigatórios, devendo qualquer tentativa nesse sentido sofrer imediato reproche, na esteira, como visto, da remansosa jurisprudência de nossos Tribunais Superiores.

Casos há, a propósito, de gestores que sofreram ações propostas pelo Ministério Público comum exatamente pelo fato de desatenderem às requisições do Ministério Público de Contas, sendo referenciais, por todas as outras, as recentes experiências vivenciadas no Distrito Federal e no Estado de Alagoas.

De fato, no DF, diante da sonegação e prestação incorreta de informações ao Ministério Público de Contas, o juízo de 1º grau, em sede de ação civil de improbidade administrativa, prolatou sentença condenatória da qual se extraem os seguintes trechos representativos:

[...]

Demonstrada está, portanto, não só a prática de um ato que violou o princípio da publicidade (princípio basilar da Administração Pública), como também de um ato maculado pela má-fé (desonestidade) dos requeridos, a fim de inviabilizar o controle externo a ser exercido pelo Ministério Público de Contas do Distrito Federal, enquadrando-se tal conduta ao disposto no artigo 11, caput, da Lei 8.429/92.

[...]

Atento, então, ao Princípio da Proporcionalidade, cláusula material do Devido Processo Legal, e à individualização da sanção, entendo proporcional a imposição da penalidade de multa civil equivalente cinco vezes ao valor da remuneração que percebiam ao tempo da expedição das respectivas respostas ao Ministério Público de Contas do Distrito Federal, tendo em vista que a conduta ímproba revelou-se altamente gravosa aos interesses públicos defendidos pelo órgão de controle.

[...]

(Processo nº 2015.01.1.006471-8. TJDFT. 7ª Vara da Fazenda Pública do DF. Ação Civil de Improbidade Administrativa. DJe de 15/03/2017).

Já em Alagoas, diante da recalcitrância em atender ao requisitado pelo *Parquet* de contas, foi proposta ação penal por desobediência em face de Prefeito Municipal, cuja denúncia foi recebida à unanimidade de votos pelo Pleno do Tribunal de Justiça local¹⁰⁵, havendo o representante do Ministério Público estadual asseverado em sua peça acusatória que:

¹⁰⁵ Processo nº 0500003-08.2016.8.02.0000. TJ/AL. Ação Penal. Rel. Des. Sebastião Costa Filho. DJe de 25/11/2016. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

Urge salientar que o Ministério Público de Contas possui poder de requisição em relação à Administração Pública Municipal, exercido em face dos gestores públicos municipais, conforme expresso nos arts. 129, VI e 130 da Constituição Federal de 1988 [...].

Assim, a decantada independência funcional do Ministério Público de Contas exsurge incólume e assim deve permanecer para o bom funcionamento do sistema de controle externo como um todo, sendo-lhe garantidos os mecanismos de investigação de que dispõe em sua seara específica – de que é prosaico exemplo o poder requisitório – soando desarrazoada qualquer medida tendente a obstaculizar tal desiderato. Nesse diapasão, o remate de Ringenberg (2017, p. 277):

É evidente que se qualquer interessado pode requisitar informações com amparo no ordenamento constitucional e infraconstitucional, com mais razão poderá o Ministério Público de Contas, por meio dos seus membros, posto tratar-se de órgão de extração constitucional, que age no desempenho de atribuições impostas pela *Carta Maior* e leis inferiores, exatamente com foco na promoção da fiscalização da administração pública.

Não faria sentido, por óbvio, obrigar ao membro do Ministério Público de Contas se desvestir do cargo público, cujas prerrogativas são ínsitas, para agir em nome próprio, como cidadão, e somente assim obter informações imprescindíveis ao exercício do mister ministerial.

4.3 PROPOSTAS LEGISLATIVAS PARA APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA

Como já pontuado alhures, os próprios atores do controle externo da Administração entendem que aprimoramentos devem ser viabilizados de modo a tornar o sistema mais consentâneo com os hodiernos anseios da sociedade e menos sujeito aos riscos que lhe rondam.

Pelo enfoque que informa e alinhava o presente trabalho, a possibilidade de captura da atividade regulatória da Administração – atividade essa ora reconhecida como mister dos Tribunais de Contas – é o infortúnio a ser afastado, havendo, especialmente do ponto de vista da faceta representada pela influência política pela mera política, como se avançar por modelos que a mitiguem ou a mantenham em limite aceitável, ou seja, que aquela não prepondere isoladamente sobre critérios técnicos e meritórios.

Nesse contexto, divisam-se na atualidade duas propostas principais de emendas à Constituição: a de número 329, apresentada em 2013 na Câmara do Deputados e a de número 22, proposta em 2017 no Senado Federal.

A PEC Nº 329/2013 – Câmara do Deputados (cujo inteiro teor consta do Anexo II), encontra-se, no momento em que esta dissertação é finalizada, em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara, ainda pendente de votação quanto à sua admissibilidade, já tendo o voto favorável do Relator e um voto em separado contrário, havendo ainda sido alvo de debate em Audiência Pública no âmbito da CCJC¹⁰⁶.

Já a PEC Nº 22/2017 – Senado Federal (texto integral no Anexo III), também se encontra, nestes idos de 2018, na equivalente comissão daquela Casa, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), estando em fase de requerimento de tramitação conjunta com outras proposições correlatas¹⁰⁷.

Quanto ao mérito, a par de proporem, essencialmente, alterações na composição dos Tribunais de Contas, as iniciativas têm veios próprios que as diferenciam em alguns aspectos e ao mesmo tempo as aproximam em outros. De se ver o que de mais relevante reservam.

A PEC 329 é a mais longeva – já alcança seus cinco anos de existência – o que invariavelmente lhe impõe, senão um dever, ao menos a salutar precaução da revisão, ainda que para eventualmente ser ratificada em todos os seus termos. Seu intento declarado é o de remover totalmente a possibilidade de indicação de origem exclusivamente política para a composição dos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios, alocando todas as vagas a membros eleitos junto às carreiras em exercício no/perante as Cortes, bem assim aos órgãos de representação das áreas de formação afins ao controle externo, da seguinte forma:

- Uma vaga para os Auditores de Controle Externo (carreira técnica dos Tribunais de Contas);
- Uma vaga para os membros do Ministério Público de Contas;
- Uma vaga para os Conselhos Profissionais das áreas de Direito, Contabilidade, Economia e Administração (para mandato alternado de quatro anos);
- Quatro vagas para os Auditores (Conselheiros Substitutos).

Paralelamente, conferindo maior chance de aferição objetiva da idoneidade moral e da reputação ilibada e, ainda, dos notórios conhecimentos exigidos pela Constituição, a proposta

¹⁰⁶ A tramitação da PEC nº 329/2013 – Câmara dos Deputados está disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597232>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

¹⁰⁷ A tramitação da PEC nº 22/2017 – Senado Federal está disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129565>>. Acesso em 15 jul. 2018.

veda a escolha de Ministros e Conselheiros que tenham sido condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado por crimes e atos que os tornem inelegíveis para cargos públicos, além de impor a comprovação de formação superior nas áreas do saber elencadas pela CRFB/1988.

Submete, ademais, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional *interna corporis*, os membros dos Tribunais de Contas ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e, de seu turno, os Procuradores de Contas ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), reservando, a cada qual, cadeiras respectivas nos referidos órgãos de fiscalização.

Estabelece, outrossim, que lei de iniciativa do TCU fixará as normas gerais de organização, fiscalização, competência, funcionamento e processos dos Tribunais de Contas, bem como o procedimento extraordinário de uniformização da jurisdição de contas. Aliás, ao TCU, passam a competir a organização e o estabelecimento de políticas para o denominado Sistema Nacional dos Tribunais de Contas, priorizando o combate à corrupção, a transparência, o estímulo ao controle social e – muito importante do ponto de vista do presente trabalho – “*a atualização constante de instrumentos e mecanismos de controle externo da administração pública visando à sua eficácia, eficiência, efetividade e economicidade*”.

Nessa mesma lei, ficariam estabelecidas, ainda, as regras gerais sobre as atribuições e os correspondentes concursos públicos para as carreiras de Auditor Substituto de Ministro ou de Conselheiro e de Auditor de Controle Externo.

Por fim, a proposição ratifica, expressamente, a feição institucional do Ministério Público de Contas, do que é consequência sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária, determinando, inclusive, seu número mínimo de membros (em sete).

Trata-se, a toda evidência, de iniciativa vanguardista que, além de revolver o aspecto da composição dos Tribunais de Contas, cria para estes sólidos compromissos constitucionais, os quais se juntam às já examinadas competências também diretamente conferidas a referidas Cortes pela Constituição, formando um arcabouço fundamental de rara completude para uma instituição republicana, o que bem demonstra a importância que lhes é devotada e que se lhes intenta salvaguardar.

Já a PEC 22 é mais recente, e nasceu justamente buscando aperfeiçoar, do ponto de vista de seus apoiadores – dentre os quais, como já mencionado anteriormente, em especial a ATRICON, entidade de representação que congrega os Ministros e Conselheiros brasileiros –,

a discussão iniciada pela PEC 329, sendo um pouco mais contida do que esta no que concerne às mudanças na composição dos Tribunais de Contas, uma vez que mantém a indicação, pelo Poder Legislativo, de vagas desvinculadas de carreiras de origem. Por outro lado, inclui o TCU na proposta quanto a referido aspecto, o que já a coloca, ao menos nesse ponto, à frente. Eis o modelo proposto:

- Quatro vagas para o Congresso Nacional e três para as Assembleias Legislativas ou Câmaras Municipais, conforme o caso;
- Três vagas para Ministros Substitutos e duas para Conselheiros Substitutos;
- Uma vaga para os membros do Ministério Público de Contas;
- Uma vaga para os Auditores de Controle Externo.

Quanto à fiscalização externa, a proposta também vai em linha distinta da outra PEC (que preconiza a submissão ao CNJ dos membros dos Tribunais e, ao CNMP, dos integrantes do Ministério Público de Contas), instituindo um organismo próprio de controle: o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas (CNTC), aos quais se subordinariam, sem prejuízo da competência disciplinar correicional interna, os membros daquelas Cortes, com, todavia, ressalva expressa aos Procuradores de Contas, não havendo previsão quanto ao órgão fiscalizador dos mesmos –, muito embora seja destinado assento a estes no CNTC.

No tocante aos requisitos para a escolha dos Ministros do TCU, a PEC caminha irmanada com a 329, já que estabelece idênticos critérios de aferição da experiência profissional e as mesmas vedações relativas a condenações sofridas por eventuais postulantes, sendo até mesmo mais rígida ao incluir as proferidas por órgão judicial singular, além de também impedir a escolha de quem tenha, nos oito anos anteriores ao surgimento da vaga, contas de gestão reprovadas por Tribunal de Contas ou de governo pelo Poder Legislativo. Em acréscimo, proíbe ainda a escolha de quem tenha exercido, nos três anos anteriores à abertura da vaga, mandato público eletivo, cargo de direção em entidade da administração indireta ou de Ministro de Estado e o equivalente nas demais unidades da Federação.

Já no aspecto relativo ao processo de controle externo no âmbito dos Tribunais de Contas, a proposta também o remete a lei de iniciativa do Tribunal de Contas da União, nada obstante inove em relação à outra PEC sob exame por atribuir, não ao TCU, como naquela, mas ao previsto CNTC a competência para uniformizar a jurisprudência das Cortes, inclusive com a edição de enunciados de caráter vinculante aos Tribunais de Contas em caso de controvérsia entre esses acerca de interpretação de norma constitucional ou de caráter nacional.

Tratam-se, ambas as PECs comentadas, como dito ao norte, de iniciativas que têm o louvável propósito de conferir maior blindagem aos Tribunais de Contas, deixando-os em melhores condições – a par de requisitos mais objetivos e explícitos – de efetivamente exurgirem no cenário nacional livres, ou ao menos com sensível redução, das ameaças que historicamente lhes impõem uma detração incompatível com sua importância republicana.

4.4 O CONTROLE SOCIAL COMO ESTRATÉGIA DE REFORÇO PARA O ALCANCE DA *ACCOUNTABILITY*

Como sobejamente afirmado na presente dissertação¹⁰⁸, a atividade regulatória deve prezar, de modo a auferir maior efetividade, refratariedade ao risco da captura e, em última análise, níveis desejáveis de *accountability*, pela atuação em consonância estratégica com o controle social, ou seja, em situação de franca permeabilidade à sociedade.

Igualmente já se observou, em linhas anteriores, que o aparato jurídico-institucional propiciador do controle social deve estar plenamente disponível, sob pena de referido mister não encontrar espaço de concreção (MATTOS, 2002).

Tanto é assim que o Projeto de Lei nº 6.621/2016, da chamada *Lei Geral das Agências Reguladoras*¹⁰⁹, dispõe, justamente, “sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras [...]” (grifou-se), intentando estabelecer mecanismos de maior acompanhamento das ações de aludidas estruturas.

No âmbito do controle externo da Administração, especialmente no modelo aqui pugnado dos Tribunais de Contas como agentes reguladores do Poder Público, a fiscalização exercida pela sociedade ganha ares de inarredável reforço ao múnus cometido a tais Cortes.

Com efeito, se o destinatário da atividade na hipótese regulada é o conjunto da população, nada mais apropriado e, mesmo, imprescindível, que o retorno dessa coletividade quanto ao alcance e efetividade da atuação dos órgãos e poderes constituídos – na consecução de seus inerentes objetivos e funções institucionais – seja regular e sistematicamente levado ao

¹⁰⁸ Referido, v.g., por Coutinho (2002) e Marques Neto (2005).

¹⁰⁹ Examinado no tópico 1.4 deste trabalho.

conhecimento dos Tribunais de Contas, de modo a auxiliá-los em sua competência e a provocar sua jurisdição.

Nesse contexto, assume extraordinário relevo a aqui já estudada função ouvidora das Cortes de Contas. De fato, as ouvidorias – que, como também já alhures comentado, aparecem no projeto da *Lei Geral das Agências Reguladoras* de forma a se tornar uma realidade universalizada entre essas – já são bem difundidas no âmbito dos Tribunais de Contas, tendo proeminente papel em sua mediação com a sociedade.

Tomando-se por referência a Ouvidoria do TCU, eis que a mesma foi instituída em 2004¹¹⁰, tendo, a teor do art. 31 da Resolução Nº 284, de 30/12/2016 daquela Corte, por finalidade “[...] propor diretrizes relativas à interlocução do Tribunal com o cidadão, bem como coordenar as ações delas decorrentes, de modo a contribuir para o aprimoramento do serviço prestado pelo TCU e, no que couber, pela Administração Pública em geral.”

Com ligeiras diferenças em cada caso concreto, pode se dizer que o citado normativo do TCU bem delinea o canal de comunicação representado pelas ouvidorias das Cortes de Contas brasileiras, sendo patente sua imprescindibilidade para os cidadãos e organizações que desejam exercer o controle social terem acesso a tais estruturas.

Paralelamente, o viés de acompanhamento da prestação dos serviços públicos e de contribuição para seu aprimoramento realizado pela sociedade, que é propiciado chegar aos Tribunais de Contas pelas ouvidorias, torna ainda mais evidente o papel de agente regulador da Administração que cabe a essas Cortes, como exhaustivamente pugnado no presente trabalho.

Ora, que outra instituição teria mais condições de se retroalimentar com as informações do destinatário final da gestão pública do que aquela a quem a Constituição confiou seu controle externo? E mais, a quem melhor poderia o cidadão se reportar senão às Cortes que têm o poder-dever de intervir e corrigir os rumos dos governos, especialmente na linha proposta por esta dissertação, de preponderante atuação *pari passu*?

Além disso, a própria prestação pública dos Tribunais de Contas deve estar totalmente aberta ao *feedback* popular, de modo a igualmente viabilizar, em seu contexto interno, o atingimento dos desejáveis níveis de *accountability*. Bem a propósito, Willeman (2017, p. 51)

¹¹⁰ Consoante informação constante da página oficial da Ouvidoria do TCU na *internet*. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/ouvidoria/>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

assevera ser “fundamental que as agências de *accountability* saibam conviver e praticar a transparência e a publicidade que elas próprias procuram impingir em seus destinatários”.

Aliás, como aqui já dito de passagem, o vocábulo *accountability* é de difícil tradução para o português, motivo pelo qual consignou-se, em comentário precedente¹¹¹, que o sentido que melhor lhe caiba talvez seja “responsabilidade com dever de prestação de contas” ou, simplesmente, “responsabilização”. Para Willeman (2017), tal desiderato assegura que os agentes públicos sejam responsáveis e responsivos, obrigatoriamente justificando e informando os destinatários acerca de seus atos, e, via de regra, suportando as inerentes consequências.

Assim, ainda que às Cortes de Contas seja cometido controlar todos os demais órgãos públicos do ponto de vista de suas gestões, não se pode descurar que àquelas também cabe primar pela correção em suas próprias administrações e a necessária prestação de contas, no que o controle social é, igualmente, decisivo, na exata tradução de “fiscal do fiscalizador”.

Tal noção soma-se à perspectiva examinada na seção anterior com relação à possibilidade de submissão dos Tribunais de Contas ao crivo de órgãos superiores de controle, sejam esses, conforme as principais propostas de emendas à Constituição atualmente em trâmite, o já existente Conselho Nacional de Justiça ou o a ser criado Conselho Nacional dos Tribunais de Contas.

De todo modo, essa dúplici função do controle social em relação às Cortes de Contas – de auxiliá-los em seu mister e também de fiscalizá-los – já encontra plenas possibilidades no quadro institucional brasileiro já que, como visto, as ouvidorias das Cortes podem ser provocadas em ambos os sentidos, devendo haver, num ambiente de estrita observância à *accountability*, o devido recebimento, encaminhamento e solução ou processamento das demandas, críticas e denúncias apresentadas.

Aspecto relativamente recente trazido pela Lei nº 13.460, de 26/06/2017, que dispõe sobre a participação e proteção aos direitos dos usuários de serviços públicos, é a *Carta de Serviços ao Usuário*¹¹², documento que, consoante estatui o art. 7º, § 1º de aludido diploma, “[...] tem por objetivo informar o usuário sobre os serviços prestados pelo órgão ou entidade,

¹¹¹ Vide nota nº 29.

¹¹² Diz-se relativamente recente porquanto referido instrumento (com a denominação de *Carta de Serviços ao Cidadão*) já tinha previsão bem anterior, no âmbito da Administração Pública Federal, por força do Decreto nº 6.932, de 11/08/2009, somente sendo, todavia, obrigatório para todas as esferas a partir da lei em tela.

as formas de acesso a esses serviços e seus compromissos e padrões de qualidade de atendimento ao público.”

De divulgação obrigatória por todos os órgãos e entidades do Poder Público – ou seja, pelos Tribunais de Contas¹¹³ e por seus jurisdicionados – referida carta é um precioso instrumento de compromisso a ser fiscalizado e cobrado das e pelas Cortes de Contas e pelo controle social, já que deve conter, dentre outras informações, os serviços oferecidos, sua forma de acesso, os prazos e a forma de prestação.

Constam ainda da lei sob comento, em capítulo próprio, disposições acerca das ouvidorias, sendo reafirmado em relação a essas (art. 13) que têm, entre outras atribuições precípuas, as de:

- I - promover a participação do usuário na administração pública, em cooperação com outras entidades de defesa do usuário;
- II - acompanhar a prestação dos serviços, visando a garantir a sua efetividade;
- III - propor aperfeiçoamentos na prestação dos serviços;
- IV - auxiliar na prevenção e correção dos atos e procedimentos incompatíveis com os princípios estabelecidos nesta Lei;
- V - propor a adoção de medidas para a defesa dos direitos do usuário, em observância às determinações desta Lei;
- VI - receber, analisar e encaminhar às autoridades competentes as manifestações, acompanhando o tratamento e a efetiva conclusão das manifestações de usuário perante órgão ou entidade a que se vincula; e
- VII - promover a adoção de mediação e conciliação entre o usuário e o órgão ou a entidade pública, sem prejuízo de outros órgãos competentes.

A este ponto, parece restar indene de qualquer dúvida a necessária e sinérgica relação entre os Tribunais de Contas e o controle social, com a precisa intermediação viabilizada pelas ouvidorias das Cortes. A respeito, leciona Cunha (2016, p. 190) que:

[...] a *accountability* se desenvolve em duas direções: horizontal e vertical. A *accountability vertical* ocorre quando os cidadãos controlam os políticos e governos através de plebiscito, referendo e voto, ou mediante o exercício do controle social. [...] Já a *accountability horizontal* ocorre através da mútua fiscalização e controle existente entre os poderes – os freios e contrapesos –, ou entre os órgãos, por meio dos Tribunais de Contas ou Controladorias Gerais e agências fiscalizadoras. (grifou-se).

¹¹³ De se ver, a título de exemplo, a *Carta de Serviços ao Controle Social*, do TCU. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/carta-de-servicos-ao-controle-social.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

A essas dimensões vertical e horizontal da *accountability*, Willeman (2017) acrescenta a noção de *accountability* diagonal, que se consubstancia exatamente na resultante da interação entre as duas outras direções, ou seja, na medida em que o controle social (*accountability* vertical) exerce seu papel de observador e denunciante, força a atuação institucional da esfera horizontal, representada pelos órgãos de controle (aqui, os Tribunais de Contas como agentes reguladores), ou seja, propicia o engajamento da cidadania à atuação tipicamente estatal, com maiores e melhores resultados finais.

A autora observa, entretanto, que as condições para tanto devem estar presentes – algo como o aqui já tratado aparato jurídico-institucional propiciador do controle social –, sendo as mesmas uma espécie de resumo das observações lançadas na presente seção, assim por ela enumeradas:

(i) participação, segundo o qual o eixo horizontal de *accountability* deve colocar-se aberto à inserção e à participação da cidadania, em lugar de se criarem novas e separadas instâncias de controle; (ii) fluxo informacional, que busca assegurar o acesso da cidadania a informações de interesse público que, em regra, somente estariam disponíveis às instâncias horizontais de fiscalização, bem como garantir o acesso às decisões e deliberações adotadas pelas próprias agências de *accountability* horizontal; (iii) e, finalmente, agregação de autoridade, segundo o qual o exercício da *accountability* diagonal favorece e, ao mesmo tempo, aproveita-se da autoridade legalmente reconhecida às entidades do eixo horizontal tanto para exigirem respostas, quanto para aplicarem sanções formais a agentes estatais submetidos à sua fiscalização. (WILLEMANN, 2017, p. 55)

Experiência que bem ilustra o potencial do controle social na atuação conjunta com os agentes horizontais da *accountability* é a ação que ficou conhecida como "Ouvidoria Ativa do PNAE: *Égua da merenda, João!*"¹¹⁴.

Trata-se de projeto realizado pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), através de sua Regional/Pará, em parceria com a Faculdade de Ciências Contábeis da Universidade Federal do Pará (UFPA) e o Observatório Social de Belém, capital do Estado do Pará¹¹⁵.

¹¹⁴ A iniciativa, muito difundida em nível local, carrega, em sua denominação, expressão comum do linguajar popular dos belenenses: a interjeição *égua!*, que pode denotar diversos estados de ânimo, tais como encantamento, espanto, surpresa, apreensão ou insatisfação, vindo bem a calhar ao propósito do projeto.

¹¹⁵ As informações sobre a operacionalização da iniciativa foram extraídas do 1º Relatório de Ouvidoria Ativa no Programa Nacional de Alimentação Escolar Estadual – Jan-Fev/2017, do Núcleo de Ações de Ouvidoria e Prevenção da Corrupção – NAOP, do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) –

Utilizando o aplicativo para dispositivos móveis denominado “Monitorando a Cidade”¹¹⁶, desenvolvido pelo Centro de Mídia Cívica do *Massachusetts Institute of Technology (MIT)*, dos EUA, foi iniciado, no ano de 2016, o monitoramento diário da merenda escolar pelos próprios beneficiários do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), nas escolas públicas da rede estadual situadas no município de Belém.

Assim, com a participação ativa dos alunos na coleta dos dados, o objetivo foi colaborar com a gestão pública no controle da qualidade do PNAE, avaliando a efetividade do programa em nível local. Auxiliando na capacitação do alunado, o Tribunal de Contas do Estado também acompanhou os trabalhos, inclusive realizando palestras sobre cidadania, controle social e educação fiscal.

O primeiro relatório da atividade, relativo à fase piloto desenvolvida entre janeiro e fevereiro de 2017 em 16 (dezesesseis) escolas, apresentou resultados bem claros, especialmente diante dos objetivos quesitos pesquisados, que envolveram questões diretas do tipo: “o cardápio foi divulgado?”, “hoje teve merenda?”, “o que foi servido?” e “que nota você dá para a merenda?”, além de ser pedido que fosse registrada uma foto da merenda.

As conclusões – adstritas à amostra, mas bastante reveladoras – dão conta de que não houve satisfatória divulgação do cardápio que seria servido, não permitindo, via de consequência, a verificação de sua adequação em termos de valor nutricional e o controle prévio dos processos de compras das matérias-primas envolvidas. Além disso, foi constatada a oferta irregular de merenda dentre as escolas pesquisadas, com algumas chegando ao cúmulo de não a disponibilizar em nenhum dos dias pesquisados.

Como encaminhamento ao Poder Público, o relatório expediu diversas propostas de aperfeiçoamento do programa, as quais valem tanto como roteiro de boas práticas para a Secretaria de Estado de Educação como de atuação do controle exercido pelo Tribunal de Contas do Estado, destacando-se, dentre outras, a elaboração de um cardápio unificado para todas as escolas, a realização das compras dos gêneros alimentícios com base em tal cardápio

Regional/Pará. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/06/estudantes-utilizam-aplicativo-de-celular-para-auxiliar-cgu-no-monitoramento-da-merenda/relatorio-ouvidoria-ativa-pnae-pa.pdf>>. Acesso em 16 set. 2018.

¹¹⁶ “Plataforma de monitoramento desenhada para ajudar comunidades, indivíduos e organizações da sociedade civil a monitorar compromissos do poder público e, desta forma, demandar uma maior responsabilidade cívica dos gestores e políticos. As ferramentas do Monitorando a Cidade ajudam cidadãos a identificar temas importantes que afetam sua vida cotidiana, a organizar campanhas locais de coleta de dados e a criar visualizações interessantes para promover transformações sociais positivas”. Disponível em: <<https://monitor.promisetracker.org/?locale=pt-BR>>. Acesso em: 16 set. 2018.

e o estabelecimento de cronograma de distribuição dos insumos necessários à efetiva dispensação da merenda escolar dentre todas as unidades de ensino.

CONCLUSÃO

A presente dissertação teve por objetivo propor uma ressignificação do papel dos Tribunais de Contas, de modo que, a partir de suas próprias competências, poderes e atribuições, se possa passar a compreendê-los não apenas como estruturas responsáveis pelo controle externo da Administração Pública brasileira, mas como seus verdadeiros agentes reguladores.

Tal desiderato foi desenvolvido a partir da observação do arcabouço orgânico-funcional de referidas Cortes, no que se vislumbrou um típico viés regulatório em seu mister, o que se passou a investigar com base científica oriunda da Economia – a Teoria da Regulação – , a qual foi então aplicada ao sistema político-jurídico representado pelo controle externo do Poder Público (executado pelos Tribunais de Contas), em franco raciocínio fulcrado no movimento conhecido como Análise Econômica do Direito.

Outrossim, além de fazer exsurgir as características de entes reguladores das Cortes de Contas, buscou-se demonstrar que, exatamente por ostentar essa ínsita condição, sua atuação pode ser mais eficiente e efetiva se instrumentalizada por fundamentos e métodos assentados justamente na AED.

Nesse diapasão, o serviço público (*lato sensu* considerado) é o objeto da regulação; os poderes e órgãos públicos, em todas as suas esferas e representações, ou seja, os próprios jurisdicionados do controle externo, são os agentes regulados; e a eficiência e efetividade da Administração Pública em prol da sociedade é o fim perseguido pela atividade regulatória dos Tribunais de Contas.

Assim, a partir de levantamento bibliográfico acerca da Teoria da Regulação e, em especial, da caracterização das Agências Reguladoras em sua conformação no cenário institucional brasileiro, foi possível se fazer o cotejo entre os poderes-funções dessas com os das Cortes de Contas – inclusive mediante a constatação de que ambas as estruturas se postam como legítimas representantes dos chamados poderes neutrais do Estado –, restando patente sua identificação.

A comprovar plenamente a hipótese investigada, observou-se ainda que os Tribunais de Contas, a par da similitude com as Agências Reguladoras em termos de elementos caracterizadores e incumbências, já contam com ferramentas de trabalho que, além de nítido cunho regulatório, igualmente encerram evidente inspiração na AED, tais como as Auditorias

Operacionais e os Termos de Ajustamento de Gestão, as quais ainda não têm, contudo, a amplitude de utilização que poderiam alcançar, certamente pelo fato de os Tribunais ainda não se conceberem como agentes reguladores da Administração.

Por outro lado, verificou-se também que referidas Cortes estão sujeitas ao principal risco inerente à atividade de regulação – o da captura –, a qual pode assumir diferentes facetas, tais como a política, a econômica e a técnica, ainda que com preponderância, nesse contexto, da primeira, dado, em especial, o notório e generalizado questionamento acerca do modo de aferição e do nem sempre estrito cumprimento dos requisitos constitucionalmente previstos para a escolha dos membros vitalícios que irão desempenhar tão destacado encargo.

Destarte, a fim de descortinar alternativas para aperfeiçoar a atuação dos Tribunais de Contas, blindando-os ou, ao menos, minimizando os deletérios efeitos da álea que lhes ronda enquanto responsáveis pelo controle externo da Administração e, pela ótica ora proposta, como agentes titulares de sua atividade regulatória, foram examinados alguns aspectos entendidos como cruciais para conferir maior efetividade a esse múnus.

O primeiro deles é a mudança de paradigma de atuação, instrumentalizada pela AED e com ênfase, portanto, em critérios viabilizadores de maior eficiência e eficácia. Assim, pugnou-se pela massiva utilização dos mecanismos de reconhecida efetividade e já à disposição dos Tribunais de Contas, como as anteditas Auditorias Operacionais e os Termos de Ajustamento de Gestão, estes últimos conduzidos pelo Ministério Público de Contas. Além disso, defendeu-se que as penalidades aplicadas pelas Cortes de Contas atendam, em sua dosimetria, a técnicas de dissuasão, e que o princípio da economicidade, por ser o que melhor encarna a inolvidável noção econômica de análise de custo-benefício, passe a ostentar maior relevância no exame das contas públicas, sem que isso, em absoluto, represente qualquer menoscabo aos igualmente relevantes princípios da legalidade e da legitimidade, os quais, entretanto, já desfrutam de arraigado prestígio na atividade de controle externo.

O segundo aspecto consiste na necessária reafirmação institucional do Ministério Público de Contas, enquanto órgão incumbido da defesa da ordem jurídica perante as Cortes de Controle. Nessa senda, foi sustentado que a competência ministerial – inelutável à perfectibilização da jurisdição de contas – somente pode ser exercida no alcance constitucionalmente previsto, de total independência funcional, se o *Parquet* especializado detiver autonomia administrativa e financeira, sendo investigado o estágio de amadurecimento

em que se encontra essa questão, tanto do ponto de vista da doutrina quanto da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

O terceiro aspecto relaciona-se com as principais propostas legislativas de aperfeiçoamento do sistema (PEC N° 329/2013 – Câmara do Deputados e PEC N° 22/2017 – Senado Federal), sendo desfiadas e comparadas as mais relevantes inovações e consolidações trazidas por ambas as iniciativas – diga-se, forjadas e apoiadas no âmbito do próprio ambiente de controle externo da Administração –, com destaque para o estabelecimento de critérios com maior ênfase técnica para a composição das Cortes.

Por fim e, por óbvio, não menos importante, foi demonstrado que a atuação dos Tribunais de Contas em estratégica sintonia com o controle social é fator determinante ao efetivo alcance da hodierna – e já indispensável em matéria de controle – noção de *accountability*, tanto do ponto de vista da responsabilização das próprias Cortes quanto da efetividade da regulação por elas exercida sobre seus jurisdicionados.

Assim, conclui-se que o novel *design* institucional proposto pelo trabalho para os Tribunais de Contas – que os toma como agentes reguladores da Administração Pública brasileira – logra trazer à baila a necessária reflexão sobre essas seculares entidades, as quais, a par de sua inegável relevância no cenário republicano pátrio, podem e devem se reinventar a partir dos subsídios teórico-científicos ora estudados, especialmente os concernentes ao principal risco que tende, enquanto entes regulatórios, a se lhes impingir.

De toda forma, os meios perscrutados para mitigar tal ameaça e verdadeiramente contribuir para o aprimoramento de referidas Cortes de modo sistêmico, consistente e respaldado em robusta base teórica calcada na AED, não se esgotam na presente dissertação; ao revés, servem de impulso para que sejam revisitadas tradições, crenças, comportamentos, procedimentos e normas, de sorte a trazer ao debate alternativas que visem a garantir que os Tribunais de Contas sigam firmes no curso para o qual são vocacionados: o de instituições imprescindíveis para a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Frederico de Freitas Tenório. **A auditoria operacional e seus desafios: um estudo a partir da experiência do Tribunal de Contas da União**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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

_____. A legitimação democrática das agências reguladoras. *In*: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b.

BAGATIN, Andreia Cristina. **O problema da captura das agências reguladoras independentes**. Dissertação (Mestrado). São Paulo: USP, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. *In*: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *In*: _____ (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do estado patrimonial ao gerencial. *In*: SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge; PINHEIRO, Paulo (Orgs.). **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, 1., n. 9, dez. 2001. Disponível em: <http://direitopublico.com.br/pdf_9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-CARLOS-AYRES-BRITTO.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. O regime jurídico do Ministério Público de Contas. *In*: Associação Nacional do Ministério Público de Contas. **Ministério Público de Contas: perspectivas doutrinárias do seu estatuto jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CALIL, Lais. O poder normativo das agências reguladoras em face dos princípios da legalidade e da separação dos poderes. *In*: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAMELO, Bradson; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. A eficiência dos Tribunais de Contas no Brasil: uma abordagem teórica. **Revista de Informação Legislativa – RIL**, Brasília, v. 54, n. 214, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p175>. Acesso em: 18 abr. 2018.

CARVALHO, Vinicius Marques de. Desregulação e reforma do estado no Brasil: impacto sobre a prestação de serviços públicos. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito regulatório – temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

CASTRO, José Ricardo Parreira de. **Ativismo de contas: controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas**. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015.

CAVALCANTE, Carolina Miranda. A economia institucional e as três dimensões das instituições. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rec/v18n3/1415-9848-rec-18-03-00373.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

CHEKER, Monique. **Ministério Público junto ao Tribunal de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COASE, Ronald. H. *The problem of social cost*. In: **Overview and economic analysis of property and criminal law**. New York: Garland Publishing, 1998.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORREA, Paulo *et al.* **Regulatory governance in infrastructure industries: assessment and measurement of brazilian regulators**. Washington: The World Bank, 2006. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/7059/363060Regulato101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

COUTINHO, Diogo R. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

CUNHA, Milene Dias da. A *accountability* como sustentáculo da democracia e sua relação com os órgãos de controle externo tendo a legitimidade do gasto público como parâmetro de controle. **Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 1, dez. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: _____ (Org.). **Direito regulatório – temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil brasileiro**. São Paulo: Método, 2009.

_____. **Teorias contemporâneas do direito e da justiça**. Salvador: Editora JusPodivum, 2018.

FACCIONI, Victor José. Apresentação. In: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON. **Anais do encontro anual dos tribunais de contas do Brasil - 6 e 7 de novembro de 2008, Fortaleza, CE**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil - jurisdição e competência**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FIANI, Ronaldo. Afinal, a quais interesses serve a regulação? **Revista Economia e Sociedade**. Campinas, v. 13, n. 2, jul./dez. 2004. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643054/10606>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. **Teoria dos jogos. Com aplicações em economia, administração e ciências sociais.** 3.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FREITAS, Juarez. Ministério Público de Contas: estágio probatório; vitaliciamento; correição funcional, escolha de Procurador-Geral e autonomia institucional. *In:* Associação Nacional do Ministério Público de Contas. **Ministério Público de Contas: perspectivas doutrinárias do seu estatuto jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. Exposição sobre o projeto de lei processual. *In:* Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON. **Anais do encontro anual dos tribunais de contas do Brasil - 6 e 7 de novembro de 2008, Fortaleza, CE.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do estado e da democracia. *In:* BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 2 – La defensa del usuario y del administrado.* 10. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2014.

GRAU, Eros Roberto. As agências, essas repartições públicas. *In:* SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord). **Regulação e desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2002.

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

HOEMKE, Hamilton Hobus. **Tribunal de Contas – Direito processual de contas: jurisdição, provas e partes.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

INTOSAI - INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS. **Diretrizes para aplicação de normas de auditoria operacional: normas e diretrizes para a auditoria operacional baseadas nas Normas de Auditoria e na experiência prática da INTOSAI.** Tradução de Inaldo da Paixão Santos Araújo e Cristina Maria Cunha Guerreiro. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2005, p.15. Disponível em: <https://www.tce.ba.gov.br/images/intosai_diretrizes_para_aplicacao_de_normas_de_auditoria_operacional.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018.

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

_____. Agências reguladoras e democracia: existe um *déficit* democrático na “regulação independente? ”. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=12728>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. **Curso de direito administrativo.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KEYNES, John Neville. *The scope and method of political economy.* 3. ed. London: Macmillian, 1904.

LEITE, Geraldo Neves. **A eficiência como fundamento jurídico da decisão judicial e o estado de coisas inconstitucional: Uma abordagem crítica à luz do debate de Ronald Dworkin e Richard Posner.** Dissertação (Mestrado). Belém: CESUPA, 2017.

LEBRÃO, Roberto Mercado; GOMES, Emerson Cesar da Silva; MOURÃO, Licurgo. Fiscalização financeira e orçamentária. *In*: OLIVEIRA, Regis Fernandes (Coord. geral); HORVATH, Estevão; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Lições de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo – teoria e jurisprudência para os tribunais de contas**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2018.

MARANHÃO, Jarbas. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas: seus primórdios, normas e atribuições. **Revista de Informação Legislativa - RIL**, Brasília, v. 30, n. 119, jul./set. 1993. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176182>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

MARINHO, Raul. **Prática na teoria – aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Agências reguladoras e as suas características. **Revista de Direito Administrativo – FGV**. Rio de Janeiro, v. 218, out./dez.1999. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47453/45259>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

MATTOS, Paulo. Regulação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil. *In*: FARIA, José Eduardo (Org.). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

_____. (Org.). **Regulação econômica e democracia – o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Os membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. *In*: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; TAVOLARO, Luiz Antonio (Coords.). **Licitações e contratos administrativos: uma visão atual à luz dos Tribunais de Contas**. Curitiba: Juruá, 2007.

MELO, Marcus André. **Instituições e regulação na América Latina**. São Paulo e Santiago: IFHC/CIEPLAN, 2008. Disponível em: < http://www.plataformademocratica.org/PDF/Publicacao_2356_em_13_08_2008_12_17_59.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

MESQUITA, Patrick Bezerra. Ministério Público de Contas brasileiro: ser ou não ser, eis a questão. *In*: Associação Nacional do Ministério Público de Contas. **Ministério Público de Contas: perspectivas doutrinárias do seu estatuto jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas (reflexões iniciais acerca da conexão entre os temas). **Revista de Direito do Estado - RDE**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, abr./jun. 2006.

MOTTA, Fabrício. Composição de tribunal de contas não pode ser refém da política. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/interesse-publico-composicao-tribunal-contas-nao-refem-politica#_ftnref3>. Acesso em 18 ago. 2018.

_____; FERRAZ, Luciano. Controle externo dos orçamentos públicos: efeitos sobre os contratos administrativos de obras públicas. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NÓBREGA, Mailson da. A saída é consolidar o sistema capitalista. In: SICSÚ, João; PINHEIRO, Armando Castelar (Coords.). **Sociedade e economia: estratégias de crescimento e desenvolvimento**. Brasília: IPEA, 2009. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livro_sociedadeeeconomia.pdf>. Acesso em 02 jul. 2018.

NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. O controle do gasto público pelos tribunais de contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=56093>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

_____. Orçamento, eficiência e *performance budget*. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, out./dez. 2012.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. A inadiável e já atrasada reforma dos tribunais de contas. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-11/inadiavel-atrasada-reforma-tribunais-contas>>. Acesso em 18 ago. 2018.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Diante do princípio federativo, seria constitucional uma lei nacional de processo dos tribunais de contas?. **Revista do TCU**, Brasília, n. 113, set./dez. 2008. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/362/408>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. **Revista de Administração Pública – FGV**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, jul./ago. 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6839/5420>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

PAVANI, Daniela Elias. Regulação e agências reguladoras no direito brasileiro. **Revista Virtual da AGU**, ano XIII, n. 132, fev. 2013. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/232524>. Acesso em: 20 mar. 2018.

PELTZMAN, S. A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação. Tradução de Tiago Machado Cortez. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia – o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CORREA, Paulo. Delegação de funções para agências reguladoras independentes: mudanças propostas pelo projeto de lei nº 3.337/04. *In*: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Campus/Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. *In*: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia – o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

_____. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **El análisis económico del derecho**. Mexico: FCE, 2013.

RACHED, Danielle Hanna. Desregulação e telecomunicações. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito regulatório – temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; CEBOLÃO, Karla Azevedo. **Direito e justiça: o CNJ e a avaliação da eficiência pelo método DEA**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RINGENBERG, Diogo Roberto. Poder de requisição do Ministério Público de Contas. *In*: Associação Nacional do Ministério Público de Contas. **Ministério Público de Contas: perspectivas doutrinárias do seu estatuto jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. Regulação financeira, direito e democracia. *In*: FARIA, José Eduardo (Org.). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. **Os Tribunais de Contas e o controle de políticas públicas**. Maceió: Viva Editora, 2014.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Análise econômica progressista do direito – e o novo direito administrativo. Tradução de Mariana Mota Prado. *In*: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia – o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

ROWLEY, Charles K. *Public Choice and the Economic Analysis of Law*. *In*: Nicholas Mercurio (ed.). **Law and Economics**. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989.

SALGADO, Lucia Helena. **Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional**. Rio de Janeiro: IPEA, 2003. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2859/1/TD_941.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SILVA, José Afonso da. O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 26, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. *In*: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia – o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: _____ (Org.). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o *the new deal*. Tradução de Jean Paul Cabral Veiga da Rocha. *In*: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia – o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; _____ (Orgs.). **Direito & economia – análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; _____ (Orgs.). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Coordenadoria de Fiscalização e Controle. **Manual de auditoria de natureza operacional**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2000.

VIANA, Nildo. **Estado, democracia e cidadania: a dinâmica da política institucional no capitalismo**. Rio de Janeiro: Achiamé, 2003.

VILAÇA, Marcos Vinícios. Os Tribunais de Contas na melhoria da Administração Pública. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v.28, n. 74, 1997.

WILLEMANN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ANEXO I – INTEIRO TEOR (TEXTO ORIGINAL) – PL Nº 6.621/2016

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, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei 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, e dá outras providências.

Art. 2º Consideram-se agências reguladoras para os fins desta Lei, bem como para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000:

- 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); e*
- X – a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac).*

Parágrafo único. Ressalvado o que dispuser a legislação específica, aplica-se o disposto nesta Lei às autarquias especiais caracterizadas, nos termos desta Lei, como agências reguladoras e criadas a partir de sua vigência.

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 do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão:*
 - 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 ou prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio independentemente do valor.

CAPÍTULO I

DO PROCESSO DECISÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

Art. 5º A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos.

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, indicando 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.

Art. 7º O processo de decisão da agência reguladora referente a regulação terá caráter colegiado.

§ 1º A diretoria colegiada ou o conselho diretor da agência reguladora deliberará por maioria absoluta dos votos de seus membros, entre eles o diretor-presidente, o diretor-geral ou o presidente, conforme definido no regimento interno.

§ 2º É facultado à agência reguladora adotar processo de delegação interna de decisão, sendo assegurado à diretoria colegiada ou ao conselho diretor o direito de reexame das decisões delegadas.

Art. 8º As reuniões deliberativas do conselho diretor ou da diretoria colegiada de agência reguladora serão públicas e gravadas em meio eletrônico.

§ 1º A pauta de reunião deliberativa deverá ser divulgada no sítio da agência na internet com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis.

§ 2º Somente poderá ser deliberada matéria que conste da pauta de reunião divulgada na forma do § 1º.

§ 3º A gravação de cada reunião deliberativa deve ser disponibilizada aos interessados na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 15 (quinze) dias úteis após o encerramento da reunião.

§ 4º A ata de cada reunião deliberativa deve ser disponibilizada aos interessados na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 5 (cinco) dias úteis após sua

aprovação.

§ 5º Não se aplica o disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo às matérias urgentes e relevantes, a critério do presidente, diretor-presidente ou diretor-geral, cuja deliberação não possa submeter-se aos prazos neles estabelecidos.

§ 6º Não se aplica o disposto neste artigo às deliberações do conselho diretor ou da diretoria colegiada que envolvam:

I – documentos classificados como sigilosos;

II – matéria de natureza administrativa.

§ 7º A agência reguladora deverá adequar suas reuniões deliberativas às disposições deste artigo, no prazo de até 1 (um) ano a contar da entrada em vigor desta Lei, e definir o procedimento em regimento interno.

Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

§ 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora.

§ 2º Ressalvada a exigência de prazo diferente em legislação específica, acordo ou tratado internacional, o período de consulta pública terá início após a publicação do respectivo despacho ou aviso de abertura no Diário Oficial da União e no sítio da agência na internet, e terá duração mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, ressalvado caso excepcional de urgência e relevância, devidamente motivado.

§ 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, na sede e no respectivo sítio na internet, quando do início da consulta pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico usados como fundamento para as propostas submetidas a consulta pública, ressalvados aqueles de caráter sigiloso.

§ 4º As críticas e as sugestões encaminhadas pelos interessados deverão ser disponibilizadas na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 10 (dez) dias úteis após o término do prazo da consulta pública.

§ 5º O posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria.

§ 6º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os procedimentos a serem observados nas consultas públicas.

§ 7º Compete ao órgão responsável no Ministério da Fazenda opinar, quando considerar pertinente, sobre os impactos regulatórios de minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidas a consulta pública pela agência reguladora.

Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

§ 1º A audiência pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria relevante.

§ 2º A abertura do período de audiência pública será precedida de despacho ou aviso de abertura publicado no Diário Oficial da União e em outros meios de comunicação com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, em local específico e no respectivo sítio na internet, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis ao início do período de audiência pública, os seguintes documentos:

I – para as propostas de ato normativo submetidas a audiência pública, o relatório de AIR, os estudos, os dados e o material técnico que as tenha fundamentado, ressalvados aqueles de caráter sigiloso;

II – para outras propostas submetidas a audiência pública, a nota técnica ou o documento equivalente que as tenha fundamentado.

§ 4º A agência reguladora deverá estabelecer, em regimento interno, os

procedimentos a serem observados nas audiências públicas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas.

Art. 11. *A agência reguladora poderá estabelecer, em regimento interno, outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas.*

Art. 12. *Os relatórios da audiência pública e de outros meios de participação de interessados nas decisões a que se referem os art. 10 e 11 deverão ser disponibilizados na sede da agência e no respectivo sítio na internet, em até 30 (trinta) dias úteis após o seu encerramento.*

Parágrafo único. *Em casos de grande complexidade, o prazo de que trata o **caput** poderá ser prorrogado por igual período, justificadamente, uma única vez.*

Art. 13. *A agência reguladora deverá decidir as matérias submetidas a sua apreciação nos prazos fixados na legislação e, nos casos de omissão, nos prazos estabelecidos em seu regimento interno.*

CAPÍTULO II **DA PRESTAÇÃO DE CONTAS E DO CONTROLE SOCIAL**

Seção I **Do Controle Externo e do Relatório Anual de Atividades**

Art. 14. *O controle externo das agências reguladoras será exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União.*

Art. 15. *A agência reguladora deverá elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, no qual destacará o cumprimento da política do setor, definida pelos Poderes Legislativo e Executivo, e o cumprimento dos seguintes planos:*

I – do plano estratégico vigente, previsto no art. 17 desta Lei;

II – do plano de gestão anual, previsto no art. 18 desta Lei.

*§ 1º São objetivos dos planos referidos no **caput**:*

I – aperfeiçoar o acompanhamento das ações da agência reguladora, inclusive de sua gestão, promovendo maior transparência e controle social;

II – aperfeiçoar as relações de cooperação da agência reguladora com o Poder Público, em particular no cumprimento das políticas públicas definidas em lei;

III – promover o aumento da eficiência e da qualidade dos serviços da agência reguladora de forma a melhorar o seu desempenho, bem como incrementar a satisfação dos interesses da sociedade, com foco nos resultados;

IV – permitir o acompanhamento da atuação administrativa e a avaliação da gestão da agência.

*§ 2º O relatório anual de atividades de que trata o **caput** deverá conter sumário executivo e será elaborado em consonância com o relatório de gestão integrante da prestação de contas da agência reguladora, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, devendo ser encaminhado pela agência reguladora, por escrito, no prazo de até 90 (noventa) dias após a abertura da sessão legislativa do Congresso Nacional, ao ministro de Estado da pasta a que estiver vinculada, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União, e disponibilizado aos interessados na sede da agência e no respectivo sítio na internet.*

§ 3º Os dirigentes máximos das agências reguladoras comparecerão ao Senado Federal, em periodicidade anual, observado o disposto no regimento interno dessa Casa do Congresso Nacional, para prestar contas sobre o exercício de suas atribuições e o desempenho da agência, bem como para apresentar avaliação das políticas públicas no âmbito de suas competências.

§ 4º É do presidente, diretor-presidente ou diretor-geral da agência reguladora o dever de cumprir os prazos estabelecidos neste artigo, sob pena de responsabilidade.

Art. 16. *A agência reguladora deverá implementar, em cada exercício, plano de*

comunicação voltado à divulgação, com caráter informativo e educativo, de suas atividades e dos direitos dos usuários perante a agência reguladora e as empresas que compõem o setor regulado.

Seção II

Do Plano Estratégico, do Plano de Gestão Anual e da Agenda Regulatória

Art. 17. A agência reguladora deverá elaborar, para cada período quadrienal, plano estratégico que contere os objetivos, as metas e os resultados estratégicos esperados das ações da agência reguladora relativos a sua gestão e a suas competências regulatórias, fiscalizatórias e normativas, bem como a indicação dos fatores externos, alheios ao controle da agência, que poderão afetar significativamente o cumprimento do plano.

§ 1º O plano estratégico será compatível com o disposto no Plano Plurianual (PPA) em vigência e será revisto, periodicamente, com vistas a sua permanente adequação.

§ 2º A agência reguladora, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado da aprovação do plano estratégico pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, disponibilizá-lo-á no respectivo sítio na internet.

Art. 18. O plano de gestão anual, alinhado às diretrizes estabelecidas no plano estratégico, será o instrumento anual do planejamento consolidado da agência reguladora e contemplará ações, resultados e metas relacionados aos processos finalísticos e de gestão.

§ 1º A agenda regulatória, prevista no art. 22 desta Lei, integrará o plano de gestão anual para o respectivo ano.

§ 2º O plano de gestão anual será aprovado pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada da agência reguladora com antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis ao início de seu período de vigência e poderá ser revisto periodicamente, com vistas a sua adequação.

§ 3º A agência reguladora, no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis, contado da aprovação do plano de gestão anual pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, dará ciência de seu conteúdo ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União, bem como disponibilizá-lo-á na sede da agência e no respectivo sítio na internet.

Art. 19. O plano de gestão anual deverá especificar, no mínimo, as metas de desempenho administrativo e operacional e as metas de fiscalização a serem atingidas durante sua vigência, que deverão ser compatíveis com o plano estratégico, bem como deverá prever estimativa de recursos orçamentários e cronograma de desembolso dos recursos financeiros necessários ao alcance das metas definidas.

Parágrafo único. As metas de desempenho administrativo e operacional referidas no **caput** incluirão, obrigatoriamente, as ações relacionadas à:

I – promoção da qualidade dos serviços prestados pela agência;

II – promoção do fomento à pesquisa no setor regulado pela agência, quando couber;

III – promoção da cooperação com os órgãos de defesa da concorrência e com os órgãos de defesa do consumidor e de defesa do meio ambiente, quando couber.

Art. 20. O regimento interno de cada agência reguladora disporá sobre as condições para a revisão e sobre a sistemática de acompanhamento e avaliação do plano de gestão anual.

Art. 21. A agência reguladora implementará, no respectivo âmbito de atuação, a agenda regulatória, que deverá ser alinhada com os objetivos do plano estratégico e integrará o plano de gestão anual.

Art. 22. A agenda regulatória é o instrumento de planejamento da atividade normativa que contere o conjunto dos temas prioritários a serem regulamentados pela agência durante sua vigência.

Art. 23. A agenda regulatória será aprovada pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada e será disponibilizada na sede da agência e no respectivo sítio na internet.

Seção III

Da Ouvidoria

Art. 24. *Haverá, em cada agência reguladora, um ouvidor, que atuará sem subordinação hierárquica e exercerá suas atribuições sem acumulação com outras funções.*

§ 1º *São atribuições do ouvidor zelar pela qualidade e pela tempestividade dos serviços prestados pela agência reguladora, acompanhar o processo interno de apuração de denúncias e reclamações dos interessados contra a atuação dela e elaborar relatório anual de ouvidoria sobre as atividades da agência.*

§ 2º *O ouvidor terá acesso a todos os processos da agência reguladora.*

§ 3º *O ouvidor deverá manter em sigilo as informações que tenham caráter reservado ou confidencial.*

§ 4º *Os relatórios do ouvidor deverão ser encaminhados ao conselho diretor ou à diretoria colegiada da agência reguladora, que poderá se manifestar no prazo de 20 (vinte) dias úteis.*

§ 5º *Os relatórios do ouvidor não terão caráter impositivo, cabendo ao conselho diretor ou à diretoria colegiada, em última instância, deliberar a respeito dos temas relacionados ao setor de atuação da agência reguladora.*

§ 6º *Transcorrido o prazo para manifestação do conselho diretor ou da diretoria colegiada, o ouvidor deverá encaminhar o relatório e, se houver, a respectiva manifestação ao titular do ministério a que a agência estiver vinculada, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e ao Tribunal de Contas da União, divulgando-os no sítio da agência na internet.*

Art. 25. *O ouvidor será escolhido pelo Presidente da República e por ele nomeado, após prévia aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, devendo não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e ter notório conhecimento em administração pública ou em regulação de setores econômicos, ou no campo específico de atuação da agência reguladora.*

§ 1º *O ouvidor terá mandato de 3 (três) anos, vedada a recondução, no curso do qual somente perderá o cargo em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou condenação em processo administrativo disciplinar.*

§ 2º *É vedado ao ouvidor ter participação, direta ou indireta, em empresa sob regulação da respectiva agência reguladora.*

§ 3º *O processo administrativo contra o ouvidor somente poderá ser instaurado pelo titular do ministério ao qual a agência está vinculada, por iniciativa de seu ministro ou do Ministro da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, em decorrência de representação promovida pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada da respectiva agência.*

§ 4º *Ocorrendo vacância no cargo de ouvidor no curso do mandato, este será completado por sucessor investido na forma prevista no caput, que exercerá o cargo pelo prazo remanescente, admitida a recondução se tal prazo for igual ou inferior a 2 (dois) anos.*

Art. 26. *O ouvidor contará com estrutura administrativa compatível com suas atribuições e com espaço em canal de comunicação e divulgação institucional da agência.*

CAPÍTULO III

DA INTERAÇÃO ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E OS ÓRGÃOS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Art. 27. *Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, os órgãos de defesa da concorrência e as agências reguladoras devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências.*

Art. 28. *No exercício de suas atribuições, incumbe às agências reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.*

§ 1º Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, incumbindo-lhes a análise de atos de concentração, bem como a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica.

§ 2º Os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos relacionados a seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à análise de atos de concentração e à instrução de processos administrativos.

Art. 29. Quando a agência reguladora, no exercício de suas atribuições, tomar conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis.

Art. 30. Sem prejuízo de suas competências legais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) notificará a agência reguladora do teor da decisão sobre condutas potencialmente anticompetitivas cometidas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas a atos de concentração julgados por aquele órgão, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais.

CAPÍTULO IV DA ARTICULAÇÃO ENTRE AGÊNCIAS REGULADORAS

Art. 31. No exercício de suas competências definidas em lei, duas ou mais agências reguladoras poderão editar atos normativos conjuntos dispendo sobre matéria cuja disciplina envolva agentes econômicos sujeitos a mais de uma regulação setorial.

§ 1º Os atos normativos conjuntos deverão ser aprovados pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada de cada agência reguladora envolvida, por procedimento idêntico ao de aprovação de ato normativo isolado, observando-se em cada agência as normas aplicáveis ao exercício de competência normativa previstas no respectivo regimento interno.

§ 2º Os atos normativos conjuntos deverão conter regras sobre a fiscalização de sua execução e prever mecanismos de solução de controvérsias decorrentes de sua aplicação, podendo admitir solução mediante mediação, nos termos da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, ou mediante arbitragem por comissão integrada, entre outros, por representantes de todas as agências reguladoras envolvidas.

Art. 32. As agências reguladoras poderão constituir comitês para o intercâmbio de experiências e informações entre si ou com os órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), visando a estabelecer orientações e procedimentos comuns para o exercício da regulação nas respectivas áreas e setores, bem como a permitir a consulta recíproca quando da edição de normas que impliquem mudanças nas condições dos setores regulados.

CAPÍTULO V DA ARTICULAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COM OS ÓRGÃOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO MEIO AMBIENTE

Art. 33. No exercício de suas atribuições, e em articulação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e com o órgão de defesa do consumidor do Ministério da Justiça e Cidadania, incumbe às agências reguladoras zelar pelo cumprimento da legislação de defesa do consumidor, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor regulado.

§ 1º As agências reguladoras poderão articular-se com os órgãos e as entidades integrantes do SNDC, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor e do usuário de serviço público no âmbito das respectivas esferas de atuação.

§ 2º As agências reguladoras poderão firmar convênios e acordos de cooperação com os órgãos e as entidades integrantes do SNDC para colaboração mútua, sendo vedada a delegação de competências que tenham sido a elas atribuídas por lei específica de proteção e defesa do consumidor no âmbito do setor regulado.

Art. 34. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

§ 1º Enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de ajustamento de conduta, ficará suspensa, em relação aos fatos que deram causa a sua celebração, a aplicação de sanções administrativas de competência da agência reguladora à pessoa física ou jurídica que o houver firmado.

§ 2º A agência reguladora deverá ser comunicada quando da celebração do termo de ajustamento de conduta a que se refere o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, caso o termo tenha por objeto matéria de natureza regulatória de sua competência.

Art. 35. As agências reguladoras poderão articular-se com os órgãos de defesa do meio ambiente mediante a celebração de convênios e acordos de cooperação visando ao intercâmbio de informações, à padronização de exigências e procedimentos, à celeridade na emissão de licenças ambientais e à maior eficiência nos processos de fiscalização.

CAPÍTULO VI

DA INTERAÇÃO OPERACIONAL ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E OS ÓRGÃOS DE REGULAÇÃO ESTADUAIS, DISTRITAIS E MUNICIPAIS

Art. 36. As agências reguladoras de que trata esta Lei poderão promover a articulação de suas atividades com as de agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, implementando, a seu critério, a descentralização de suas atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais, mediante acordo de cooperação, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), que observarão o disposto em legislação própria.

§ 1º É vedada a delegação de competências regulatórias.

§ 2º A descentralização de que trata o **caput** será instituída desde que a agência reguladora ou o órgão de regulação da unidade federativa interessada possua serviços técnicos e administrativos competentes devidamente organizados e aparelhados para a execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regimento interno da agência reguladora federal.

§ 3º A execução, por agência reguladora ou órgão de regulação estadual, distrital ou municipal, das atividades delegadas será permanentemente acompanhada e avaliada pela agência reguladora federal, nos termos do respectivo acordo.

§ 4º Na execução das atividades de fiscalização objeto de delegação, o órgão regulador estadual, distrital ou municipal que receber a delegação observará as normas legais e regulamentares federais pertinentes.

§ 5º É vedado ao órgão regulador estadual, distrital ou municipal conveniado, no exercício de competência fiscalizatória delegada, exigir de concessionária ou permissionária obrigação não prevista previamente em contrato.

§ 6º Além do disposto no § 2º deste artigo, a delegação de competências fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais somente poderá ser efetivada em favor de agência reguladora ou órgão de regulação estadual, distrital ou municipal que gozar de autonomia assegurada por regime jurídico compatível com o disposto nesta Lei.

§ 7º Havendo delegação de competência, a agência reguladora delegante permanecerá como instância superior e recursal das decisões tomadas no exercício da competência delegada.

Art. 37. No caso da descentralização prevista no **caput** do art. 36, parte da receita arrecadada pela agência reguladora federal poderá ser repassada à agência reguladora ou órgão de regulação estadual, distrital ou municipal, para custeio de seus serviços, na forma do respectivo acordo de cooperação.

Parágrafo único. O repasse de que trata o **caput** deste artigo deverá ser compatível com os custos da agência reguladora ou do órgão de regulação local para realizar as atividades delegadas.

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 38. A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º

§ 1º Integrarão a estrutura da Aneel uma Procuradoria e uma Ouvidoria.

.....” (NR)

“Art. 5º O Diretor-Geral e os Diretores serão nomeados pelo Presidente da República para cumprir mandatos não coincidentes de 5 (cinco) anos, vedada a recondução, ressalvado o que dispõe o art. 29. Parágrafo único. A nomeação dos membros da Diretoria Colegiada dependerá de prévia aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, observado o disposto na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.” (NR)

Art. 39. A Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações.

.....

§ 2º Os atos de que trata o § 1º serão submetidos à aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

.....” (NR)

“Art. 20. O Conselho Diretor será composto de Presidente e 4 (quatro) conselheiros e decidirá por maioria absoluta. Parágrafo único. Cada membro do Conselho Diretor votará com independência, fundamentando seu voto.” (NR)

“Art. 23. Os membros do Conselho Diretor serão brasileiros e terão reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, observado o disposto na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.” (NR)

“Art. 24. O mandato dos membros do Conselho Diretor será de 5 (cinco) anos, vedada a recondução, nos termos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.

.....” (NR)

“Art. 29. Caberá aos membros do Conselho Diretor a direção dos órgãos administrativos da Agência.” (NR)

“Art. 49. A Agência submeterá anualmente ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão a sua proposta de orçamento, bem como a do Fistel, para inclusão na lei orçamentária anual a que se refere o § 5º do art. 165 da Constituição Federal.

.....” (NR)

Art. 40. A Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 11. A ANP será dirigida, em regime de colegiado, por Diretoria Colegiada composta de 1 (um) Diretor-Geral e 4 (quatro) Diretores.

§ 1º Integrarão a estrutura organizacional da ANP uma Procuradoria e uma Ouvidoria.

§ 2º Os membros da Diretoria Colegiada serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, observado o disposto na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.

§ 3º Os membros da Diretoria Colegiada cumprirão mandatos de 5 (cinco) anos, não coincidentes, vedada a recondução, observado o

disposto no art. 75 desta Lei e na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.” (NR)

Art. 41. A Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 10. A gerência e a administração da Agência serão exercidas por Diretoria Colegiada, composta de 5 (cinco) membros, sendo um deles o seu Diretor-Presidente, vedada a recondução, nos termos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.

Parágrafo único. Os membros da Diretoria Colegiada serão brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação prévia pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de 5 (cinco) anos, observado o disposto na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.” (NR)

“Art. 11. O Diretor-Presidente da Agência será nomeado pelo Presidente da República e investido na função por 5 (cinco) anos, vedada a recondução, observado o disposto na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.” (NR)

“Art. 15.

.....
 § 1º A Diretoria reunir-se-á com a presença de, pelo menos, 3 (três) Diretores, entre eles o Diretor-Presidente ou seu substituto legal, e deliberará por maioria absoluta.

..... ” (NR)

Art. 42. A Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 6º A gestão da ANS será exercida pela Diretoria Colegiada, composta de 5 (cinco) Diretores, sendo um deles o seu Diretor-Presidente. Parágrafo único. Os membros da Diretoria Colegiada serão brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação prévia pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de 5 (cinco) anos, vedada a recondução, nos termos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.” (NR)

“Art. 7º O Diretor-Presidente da ANS será nomeado pelo Presidente da República e investido na função pelo prazo de 5 (cinco) anos, vedada a recondução, observado o disposto na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.” (NR)

“Art. 10.

.....
 § 1º A Diretoria Colegiada reunir-se-á com a presença de, pelo menos, 3 (três) diretores, entre eles o Diretor-Presidente ou seu substituto legal, e deliberará com, no mínimo, 3 (três) votos coincidentes.

..... ” (NR)

Art. 43. A Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 9º A ANA será dirigida por Diretoria Colegiada, composta de 5 (cinco) membros, nomeados pelo Presidente da República, com mandatos não coincidentes de 5 (cinco) anos, vedada a recondução, sendo um deles o Diretor-Presidente, e terá em sua estrutura uma Procuradoria, uma Ouvidoria e uma Auditoria, observado o disposto na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.

Parágrafo único. O Diretor-Presidente da ANA será nomeado pelo Presidente da República e investido na função pelo prazo de 5 (cinco) anos, vedada a recondução, observado o disposto na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.” (NR)

“Art. 12.

.....

§ 1º A Diretoria Colegiada deliberará por maioria absoluta de votos e reunir-se-á com a presença de, pelo menos, 3 (três) diretores, entre eles o Diretor-Presidente ou seu substituto legal.

.....” (NR)

Art. 44. A Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º As agências terão como órgão máximo o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada, que será composto de até 4 (quatro) Conselheiros ou Diretores e 1 (um) Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral.

§ 1º Os mandatos dos membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada serão não coincidentes, de modo que, sempre que possível, a cada ano, ocorra o vencimento de um mandato e uma consequente nova indicação.

§ 2º Integrarão a estrutura organizacional de cada agência uma procuradoria, que a representará em juízo, uma ouvidoria e uma auditoria.

§ 3º Cabe ao Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada a representação da agência, o comando hierárquico sobre o pessoal e os serviços, exercendo todas as competências administrativas correspondentes, bem como a presidência das sessões do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada, sem prejuízo das deliberações colegiadas para matérias definidas em regimento interno.” (NR)

“Art. 5º O Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada (CD II) serão brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento no campo de sua especialidade, devendo ser atendidos I (um) dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, o inciso II:

I – ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, no campo de atividade da agência reguladora ou em área a ela conexas, em função de direção superior; ou

b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa no campo de atividade da agência reguladora, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;

2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

3. cargo de docente ou de pesquisador no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexas; ou
c) 10 (dez) anos de experiência como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexas; e

II – ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado.

§ 1º A escolha, pelo Presidente da República, de Conselheiros, Diretores, Presidentes, Diretores-Presidentes e Diretores-Gerais de agências reguladoras, a serem submetidos à aprovação do Senado Federal, será precedida de processo público de pré-seleção de lista tríplice a ser formulada em até 120 (cento e vinte) dias antes da vacância do cargo decorrente de término de mandato, ou em até 60 (sessenta) dias depois da vacância do cargo nos demais casos, por comissão de seleção, cuja composição e

procedimento serão estabelecidos em regulamento.

§ 2º *O processo de pré-seleção será amplamente divulgado em todas as suas fases e será baseado em análise de currículo do candidato interessado que atender a chamamento público e em entrevista com o candidato pré-selecionado.*

§ 3º *O Presidente da República fará a indicação prevista no **caput** em até 60 (sessenta) dias após o recebimento da lista tríplice referida no § 1º.*

§ 4º *Caso a comissão de seleção não formule a lista tríplice nos prazos previstos no § 1º, o Presidente da República poderá indicar, em até 60 (sessenta) dias, pessoa que cumpra os requisitos indicados no **caput**.*

§ 5º *A indicação, pelo Presidente da República, dos membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada a serem submetidos à aprovação do Senado Federal especificará, em cada caso, se a indicação é para Presidente, Diretor-Presidente, Diretor-Geral, Diretor ou Conselheiro.*

§ 6º *Caso o Senado Federal rejeite o nome indicado, o Presidente da República fará nova indicação em até 60 (sessenta) dias, independentemente da formulação da lista tríplice prevista no § 1º.*

§ 7º *Ocorrendo vacância no cargo de Presidente, Diretor-Presidente, Diretor-Geral, Diretor ou Conselheiro no curso do mandato, este será completado por sucessor investido na forma prevista no **caput** e exercido pelo prazo remanescente, admitida a recondução se tal prazo for igual ou inferior a 2 (dois) anos.*

§ 8º *O início da fluência do prazo do mandato dar-se-á imediatamente após o término do mandato anterior, independentemente da data de indicação, aprovação ou posse do membro do colegiado.*

§ 9º *Nas ausências eventuais do Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral, as funções atinentes à presidência serão exercidas por membro do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada indicado pelo Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral da agência reguladora.” (NR)*

*“Art. 6º O mandato dos membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada das agências reguladoras será de 5 (cinco) anos, vedada a recondução, ressalvada a hipótese do § 7º do art. 5º.
.....” (NR)*

*“Art. 8º Os membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada ficam impedidos de exercer atividade ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por período de 6 (seis) meses, contados da exoneração ou do término de seu mandato, assegurada a remuneração compensatória.
.....” (NR)*

“Art. 8º-A. É vedada a indicação para o Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada:

I – de Ministro de Estado, Secretário de Estado, Secretário Municipal, dirigente estatutário de partido político e titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados dos cargos;

II – de pessoa que tenha atuado, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

III – de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

IV – de pessoa que tenha participação, direta ou indireta, em empresa ou entidade que atue no setor sujeito à regulação exercida pela agência reguladora em que atuaria, ou que tenha matéria ou ato submetido à apreciação dessa agência reguladora;

V – de pessoa que se enquadre nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do **caput** do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990;

VI – de pessoa que mantenha, ou tenha mantido, nos 12 (doze) meses anteriores à data de início do mandato, um dos seguintes vínculos com empresa que explore qualquer das atividades reguladas pela respectiva agência:

a) participação direta como acionista ou sócio;
b) administrador, gerente ou membro de Conselho Fiscal;
c) empregado, ainda que com contrato de trabalho suspenso, inclusive de sua instituição controladora, ou empregado de fundação de previdência de que a empresa ou sua controladora seja patrocinadora ou custeadora;

VII – de membro de conselho ou de diretoria de associação, regional ou nacional, representativa de interesses patronais ou trabalhistas ligados às atividades reguladas pela respectiva agência.

Parágrafo único. A vedação prevista no inciso I do **caput** estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.”

“Art. 8º-B. Ao membro do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada é vedado:

I – receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas;

II – exercer qualquer outra atividade profissional, ressalvado o exercício do magistério, havendo compatibilidade de horários;

III – participar de sociedade simples ou empresária ou de empresa de qualquer espécie, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, membro de conselho de administração ou conselho fiscal, preposto ou mandatário;

IV – emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou atuar como consultor de qualquer tipo de empresa;

V – exercer atividade sindical;

VI – exercer atividade político-partidária;

VII – estar em situação de conflito de interesse, nos termos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.”

“Art. 9º O membro do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada somente perderá o mandato:

I – em caso de renúncia;

II – em caso de condenação judicial transitada em julgado ou de condenação em processo administrativo disciplinar.

Parágrafo único. (Revogado).” (NR)

“Art. 10. Durante o período de vacância que anteceder à nomeação de novo titular do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada, será ele substituído por integrante da lista de substituição.

§ 1º A lista de substituição será formada por 3 (três) servidores da agência, ocupantes dos cargos de Superintendente, Gerente-Geral ou equivalente hierárquico, escolhidos e designados pelo Presidente da República entre os indicados pelo Conselho Diretor ou pela Diretoria Colegiada, observada a ordem de precedência constante do ato de designação para o exercício da substituição.

§ 2º O Conselho Diretor ou a Diretoria Colegiada indicará ao Presidente da República 3 (três) nomes para cada vaga na lista.

§ 3º Na ausência da designação de que trata o § 1º até 31 de janeiro do ano subsequente à indicação, exercerá o cargo vago, interinamente, o Superintendente ou o titular de cargo equivalente,

na agência reguladora, com maior tempo de exercício na função.

§ 4º Nenhum servidor permanecerá por mais de 2 (dois) anos contínuos na lista de substituição e somente a ela será reconduzido em prazo superior ao mínimo de 2 (dois) anos.

§ 5º Aplicam-se ao substituto os requisitos subjetivos quanto à investidura, às proibições e aos deveres impostos aos membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada, enquanto permanecer no cargo.

§ 6º Em caso de vacância de mais de um cargo no Conselho Diretor ou na Diretoria Colegiada, os substitutos serão chamados na ordem de precedência na lista, observado o sistema de rodízio.

§ 7º O mesmo substituto não exercerá interinamente o cargo por mais de 180 (cento e oitenta) dias contínuos, devendo ser convocado outro substituto, na ordem da lista, caso a vacância ou o impedimento de membro do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada se estenda além desse prazo.” (NR)

Art. 45. A Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 52. A ANTT e a Antaq terão Diretorias Colegiadas atuando em regime de colegiado como órgãos máximos de suas estruturas organizacionais, que terão também uma Procuradoria, uma Ouvidoria e uma Corregedoria.” (NR)

“Art. 53. A Diretoria Colegiada da ANTT será composta de 1 (um) Diretor-Geral e 4 (quatro) Diretores, e a Diretoria Colegiada da Antaq será composta de 1 (um) Diretor-Geral e 2 (dois) Diretores.

§ 1º Os membros das Diretorias Colegiadas serão brasileiros, terão reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos a serem exercidos e serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, observado o disposto na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.

§ 2º Os Diretores-Gerais da ANTT e da Antaq serão nomeados pelo Presidente da República e investidos na função pelo prazo de 5 (cinco) anos, vedada a recondução, observado o disposto na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.” (NR)

“Art. 54. Os membros das Diretorias Colegiadas cumprirão mandatos de 5 (cinco) anos, não coincidentes, vedada a recondução, observado o disposto na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.

.....” (NR)

“Art. 56. Os membros das Diretorias Colegiadas perderão o mandato em virtude de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou condenação em processo administrativo disciplinar.” (NR)

“Art. 60. Compete às Diretorias Colegiadas exercer as atribuições e cumprir os deveres estabelecidos por esta Lei para as respectivas Agências.

Parágrafo único. As Diretorias Colegiadas aprovarão os regimentos internos das respectivas Agências.” (NR)

“Art. 61. Cabem aos respectivos Diretores-Gerais a representação das Agências, o comando hierárquico sobre pessoal e serviços, a coordenação das competências administrativas e a presidência das reuniões das Diretorias Colegiadas.” (NR)

“Art. 63. O Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de 3 (três) anos, vedada a recondução.

Parágrafo único. (Revogado).” (NR)

“Art. 67. As decisões das Diretorias Colegiadas serão tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros, cabendo aos respectivos Diretores-Gerais o voto de qualidade, e serão registradas em atas.

Parágrafo único. As datas, as pautas e as atas das reuniões das

Diretorias Colegiadas, assim como os documentos que as instruem, deverão ser objeto de ampla publicidade, inclusive por meio da internet, na forma de regulamento.” (NR)

“Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, as alterações de normas administrativas e as decisões das Diretorias Colegiadas para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.

.....” (NR)

Art. 46. *A Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, passa a vigorar com as seguintes alterações:*

“Art. 8º A Ancine será dirigida em regime de colegiado por Diretoria Colegiada composta de 1 (um) Diretor-Presidente e 3 (três) Diretores, com mandatos não coincidentes de 5 (cinco) anos, vedada a recondução, nos termos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.

§ 1º Os membros da Diretoria Colegiada serão nomeados nos termos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.

§ 2º O Diretor-Presidente da Ancine será nomeado pelo Presidente da República e investido na função pelo prazo de 5 (cinco) anos, vedada a recondução, observado o disposto na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.

§ 3º Em caso de vaga no curso do mandato de membro da Diretoria Colegiada, esse será completado por sucessor investido na forma prevista no § 1º deste artigo e exercido pelo prazo remanescente.

§ 4º Integrarão a estrutura da Ancine, além da Diretoria Colegiada, uma Procuradoria, que a representará em juízo, uma Ouvidoria e uma Auditoria.” (NR)

“Art. 9º

Parágrafo único. A Diretoria Colegiada reunir-se-á com a presença de, pelo menos, 3 (três) diretores, entre eles o Diretor-Presidente, e deliberará por maioria absoluta de votos.” (NR)

“Art. 10.

VIII – encaminhar ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão a proposta de orçamento da Ancine;” (NR)

Art. 47. *A Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, passa a vigorar com as seguintes alterações:*

“Art. 9º A Anac terá como órgão de deliberação máxima a Diretoria Colegiada e terá em sua estrutura uma Procuradoria, uma Corregedoria, um Conselho Consultivo e uma Ouvidoria, além das unidades especializadas.” (NR)

“Art. 10. A Diretoria Colegiada atuará em regime de colegiado e será composta de 1 (um) Diretor-Presidente e 4 (quatro) Diretores, que decidirão por maioria absoluta, cabendo ao Diretor-Presidente, além do voto ordinário, o voto de qualidade.

§ 1º A Diretoria Colegiada reunir-se-á com a maioria de seus membros.

§ 3º As decisões da Diretoria Colegiada serão fundamentadas.

§ 4º As sessões deliberativas da Diretoria Colegiada que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos, ou entre esses e usuários da aviação civil, serão públicas.” (NR)

“Art. 12. Os membros da Diretoria Colegiada serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, observado o disposto na Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.” (NR)

“Art. 13. O mandato dos membros da Diretoria Colegiada será de

5 (cinco) anos, vedada a recondução, nos termos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000.

.....” (NR)

“Art. 16. Cabe ao Diretor-Presidente a representação da Anac, o comando hierárquico sobre pessoal e serviços, o exercício das competências administrativas correspondentes e a presidência das reuniões da Diretoria Colegiada.” (NR)

Art. 48. A Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º

.....
 § 1º Os órgãos setoriais são as unidades de planejamento e orçamento da Vice-Presidência da República, da Secretaria de Governo da Presidência da República, dos ministérios, da Advocacia-Geral da União e das agências reguladoras federais.

.....” (NR)

“Art. 11.

.....
 § 1º Os órgãos setoriais são as unidades de programação financeira da Vice-Presidência da República, da Secretaria de Governo da Presidência da República, dos ministérios, da Advocacia-Geral da União e das agências reguladoras federais.

.....” (NR)

Art. 49. Até que sejam organizadas as ouvidorias na Aneel, na ANP e na ANA, as competências do ouvidor poderão ser exercidas, cumulativamente, por um dos membros do conselho diretor ou diretoria colegiada, definido em ato do presidente, diretor-presidente ou diretor-geral da agência reguladora.

Parágrafo único. As ouvidorias previstas no **caput** deverão ser organizadas em até 120 (cento e vinte) dias após a entrada em vigor desta Lei.

Art. 50. A apreciação pelos órgãos de defesa da concorrência dos atos de que trata o § 1º do art. 7º da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, observará o disposto nos arts. 27 a 30 desta Lei.

Art. 51. São mantidos os prazos de encerramento dos atuais mandatos de diretores, conselheiros, presidentes, diretores-gerais e diretores-presidentes de agências reguladoras.

Parágrafo único. Será admitida a recondução dos membros do conselho diretor ou da diretoria colegiada cujos mandatos se encerrem em prazo igual ou inferior a 2 (dois) anos a partir da entrada em vigor desta Lei, desde que não tenham sido reconduzidos anteriormente, observada a regra da não coincidência de mandatos disposta no art. 52.

Art. 52. Tendo em vista o cumprimento da regra da não coincidência de mandatos, disposta no art. 4º da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, como regra de transição, os mandatos dos membros do conselho diretor ou diretoria colegiada nomeados a partir da entrada em vigor desta Lei terão as durações fixadas de acordo com as hipóteses a seguir:

I – encerramento de 5 (cinco) mandatos em um mesmo ano: os prazos dos mandatos subsequentes, contados do primeiro mandato que se encerra, serão, respectivamente, de 2 (dois), 3 (três), 4 (quatro), 5 (cinco) e 6 (seis) anos, permitida uma única recondução do membro com mandato de 2 (dois) anos para exercer mandato de 5 (cinco) anos;

II – encerramento de 4 (quatro) mandatos em um mesmo ano: os prazos dos mandatos subsequentes, contados do primeiro mandato que se encerra, serão, respectivamente, de 2 (dois), 3 (três), 4 (quatro) e 5 (cinco) anos, permitida uma única recondução do membro com mandato de 2 (dois) anos para exercer mandato de 5 (cinco) anos;

III – encerramento de 3 (três) mandatos em um mesmo ano: os prazos dos mandatos subsequentes, contados do primeiro mandato que se encerra, serão,

respectivamente, de 2 (dois), 3 (três) e 4 (quatro) anos, permitida uma única recondução do membro com mandato de 2 (dois) anos para exercer mandato de 5 (cinco) anos;
IV – encerramento de 2 (dois) mandatos em um mesmo ano: os prazos dos mandatos subsequentes serão de 5 (cinco) anos.

Art. 53. *Revogam-se:*

I – o art. 6º, o art. 7º e o art. 22 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996;

II – os incisos XXVI e XXIX do art. 19 e os arts. 27, 42 e 45 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

III – os arts. 12, 19 e 20 da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999;

IV – os arts. 8º, 14 e 15 da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000;

V – o art. 10 da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000;

VI – o art. 7º, o parágrafo único do art. 9º e o parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000;

VII – o parágrafo único do art. 63 e o art. 78 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001;

VIII – o art. 18 da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005.

Art. 54. *Esta Lei entra em vigor após decorridos 90 (noventa) dias de sua publicação oficial.*

Senado Federal, em 6 de dezembro de 2016.

*Senador Jorge Viana
Primeiro Vice-Presidente,
no exercício da Presidência*

ANEXO II – INTEIRO TEOR – PEC Nº 329/2013 – CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº, DE 2013

(Dos Srs. e Sras. Francisco Praciano, Érika Kokay, Paulo Rubem Santiago, Rosane Ferreira, Luiz Pitiman, Izalci, Reguffe, Luiz Couto, Luiza Erundina e outros)

Altera a forma de composição dos Tribunais de Contas; submete os membros do Ministério Público de Contas ao Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP e os Conselheiros e Ministros dos Tribunais de Contas ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ e dá outras providências.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O Art. 73 da Constituição Federal passa a vigorar com nova redação aos incisos II e IV do §1º e acrescido dos §5º, 6º e 7º, nos seguintes termos:

“Art. 73.....

§ 1º.....

II – idoneidade moral e reputação ilibada, sendo vedada a escolha de quem tenha sido condenado, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, pelos crimes e atos que tornem o cidadão inelegível para cargos públicos, conforme definido na lei complementar a que se refere o § 9º do art. 14 desta Constituição Federal;

(....)

IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija formação em nível superior em área de conhecimento mencionada no inciso anterior.

(...)

§5º. As normas gerais pertinentes à organização, fiscalização, competências, funcionamento e processo dos Tribunais de Contas devem observar o disposto nesta seção e o fixado em lei complementar de iniciativa do Tribunal de Contas da União.

§6º. Ao Tribunal de Contas da União caberá o planejamento, o estabelecimento de políticas e a organização de Sistema Nacional dos Tribunais de Contas, estabelecendo como prioridades o combate à corrupção, a transparência, o estímulo ao controle social e a atualização constante de instrumentos e mecanismos de controle externo da administração pública visando à sua eficácia, eficiência, efetividade e economicidade.

§7º. Sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos Tribunais de Contas, a fiscalização dos deveres funcionais dos Ministros, Auditores substitutos de Ministro, Conselheiros e Auditores Substitutos de Conselheiro fica a cargo do Conselho Nacional de Justiça, cabendo-lhe, neste mister, as competências fixadas no art. 103-B, §4º, inciso III desta Constituição.”

Art. 2º. O Art. 103-B da Constituição Federal passa a vigorar com

a seguinte redação, acrescido do inciso XIV:

“Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de dezesseis membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

(...)

XIV – um Ministro ou Conselheiro de Tribunal de Contas, indicado pelo Tribunal de Contas da União, na forma da lei.”

Art. 3º. O Art. 75 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 75. Os Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Município, onde houver, serão integrados por 7 (sete) Conselheiros, que satisfaçam os requisitos prescritos no art. 73, §1º desta Constituição, sendo nomeados pelo Chefe do Poder Executivo respectivo, respeitada a seguinte ordem:

I. 1 (um) eleito pela classe dentre os Auditores de Controle Externo do Tribunal que tenham sido nomeados em decorrência de concurso público há pelo menos 10 anos;

II. 1 (um) eleito pela classe dentre os membros vitalícios do Ministério Público de Contas;

III. 1 (um) eleito, alternadamente, pelos conselhos profissionais das ciências previstas no art. 73, § 1o, III, para mandato de quatro anos;

IV. 4 (quatro) eleitos pela classe dentre os Auditores Substitutos de Conselheiro vitalícios;

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, observado o disposto no art. 71 desta Constituição Federal.”

Art. 4º. O Art. 130 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

“§1º. Ao Ministério Público de Contas, no exercício de suas atribuições, relacionadas à jurisdição de contas, aplicam-se as disposições desta seção.

§2º O Ministério Público de Contas, instituição essencial à jurisdição de contas, será integrado no mínimo por 7 (sete) membros e elaborará sua proposta orçamentária nos limites fixados na lei de diretrizes orçamentárias;

§3º. Sem prejuízo da competência disciplinar e correicional do Ministério Público de Contas, a fiscalização dos deveres funcionais dos Procuradores de Contas fica a cargo do Conselho Nacional do Ministério Público, cabendo-lhe, neste mister, as competências fixadas no art. 130-A, §2º, inciso III desta Constituição.”

Art. 5º. O Art. 130-A da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido do inciso VII:

“Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quinze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

(...)

VII – um membro do Ministério Público de Contas indicado pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei.”

Art. 6º. A lei complementar referida no §5º do Art. 73 da Constituição Federal, dentre outras finalidades, fixará:

- I. Normas gerais relativas ao processo de contas públicas, com as seguintes garantias:*
- a) devido processo legal;*
 - b) contraditório e ampla defesa;*
 - c) Procedimento extraordinário de uniformização da jurisdição de contas, de iniciativa de qualquer Conselheiro ou membro do Ministério Público de Contas de qualquer Tribunal de Contas, a ser processado autonomamente e em abstrato pelo Tribunal de Contas da União, em casos de repercussão geral, diante de decisão exarada por Tribunal de Contas que, aparentemente, contrarie dispositivo da Constituição Federal ou de lei nacional; e*
 - d) imposição uniforme de sanções administrativas.*
- II. Os requisitos para o exercício do cargo de auditor de controle externo, bem como suas garantias e vedações;*
- III. A instituição e manutenção de Portal Nacional de Transparência dos Tribunais de Contas, gerido pelo Tribunal de Contas da União com apoio dos demais Tribunais de Contas.*
- IV. Normas gerais para sobre as atribuições do cargo e o concurso público de provas e títulos para auditor substituto de ministro, auditor substituto de conselheiro e auditor de controle externo;*
- V. A separação entre as atividades deliberativa e de fiscalização e instrução, sendo estas coordenadas por um Diretor-Geral eleito dentre os auditores de controle externo;*
- VI. procedimentos para cada uma das competências constitucionais e legais dos Tribunais de Contas, recursos, trânsito em julgado e efeitos da decisão condenatória.*

Art. 7º. *O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:*

“Art. 98. As vagas que surgirem nos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Município, onde houver, serão preenchidas com a observância da ordem fixada no art. 75 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Para os fins previstos no caput, consideram-se preenchidas as vagas que estejam ocupadas por Auditor Substituto de Conselheiro ou membro do Ministério Público de Contas, nomeados, de acordo com a ordem constitucional então vigente, para as vagas destinadas às respectivas categorias.”

“Art. 99. A previsão orçamentária para o Ministério Público de Contas será fixada no primeiro exercício subsequente à da promulgação desta emenda e, não o sendo, corresponderá à média das despesas efetivamente realizadas pelo órgão nos últimos 5 (cinco) anos.”

Art. 8º. *Esta emenda entra em vigor na data de sua publicação.*

JUSTIFICAÇÃO

Recentemente, vem ganhando corpo dentro e fora dos Tribunais de Contas uma massa crítica de agentes públicos que vivem o dia a dia dessas instituições e, invariavelmente, concluem no sentido do esgotamento do modelo atual. O fenômeno deste “esgotamento” foi referenciado, por exemplo, pelo presidente nacional da OAB, Dr. Ophir Cavalcante, em evento destinado a marcar o Dia Mundial de Combate à Corrupção, ocorrido na Capital federal em 2011. Rigorosamente, em tese, o modelo de controle externo

vigente no Brasil, se fosse verdadeiramente implementado, seria plenamente adequado às finalidades de um controle moderno e ágil. Melhor até mesmo do que a maior parte dos modelos europeus ou o modelo americano. O problema é que a regra constitucional de conformação desses tribunais não é respeitada, principalmente pelos poderes legislativos estaduais.

Aproximadamente 25% dos membros dos Tribunais de Contas estaduais não possuem a formação adequada para exercer a função. Mas o problema mais grave, porém, é o estreito vínculo mantido e cultivado entre muitos dos membros nomeados para essas Cortes e as forças políticas responsáveis pelas suas nomeações.

Estudo elaborado pelo Instituto Ethos, intitulado **Sistema de Integridade nos Estados Brasileiros**, identifica na falta de independência dos colegiados dos Tribunais de Contas elemento de comprometimento da boa governança nos Estados brasileiros.

De acordo com recentes matérias jornalísticas publicadas em grandes veículos de comunicação do país, cerca de 15% dos Conselheiros brasileiros são investigados por crimes ou atos de improbidade.

O grito que veio das ruas, em junho deste ano de 2013, reverbera basicamente os efeitos da péssima governança que marca como regra a administração pública brasileira. Temas como o da saúde e o da educação são apreciados sistematicamente pelos Tribunais de Contas, mas as ruas não têm lembrado de cobrar dos Tribunais de Contas sua parcela de responsabilidade pelas deficiências da Administração pública brasileira. O transporte, a concessão de rodovias e a segurança pública normalmente também são objeto do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas. As diretrizes institucionais impulsionadoras do controle exercido pelos Tribunais de Contas, neste caso, não são diferentes daquelas que os movem no controle dos temas da saúde e da educação. Noventa e nove por cento dos temas bradados pelas multidões nas ruas do país têm conexão direta com a atividade dos Tribunais de Contas. **Se há problemas, portanto, essas Cortes devem ser chamadas à responsabilidade.**

Dentre as propostas trazidas por esta PEC, têm-se:

1. Uniformização de jurisprudência pelo TCU: A proposta preconiza nova obrigação ao TCU, a ser operacionalizada através de procedimento extraordinaríssimo, que poderá ser manejado pelo Ministério Público de Contas ou por ministros/conselheiros, destinada apenas aos casos de repercussão geral, para fins de **uniformização de jurisprudência** relacionada à aplicação de lei federal ou da Constituição Federal. Com este instrumento pretende-se acabar com as interpretações localizadas que têm diminuído muito a eficácia, por exemplo, da LRF e da LDB, estimulado interpretações muito distintas pelos diversos Tribunais de Contas, criando insegurança para outros órgãos como o próprio Ministério Público estadual e fomentado interpretações que facilitem o descumprimento de limites de pessoal (estas interpretações em alguns casos têm comprometido a própria autonomia funcional do MP nas atuações que representem embates com o TC) e com o poder executivo, permitindo o descumprimento de índices constitucionais (saúde e educação).

2. Vagas do executivo, do legislativo e concurso público para conselheiro: A manutenção de tais vagas vinculadas não representaria a inovação reclamada pela sociedade em relação aos Tribunais de Contas, que tem se manifestado no sentido de que é necessário afastar dessas Cortes a influência político-partidária. A ideia mais difundida entre os que preconizam modificações nos Tribunais de Contas é a da adoção do concurso público direto para o cargo de conselheiro. Tal ideia, contudo, enfrenta sempre o argumento dos que lhe são contrários, de que é inviável

preencher vagas de tribunal por meio de concurso público. Assim o dizem apontando para os TJs, TRFs, STJ, STF etc. A proposta preconiza então o modelo do Poder Judiciário, em que o ingresso na carreira se dá por concurso para o cargo de juiz substituto e, por promoção na carreira, chega-se ao tribunal. No caso, o ingresso na carreira da magistratura de contas ocorreria no cargo de Auditor Substituto de Conselheiro (nomenclatura existente na Constituição), que poderia passar a ser chamado, por exemplo, de “Conselheiro Substituto”. O modelo permite que se continue sustentando o discurso do concurso para os TC’s perante os movimentos sociais, já que preconiza o mesmo mecanismo adotado atualmente para o judiciário.

3. Mandato de conselheiro: *Nesta proposta previu-se a ideia de mandato apenas para representantes dos conselhos profissionais, que farão as vezes de representantes da sociedade. Serão em número de quatro – Direito, Administração, Contabilidade, Economia –, o que torna factível a possibilidade de representantes desses Conselhos integrarem o Tribunal de Contas, em vaga rotativa a ser preenchida a cada quatro anos.*

4. Submissão dos conselheiros/ministros ao CNJ e dos procuradores do Ministério Público de Contas ao CNMP: *No que concerne ao Ministério Público de Contas, transcrevemos, a seguir, parte da manifestação da Excelsa Corte na ADI 789/DF, pontificada pela pena do Ministro Néri da Silveira:*

*“...No âmbito do Poder Legislativo e, particularmente, no que respeita à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, atividade inserida no capítulo do Poder Legislativo e desempenhada pelo Tribunal de Contas, como órgão auxiliar do Congresso Nacional, para controle externo das contas de todos os Poderes -, não pode causar, portanto, estranheza alguma que exista, do mesmo modo, função de Ministério Público, com atribuições perfeitamente delimitadas, previstas na Constituição, e que se realizam, funcionalmente, com autonomia. **Com efeito, o órgão do MP, junto ao Tribunal de Contas, não está hierarquicamente subordinado ao Presidente dessa Corte, pois há de ter faixa de autonomia funcional, consoante é da natureza do ofício ministerial em referência, e, destarte, decorre da sua própria essência, como função de Ministério Público.** Se é certo que a Constituição, de explícito, não lhe garante, por exemplo, a competência para iniciar leis de seu interesse, tal como faz no art. 127, §§ 2º e 3º, o último quanto à “proposta orçamentária” do Ministério Público, e no § 2º, relativamente “à criação e extinção de cargos e serviços auxiliares”, **não cabe deixar de reconhecer que a independência funcional é ínsita à atividade do Ministério Público, e não se há de desfigurar, também, quando exercida junto ao Tribunal de Contas.***

*De outra parte, a Constituição, ao dispor sobre o Ministério Público, não previu, no que se refere à “unidade”, que, nesta, se compreendessem todas as funções a ele atribuíveis, mas apenas aquelas funções que se desenvolvem junto ao Poder Judiciário, porque é deste plano, especificamente, que cuidam os parágrafos do art. 127, na sua generalidade. Quando a Constituição preceitua, no art. 127, que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à “função jurisdicional” do Estado”, está dispondo, tão-só, sobre o Ministério Público junto ao Poder Judiciário, o que não lhe esgota o campo de atuação. **Consoante se aludiu, inicialmente, as três carreiras, que se enquadram no Capítulo IV do Título IV, da Lei Magna, como funções essenciais à Justiça, não se podem entender como voltadas exclusivamente ao domínio do Poder Judiciário, mas dizem,***

também, com interesses da Justiça em planos situados, de igual modo, nos dois outros Poderes.

*Ora, se assim é, o Ministério público junto ao Tribunal de Contas não é Ministério Público que se possa situar no mesmo quadro do Ministério Público ordinário, pela especificidade de suas atribuições. É Ministério Público especial, não compreendido, assim, no Ministério Público ordinário. Releva, aqui, conotar que as contas dos Ministérios Públicos, federal e estaduais, são examinadas, como as dos demais órgãos, pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas competente. **Bastante, todavia, seria para confirmar essa conclusão o disposto no art. 130, da Constituição, que outra justificativa não teria senão a de afirmar a especialidade e autonomia desse Ministério Público em relação ao Ministério Público ordinário, em determinando que se aplicam aos membros do Ministério Público, junto aos Tribunais de Contas, as disposições dessa Seção do Ministério Público ordinário pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura. Desse modo, dá-se, aí, uma especificação das prerrogativas e garantias do Ministério Público ordinário que a Constituição, explicitamente, quis conferir ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, cujo exercício de MP se desenvolve no âmbito demarcado à competência dessas Cortes não integrantes do Poder Judiciário.** (grifos não constantes do original).*

É o que bem colocou também o eminente Ministro Octávio Gallotti, ao relatar a ADI nº 160-4/TO: detêm os membros do Ministério Público especializado “a plena independência de atuação perante os poderes do Estado, a começar pela Corte junto à qual oficiam (Constituição, artigos 130 e 75).”

Não se pode olvidar ainda estar o Ministério Público de Contas disposto no Capítulo IV (das funções essenciais à justiça), na Seção I (do Ministério Público), juntamente com o Ministério Público da União, dos Estados e com o Conselho Nacional do Ministério Público. O constituinte pátrio, ao tratar do Ministério Público de Contas, reconhecendo-o como instituição atuante JUNTO aos Tribunais de Contas e não como órgão integrante dos Tribunais de Contas, regulamentou-o na seção do Ministério Público e fora da que trata da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária (em que incrustada a regulação dos Tribunais de Contas). Pertinentes, neste particular, as observações do eminente Ministro Carlos Ayres Britto, em palestra proferida no VII Congresso Nacional do Ministério Público de Contas, em Brasília – DF, no ano de 2004, cujo tema foi “o regime jurídico do Ministério Público de Contas”:

A linguagem mudou, já não se disse que o Ministério Público figurava ao lado das auditorias financeiras e orçamentárias e demais órgãos auxiliares, do Tribunal de Contas da União. A dicção constitucional não foi essa, foi a seguinte, sendo dois alternadamente dentre Auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal. Essa locução adverbial, junto, foi repetida no artigo 130, debaixo da seguinte legenda: aos membros do Ministério Público, já no capítulo próprio do Poder Judiciário e na seção voltada para o Ministério Público. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, a locução adverbial, junto à, foi repetida, aplicam-se às disposições dessa seção pertinentes a direitos, vedações e formas de investidura. Curioso, na Constituição anterior não se falava de membros, se falava da instituição em si, Ministério Público, agora com imediatidade não se fala da instituição Ministério Público, e sim,

de membros do Ministério Público. **Isso me parece ter relevo, ter importância interpretativa, de monta. Quando a Constituição disse, junto à, quis resolver um impasse surgido com a legenda da Constituição anterior, porque se está junto é porque não está dentro, está ao lado, numa linguagem bem coloquial, ali no oitão da casa, mas não no interior dela, junto à, por duas vezes. E ao falar de membros, me parece que deixou claro, também, que quem é membro de uma instituição não pode ser membro da outra, só pode ser membro da própria instituição a que se vincula, gramaticalmente.** A nova linguagem, membros do Ministério Público, dissipando a dúvida, membro do Ministério Público é membro do Tribunal de Contas? Eu respondo que não, até porque os membros do Tribunal de Contas da União são assim literalmente grafados no artigo 102, inciso I, letra c, da Constituição Federal, a propósito da competência judicante do Supremo Tribunal Federal, da competência originária. **Então, membros do Tribunal de Contas constitui uma realidade normativa, membros do Ministério Público de Contas, outra realidade normativa. Junto à ou junto ao, não pode ser dentro de. Se o Ministério Público de Contas está fora do Ministério Público tradicional, também está fora do próprio Tribunal de Contas, em que esse Ministério Público atua ou oficia.** Essa mudança de linguagem me pareceu sintomática a nos desafiar para uma nova tese, reformular uma tese. Existe mesmo um Ministério Público de Contas, ou Especial, atuando não junto aos órgãos jurisdicionais, mas junto às Cortes ou Casas de Contas. Assim como o Ministério Público usual desempenha uma função essencial à jurisdição, o Ministério Público de Contas desempenha uma função essencial ao controle externo. (Grifou-se) A Constituição Federal, ao instituir o CNMP na seção do Ministério Público, impõe estar todo o Ministério Público (da União, dos Estados e de Contas) a ele submetido. O art. 130-A, da Carta Magna, conquanto em alguns momentos refira-se a Ministério Público da União e dos Estados, utiliza em vários outros dispositivos a expressão “Ministério Público”, aludindo-se à Instituição como um todo e não apenas aos da União e dos Estados (art. 130-A, §2º, I e V, §3º, I, da CF/88). A Constituição Federal não traz normas antagônicas, devendo a interpretação depreender de um conjunto de dispositivos, de forma completa, harmônica e em conformidade com a Constituição. Nas palavras do Ministro Carlos Ayres Britto, “importa para o intérprete é ler nas linhas e entrelinhas, não só desse ou daquele dispositivo em separado, como também imerso no corpo de toda a lei ou de todo o código jurídico de que faça parte o preceito interpretado”. Destarte, entender que o Ministério Público de Contas está submetido ao CNMP é reconhecer a verdadeira norma que se revela sistemicamente posta no Texto Magno. Mas a leitura sistemática do texto constitucional deve impor também ao legislador a observância de diretrizes de **racionalidade administrativa** na conformação orgânica do aparelho estatal. Um dos vetores de racionalização, sem dúvida, é imposto pelo **princípio da economicidade**. Os Procuradores do Ministério Público de Contas, por disposição constitucional, submetem-se ao mesmo regramento disciplinar dos demais membros do Ministério Público. Seria mais proveitoso à sociedade sujeitá-los, todos, portanto, à fiscalização de um mesmo órgão de controle superior, o CNMP. Alcançar-se-ia assim justificáveis benefícios, observando ainda os postulados da **economicidade** para o erário, e a **celeridade** no desenvolvimento das atividades de controle, utilizando-se da expertise de um Conselho já implantado e devidamente estruturado. O artigo 130 não

existe de modo isolado na Constituição Federal, mas é parte de um todo amplo, integral e globalizante, devendo ser lido em cotejo com outros dispositivos constitucionais, a exemplo dos artigos 127, 128, I e II. Quando muito, pode-se vislumbrar o acréscimo de uma nova cadeira ao CNMP, destinada a representante do MPC.

Mas além do princípio da economicidade impõe-se reconhecer ainda o **princípio da excepcionalidade** a reger a instituição dos chamados conselhos, pois estes traduzem a ideia de instituições superiores, com funções especializadíssimas de controle, o que não recomenda em hipótese alguma a sua banalização, sob pena de se adentrar ao incômodo circuito vicioso, lembrado na sátira do poeta romano Juvenal: *Quem fiscaliza o fiscalizador?*

Magistrados de contas e Procuradores de contas podem perfeitamente ter sua atuação submetida aos Conselhos atualmente existentes, CNJ e CNMP, respectivamente, eventualmente com pequenos ajustes na composição destes.

A proximidade entre as Cortes de Contas onde atua o MPC e o aparelho judiciário é, ademais, muito maior do que se costuma imaginar comumente. Tal fato é demonstrado por Carlos Ayres Britto, em magistral artigo publicado na Revista Diálogo Jurídico:

“(...) começo por dizer que o Tribunal de Contas da União não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras do seu art. 44, litteris: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (negrito à parte). Logo, o Parlamento brasileiro não se compõe do Tribunal de Contas da União. Da sua estrutura orgânica ou formal deixa de fazer parte a Corte Federal de Contas e o mesmo é de se dizer para a dualidade Poder Legislativo/Tribunal de Contas, no âmbito das demais pessoas estatais de base territorial e natureza federada.

2.2. Não que a função de julgamento de contas seja desconhecida das Casas Legislativas. Mas é que os julgamentos legislativos se dão por um critério subjetivo de conveniência e oportunidade, critério, esse, que é forma discricionária de avaliar fatos e pessoas. Ao contrário, pois, dos julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas, que só podem obedecer a parâmetros de ordem técnico-jurídica; isto é, parâmetros de subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais.

2.3. **A referência organizativo-operacional que a Lei Maior erige para os Tribunais de Contas não reside no Poder Legislativo, mas no Poder Judiciário.** Esta a razão pela qual o art. 73 da Carta de Outubro confere ao Tribunal de Contas da União, “no que couber”, as mesmas atribuições que o art. 96 outorga aos tribunais judiciários. Devendo-se entender o fraseado “no que couber” como equivalente semântico da locução *mutatis mutandis*; ou seja, respeitadas as peculiaridades de organização e funcionamento das duas categorias de instituições públicas (a categoria do Tribunal de Contas da União e a categoria dos órgãos que a Lei Maior da República eleva à dignidade de um tribunal judiciário).

2.4. Mas não se esgota nas atribuições dos tribunais judiciários o parâmetro que a Lei das Leis estabelece para o Tribunal de Contas da União, *mutatis mutandis*. É que os **ministros do Superior Tribunal de Justiça também**

comparecem como referencial (em igualdade de condições, averbe-se) para “garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens” dos ministros do TCU, tudo conforme os expressos dizeres do § 3º do art. Constitucional de nº 73”. (Grifou-se de forma distinta no original)

A tese da submissão dos membros dos Tribunais de Contas ao CNJ foi suscitada pela primeira vez, talvez, por uma representante do próprio CNJ em evento ocorrido no Tribunal de Contas do Estado do Paraná:

A Senhora Morgana Richa: ... Passo então à finalização mencionando um pouco em relação ao eventual controle de Tribunais de Contas. Tenho um pouco de dúvida e vou jogar uma pitada de sal apenas aqui nessa troca de ideias, em relação à criação de muitos órgãos no Brasil. Penso que precisamos de órgãos que deem efetividade, que deem qualificação ao funcionamento. Criar por criar, é algo que talvez entre em mais um, como dizia o Ministro Gilmar, “não adianta mais do mesmo, precisamos de diferenciais”. E o CNJ teve de fato esse papel transformador, essa modificação e me parece que dentro do próprio sistema, tenho dúvidas se não comportaria esse controle de ser exercido pelo próprio Conselho Nacional de Justiça. Então fui dar uma olhada na questão dos Tribunais de Contas, e aquilo que já tinha uma ideia um pouco delineada, me pareceu muito claro. Os Tribunais de Contas, falávamos há pouco, tem uma natureza híbrida, alguns dizem que está no legislativo, outros dizem que não, tem até um texto do Ministro Ayres Britto que é muito interessante sobre essa matéria, que me pareceu muito coerente. Mas o fato é que os Tribunais de Contas, os Conselheiros estão submetidos à LOMAN, são tribunais administrativos, não exercem função jurisdicional, tampouco o CNJ exerce, o CNJ é um Tribunal exclusivamente administrativo, e é um Tribunal de governo do sistema. Por que não essa absorção ser feita dentro do próprio sistema de justiça? Por que não pensar nos tribunais de contas dentro do sistema de justiça? Parece-me que eles estão muito mais assemelhados ao sistema de justiça do que ao próprio legislativo. Se fosse para um enquadramento que tivesse mais encaixe, mais um contorno, talvez com menos arestas, vamos assim dizer, no sistema de justiça a similitude a meu ver, seria indubitavelmente maior. Por sua vez, é claro que dependeria de uma reflexão mais aprofundada, de uma PEC, de uma modificação constitucional e de um contorno adequado. Mas eu não vejo impossibilidade nem tampouco em trazer tribunais de contas para o sistema de justiça, ou levar o Conselho Nacional de Justiça para um controle de tribunais que prestem uma jurisdição, seja ela em nível judicial ou administrativo, como disse é o próprio caso do CNJ. É um órgão que pertence ao Poder Judiciário, julga, julga matérias administrativas, a seara não tem nenhuma atuação jurisdicional, e que tem esse perfil já, essa dinâmica, essa experiência bastante acentuada e acredito que teria uma contribuição muito grande para prestar. Eventuais ilações sobre a inviabilidade dos procuradores que atuam junto aos Tribunais de Contas se submeterem ao controle do CNMP, porque eles não teriam uma função jurisdicional, mas administrativa, não se sustentam minimamente. Os Conselhos de Controle Superior são instituições

*predominantemente administrativas, vocacionadas ao controle das funções administrativas do Poder Judiciário e do Ministério Público (funções atípicas), e não ao controle da jurisdição propriamente dita (função típica). Evidentemente que por esta atuação de Controle Superior se almeja, sob a batuta do **princípio da eficiência**, aprimorar o exercício das funções típicas. Nada, porém, justifica que as mesmas funções atípicas das Cortes de Contas (função administrativa) não possam ser submetidas ao mesmo órgão de controle, que, afinal, não intervirá na prestação da jurisdição especial de contas.*

Decisão recente do próprio CNMP sepultou definitivamente qualquer dúvida sobre a submissão dos procuradores do MPC àquele Conselho:

CONSULTA Nº 0.00.000.000843/2013-39

RELATORA: TAÍS SCHILLING FERRAZ

REQUERENTE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS - AMPCON

EMENTA. MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS. CONSULTA. CONTROLE

EXTERNO PELO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NATUREZA JURÍDICA.

FUNÇÕES INSTITUCIONAIS. GARANTIAS E VEDAÇÕES DOS MEMBROS. AUTONOMIA FUNCIONAL JÁ RECONHECIDA.

AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA EM PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO. CONSULTA RESPONDIDA POSITIVAMENTE.

1. Considerando que as funções institucionais reservadas ao Ministério Público de Contas -MPC identificam-se plenamente às previstas no art. 127 da Constituição Federal, e que seus membros foram contemplados com as mesmas garantias e vedações relativas aos membros das demais unidades e ramos do Ministério Público (CF, art. 130), impõe-se reconhecer ao MPC a natureza jurídica de órgão do Ministério Público brasileiro.
2. A característica extrajudicial da atuação do MPC não o desnatura, apenas o identifica como órgão extremamente especializado. Outros ramos do MP brasileiro são especializados e todos exercem atribuição extrajudicial ao lado das funções perante o Poder Judiciário.
3. A já reconhecida autonomia funcional dos membros do MPC, em sucessivos precedentes do Supremo Tribunal Federal deve ser acompanhada da gradual aquisição da autonomia administrativa e financeira das unidades, de forma a ter garantido o pleno e independente exercício de sua missão constitucional.
4. A carência da plena autonomia administrativa e financeira não é óbice ao reconhecimento da natureza jurídica ministerial do MPC, antes é fator determinante da necessidade do exercício, por este Conselho Nacional, de uma de suas funções institucionais (CF, art. 130-A, §2º, I), zelando "pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência ou recomendar providências". Esta atual carência é consequência de um histórico de vinculação, a ser superado, e não pode ser trazida como a causa para negar-se ao MPC a condição de órgão do MP brasileiro. Conclusão diferente levaria ao questionamento da natureza jurídica do MP Eleitoral, que,

como amplamente sabido, além de não figurar no art. 128 da Constituição Federal, não dispõe de estrutura, sequer de um quadro permanente de membros.

5. Situação de gradual aquisição de autonomia já vivenciada pelos demais órgãos do Ministério Público que, historicamente, dependeram, em maior ou menor medida, das estruturas dos tribunais e nunca tiveram, por essa razão, sua condição de Ministério Público questionada. Consulta respondida positivamente para reconhecer ao Ministério Público de Contas a natureza jurídica de órgão do Ministério Público brasileiro e, em consequência, a competência do CNMP para zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais dos respectivos membros e pela garantia da autonomia administrativa e financeira das unidades, controlando os atos já praticados de forma independente em seu âmbito, e adotando medidas tendentes a consolidar a parcela de autonomia de que ainda carecem tais órgãos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Conselheiros do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, por unanimidade, em conhecer e dar provimento à consulta, nos termos do voto da relatora.

TAÍS SCHILLING FERRAZ

Relatora

A previsão em norma constitucional virá confirmar aquilo que por interpretação já reconheceu o CNMP. Em relação à submissão dos Ministros e Conselheiros ao CNJ trata-se de previsão com guarida inclusive no princípio da economicidade. Não faz sentido algum criar um novo órgão público, com toda a sorte de implicações financeiras que isto significa para fiscalizar menos de 300 magistrados de contas. Ressaltamos, por oportuno, que o CNJ, por sua vez, fiscaliza 15 mil juízes.

Sala das Sessões, em 2 de outubro de 2013.

FRANCISCO PRACIANO (PT/AM) ÉRIKA KOKAY (PT/DF)
PAULO RUBEM SANTIAGO (PDT/PE) ROSANE FERREIRA (PV/PR)
LUIZ PITIMAN (PMDB/DF) IZALCI (PSDB/DF)
REGUFFE (PDT/DF) LUIZ COUTO (PT/PB)
LUIZA ERUNDINA (PSB/SP)

ANEXO III – INTEIRO TEOR – PEC Nº 22/2017 – SENADO FEDERAL

**PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº, DE
2017**

Altera o artigo 22, altera o inciso III do art. 52, altera o artigo 73, acrescenta o artigo 73-A, altera o parágrafo único do art. 75, altera a alínea “r” do inciso I do artigo 102, todos da Constituição Federal, e acrescenta os artigos 29-A e 115 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para modificar a forma de composição dos Tribunais de Contas, criar o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas e adotar outras providências.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 22 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 22

XXX – processo de controle externo no âmbito dos Tribunais de Contas.” (NR)

Art. 2º O inciso III do art. 52 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 52

III – aprovar previamente, por voto secreto e maioria absoluta, após arguição pública, a escolha de:

[...]

b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Congresso Nacional.

[...]” (NR).

Art. 3º O art. 73 passa a vigorar a seguinte redação:

“Art. 73.....

§1º

II – idoneidade moral e reputação ilibada, sendo vedada a escolha de: (NR)

a) quem tenha sido condenado, por órgão judicial singular ou colegiado, por crimes e atos que tornem o cidadão inelegível para cargos públicos, conforme definido na lei complementar a que se refere o § 9º do art. 14 da Constituição Federal; e

b) quem tenha contas de gestão reprovadas por decisão de Tribunal de Contas e contas de governo pelo Poder Legislativo, nos 8 (oito) anos anteriores ao surgimento da vaga.

III –

IV – mais de 10 (dez) anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija formação em nível superior em área de conhecimento mencionada no inciso anterior. (NR)

§ 2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I – quatro pelo Congresso Nacional; (NR)

II – três dentre os Ministros Substitutos, escolhidos pelo Tribunal de Contas da União a partir de lista tríplice formada pelos integrantes da carreira, segundo os critérios de antiguidade e merecimento, alternadamente; (NR)

III – um dentre os membros do Ministério Público de Contas, escolhido pelo Tribunal de Contas da União a partir de lista tríplice formada pelos integrantes da carreira, segundo os critérios de antiguidade e merecimento, alternadamente;

IV – um dentre os Auditores de Controle Externo do Tribunal, nomeados em decorrência de concurso público há pelo menos 10 anos, escolhido pelo Tribunal de Contas da União a partir de lista tríplice formada pelos integrantes da carreira, segundo o critério do merecimento.

§3º

§4º Os Ministros Substitutos do Tribunal de Contas da União, quando em

substituição a Ministro, terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal.

§5º É vedada a escolha daqueles que tiverem exercido, nos 3 (três) anos anteriores ao surgimento da vaga, mandato público eletivo, cargo de Ministro de Estado e o equivalente nos Estados, Distrito Federal e Municípios, ou a direção de entidade da administração indireta”.

Art. 4º *A Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte art. 73-A:*

“Art. 73-A. O Conselho Nacional dos Tribunais de Contas compõe-se de onze membros com mais de trinta e cinco anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

I – o Presidente do Tribunal de Contas da União;

II – o Vice-Presidente do Tribunal de Contas da União;

III – três Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, indicados pela entidade representativa de caráter nacional;

IV – um Conselheiro dos Tribunais de Contas dos Municípios e do Município, indicado pela entidade representativa de caráter nacional;

V – um Ministro Substituto ou Conselheiro Substituto de Tribunal de Contas, indicado pela entidade representativa de caráter nacional;

VI – um membro do Ministério Público de Contas, indicado pela entidade representativa de caráter nacional;

VII – um advogado, detentor de notável conhecimento técnico e reputação ilibada, indicado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; e

VIII – dois cidadãos de notável conhecimento técnico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§1º. O Conselho será presidido pelo Presidente do Tribunal de Contas da União e, nas suas ausências e impedimentos, pelo outro membro deste Tribunal.

§2º. Os membros indicados serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

§3º. O membro do Conselho não poderá concorrer aos cargos cujos processos de escolha são definidos no §2º do art. 73 e no parágrafo único do art. 75 durante o período do mandato e até 2 (dois) anos depois do seu término, ressalvados o Ministro Substituto, o Conselheiro Substituto e o membro do Ministério Público de Contas, se a composição da lista se sujeitar ao critério da antiguidade.

§4º Fica vedado o exercício cumulativo dos mandatos de Presidente do Tribunal de Contas e de membro do Conselho, ressalvado o previsto no §1º.

§5º Não efetuadas as indicações previstas neste artigo no prazo de até cento e oitenta dias anteriores ao término dos mandatos, caberá ao Tribunal de Contas da União realizá-las.

§6º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira dos Tribunais de Contas e do cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros, bem como assegurar a uniformidade de interpretação de normas no âmbito de sua atuação, cabendo-lhe:

I – zelar pela autonomia dos Tribunais de Contas e pelo cumprimento de suas determinações, podendo expedir atos regulamentares, determinar e recomendar providências, bem como estabelecer metas e indicadores de desempenho institucional;

II – apreciar, de ofício ou mediante provocação, a validade de atos de gestão praticados por membros dos Tribunais de Contas, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao cumprimento da lei;

III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos dos Tribunais de Contas, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos Tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar atos que importem em sanções administrativas, assegurada a ampla defesa;

IV – representar ao Ministério Público em caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares instaurados contra membros dos Tribunais de Contas;

VI – elaborar e divulgar semestralmente relatório estatístico sobre atos realizados pelos Tribunais de Contas;

VII – elaborar e divulgar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação dos Tribunais de Contas no País e as atividades do Conselho, que deve integrar mensagem do Presidente do Tribunal de Contas da União a ser remetida ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa; e

VIII – uniformizar a jurisprudência dos Tribunais de Contas, na forma dos §§8º e 9º.

§7º O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor Nacional, dentre os membros dos Tribunais de Contas que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas em Lei, as seguintes:

I – conhecer de reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas a membros, órgãos e serviços dos Tribunais de Contas;

II – exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correção geral; e

III – requisitar e designar membros dos Tribunais de Contas, delegando-lhes atribuições, bem como requisitar servidores de qualquer Tribunal de Contas.

§8º Fica criada a Câmara de Uniformização de Jurisprudência, composta pelos membros dos Tribunais de Contas que integram o Conselho, e presidida por seu Presidente, ao qual é assegurado o direito de voto em todos os processos, e suas sessões serão preferencialmente virtuais.

§9º Compete à Câmara de Uniformização de Jurisprudência, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes:

I – reconhecer, por maioria absoluta, de ofício ou por provocação de Tribunal de Contas, a existência de controvérsia atual acerca da interpretação de norma constitucional ou de âmbito nacional entre os Tribunais de Contas que acarrete grave insegurança jurídica ou relevante prejuízo do ponto de vista fiscal, financeiro, orçamentário, econômico, patrimonial, contábil e social;

II – reconhecer a controvérsia, aprovar, por maioria absoluta, enunciado de caráter vinculante em relação aos Tribunais de Contas, acerca da interpretação de norma;

e

III – julgar reclamação contra decisões dos Tribunais de Contas que contrariem enunciados da Câmara, podendo anulá-las e determinar novo julgamento.

§10 Junto ao Conselho, oficiará o Procurador-Geral do Ministério Público de Contas da União.

§11 Os membros dos Ministérios Públicos de Contas não estão sujeitos ao controle do Conselho.

§12 O Conselho escolherá um Ouvidor Nacional, dentre seus integrantes, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas em Lei, as seguintes:

I – receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros, órgãos e serviços dos Tribunais de Contas, representando ao Corregedor Nacional;

II – instituir e manter portal nacional de transparência e visibilidade dos Tribunais de Contas, para registro de:

a) relatórios, instruções processuais, pareceres e deliberações referentes a processos de controle externo;

b) reclamações junto às Corregedorias, bem como processos disciplinares contra membros dos Tribunais de Contas; e

c) informações pormenorizadas sobre a gestão administrativa e financeira dos Tribunais de Contas.

§13. O Conselho gozará de autonomia financeira, orçamentária e administrativa para o desempenho de suas atribuições.

§14. O custeio do deslocamento e do apoio de pessoal de cada integrante do Conselho ficará a cargo do órgão ou entidade de origem do membro.

§15. Os atos a que se refere o inciso II do §7º não abrangem os atos praticados no exercício do controle externo.

§16. É de iniciativa privativa do Tribunal de Contas da União a lei que verse sobre matéria constante do inciso XXX do art. 22.”

Art. 5º O parágrafo único do art. 75 passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido dos seguintes incisos:

“Art. 75.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros, observado o disposto no artigo 52, inciso III, alínea b, no artigo 73, §§ 1º e 5º, e escolhidos:

I – três pelo respectivo Poder Legislativo;

II – dois dentre os Conselheiros Substitutos, escolhidos pelo Tribunal de Contas a partir de lista tríplice formada pelos integrantes da carreira, segundo os critérios de antiguidade e merecimento, alternadamente;

III – um dentre os membros do Ministério Público de Contas, escolhido pelo Tribunal de Contas a partir de lista tríplice formada pelos integrantes da carreira, segundo os critérios de antiguidade e merecimento, alternadamente;

IV – um dentre os Auditores de Controle Externo do Tribunal, nomeados em decorrência de concurso público há pelo menos 10 anos, escolhido pelo Tribunal de Contas a partir de lista tríplice formada pelos integrantes da carreira, segundo o critério do merecimento.”(NR)

Art. 6º A alínea r do inciso I do art. 102 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 102.

I -

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça, contra o Conselho Nacional do Ministério Público e contra o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas.” (NR)

Art. 7º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos art. 29-A e 115, com a seguinte redação:

“Art. 29-A. Nos primeiros cinco anos da sua criação, o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas será sediado no Tribunal de Contas da União.

§1º. O Tribunal de Contas da União proverá o Conselho do pessoal e dos bens indispensáveis ao seu funcionamento, cabendo ao Presidente do Tribunal adotar todas as medidas administrativas e orçamentárias necessárias, com vistas à sua instalação, no prazo de cento e oitenta dias a partir da publicação da Emenda Constitucional de sua criação.

§2º. Vencido o prazo mencionado no caput, ao Conselho será assegurada dotação própria e suficiente ao seu funcionamento, podendo dispor de sede e pessoal próprios, nos termos de lei orgânica de iniciativa privativa do Tribunal de Contas da União.

[...]

Art. 115. Até que a composição dos Tribunais de Contas atenda ao disposto nos artigos 73, §2º, e 75, parágrafo único, a partir do que as vagas passam a ser vinculadas, aquelas que surgirem serão providas observando a proporção estabelecida nos dispositivos citados, na seguinte ordem:

I – Ministro Substituto e Conselheiro Substituto;

II – Membro do Ministério Público de Contas; e

III – Auditor de Controle Externo.

Parágrafo único. Para os fins previstos no caput, consideram-se preenchidas as vagas que estejam ocupadas por Ministro Substituto, Conselheiro Substituto ou membro do Ministério Público de Contas, nomeados, de acordo com a ordem constitucional então vigente, para as vagas destinadas às respectivas categorias”.

Art. 8º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O Controle Externo da Administração Pública é função precípua do Poder Legislativo, na medida em que cabe aos representantes do povo o dever de zelar pela correta aplicação das verbas públicas. No entanto, foi a própria Carta Magna de 1988, seguindo a tradição das Constituições anteriores, que conferiu aos Tribunais de Contas um papel igualmente sobranceiro no Controle Externo da gestão pública.

Por tal razão, os Tribunais de Contas do Brasil são os órgãos imbuídos dessa missão republicana, aos quais cabe a responsabilidade pela fiscalização financeira, contábil, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos e que estão incumbidos de assegurar uma gestão fiscal responsável pela Administração Pública em seus diferentes níveis.

Por conta deste mandato e considerando a dinâmica do processo do controle, entendo ser oportuno propor ao Congresso Nacional ajustes fundamentais no formato constitucional do controle externo brasileiro, com vistas a manter o equilíbrio das contas públicas e assegurar o efetivo e exemplar desempenho do controle da gestão.

Em razão disso, apresentamos ao Senado Federal esta proposta de Emenda à Constituição, formulada a partir das contribuições ofertadas pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), propugnando pela criação do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas (CNTC), enquanto instrumento de extrema importância para o aprimoramento de sua relevante função constitucional desses órgãos, assim como pela modificação na sua forma de composição, com incremento do rigor e do detalhamento dos critérios e dos requisitos para a investidura dos seus membros.

Com efeito, a necessidade de submeter a atuação dos membros dos Tribunais de Contas ao crivo fiscalizador de um órgão de controle disciplinar e correccional diverso, e de abrangência nacional, não pode perder de vista a organicidade e o destacamento desse mesmo sistema que se vislumbra criar, calcado na singularidade da própria função de controle externo sobre as contas públicas, e na atribuição constitucional de competências privativas para exercê-la a órgãos autônomos, apartados quer do Ministério Público, quer do Poder Judiciário. Assim é que, adotando a mesma linha defendida em outras iniciativas de reforma constitucional, no sentido da criação de um Conselho Nacional específico para os Tribunais de Contas brasileiros e destoando daquelas que pretendem a sujeição dos membros e órgãos de controle externo ao controle do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a presente proposta objetiva evitar a incontornável deficiência de representação que haveria em semelhante arranjo, e salvaguardar, no mesmo passo, a propriedade dessa importantíssima função estatal.

Neste sentido, a redação ora sugerida pretende inserir avanços nas regras de composição e na fixação das competências do Conselho Nacional, tornando-o, além de órgão de supervisão administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar, um agente de uniformização da atividade-fim dos Tribunais de Contas, no que tange às questões de manifesta relevância nacional, sobre as quais haja reconhecida controvérsia acerca de interpretação normativa. Para esse último fim, a proposta prevê a criação de uma Câmara de Uniformização de Jurisprudência, concebida como instrumento crucial para a segurança das decisões e para a estabilização das relações jurídicas, atribuição que alcançaria, por exemplo, questões atinentes à Lei de Responsabilidade Fiscal.

A criação do CNTC, nesse aspecto, não afronta a autonomia e a independência dos Tribunais de Contas, enquanto reflexo do pacto federativo (que remanesce preservado), na medida em que não impõe alteração radical ao desenho orgânico constitucional. A concepção de um órgão deste porte visa, em verdade, fortalecer a coordenação entre os Tribunais de Contas, oferecendo os fundamentos para a estruturação de um verdadeiro sistema, que – embora não inteiramente condicionante da atividade-fim, porquanto sem adquirir feições de natureza recursal – vem assegurar a uniformidade do controle administrativo, financeiro e disciplinar desses mesmos órgãos. Ao mesmo tempo, suas feições o habilitam a concorrer para a uniformidade de entendimento sobre atos normativos de caráter nacional, em prol da eficácia das decisões proferidas por esses Tribunais e da segurança e estabilidade das relações jurídicas sujeitas à sua tutela.

A presente proposta oferece, igualmente, outro contributo no sentido da padronização da atuação dos Tribunais de Contas, ao incluir, entre as matérias de competência legislativa privativa da União, a edição de um diploma processual de controle externo de caráter nacional, uma espécie de “CPC de Contas”, de iniciativa privativa do Tribunal de Contas da União. Deste ponto de vista, a proposta viabiliza a futura concretização de antigo anseio dos atores do controle

externo brasileiro, iniciativa alinhada com o sentido amplo da uniformização pretendida pela proposta.

Com essas modificações, pois, pretende-se reafirmar a autonomia dos Tribunais de Contas, ao intensificar o sistema constitucional de freios e contrapesos (checks and balances), fundamentado nos controles recíprocos entre os poderes e no controle social, prestigiado, no Conselho, pela participação de cidadãos indicados pelo Parlamento e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Por serem um dos guardiões da república, os Tribunais de Contas precisam, ademais, ser exemplos de transparência. Para tanto, o CNTC, por meio de uma Ouvidoria Nacional, instituirá e manterá um Portal Nacional da Transparência das atividades dos Tribunais de Contas.

Nessa toada, vale mencionar também a afirmação do planejamento estratégico integrado que deve emergir da criação do CNTC, a partir de seu papel proeminente no acompanhamento do cumprimento das metas estabelecidas.

Observe-se, a propósito, que os relatórios anuais de desempenho dos Conselhos já criados, CNJ e CNMP, demonstram o acerto da medida, dado o avanço e a melhoria da capacidade institucional do Poder Judiciário e do Ministério Público alcançados após a sua instituição, o que permite antever idêntico efeito nos Tribunais de Contas do Brasil.

Ademais, com essa correspondência orgânica com os Conselhos Nacionais existentes, tem-se por garantida a conformidade constitucional do CNTC. A esse respeito, vale salientar que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367/DF, em face da Emenda Constitucional nº 45/2004, que criou o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, rebateu a alegada afronta ao princípio da separação e independência dos poderes, pronunciando-se pela constitucionalidade da criação daquele órgão de controle.

Por este motivo – reitera-se – a criação do CNTC preservará a autonomia dos Tribunais de Contas, bem como o desenho constitucional original (que definiu, de forma não hierárquica, um conjunto de órgãos, integrado pelo Tribunal de Contas da União, pelos vinte e seis Tribunais de Contas Estaduais, por um Tribunal de Contas Distrital, por quatro Tribunais de Contas dos Municípios e pelos Tribunais de Contas dos Municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro), aperfeiçoando-o e confirmando-o (STF, ADI 445/DF e ADI 687/PA).

Cumprir ressaltar, por fim, que o momento de crise não pode ser tomado como impeditivo para esse aprimoramento do formato de organização do controle externo brasileiro, não somente em vista das várias vantagens decorrentes de sua efetivação, como evidenciado no Judiciário e no Ministério Público, mas também em se considerando o especial cuidado com a redução de custos para a criação e a manutenção do CNTC. Com efeito, conforme prevê a proposta, sua economicidade resta assegurada, seja com a previsão de que cada Tribunal de origem do integrante do Conselho arque com o custeio de seu deslocamento e de seu pessoal de apoio; seja com a expressa preferência de realização das sessões da Câmara de Uniformização de Jurisprudência por meio virtual; seja pela vedação expressa de remuneração de seus membros; seja, afinal, com a acomodação do impacto econômico-financeiro remanescente, que será inicialmente suportado pelo TCU.

Quanto às regras de composição dos Tribunais de Contas, conquanto o atual modelo constitucional já possa ser considerado avançado, é forçoso reconhecer que a sociedade civil desde muito questiona sua abertura para a ingerência de interesses particulares e de influências antirrepublicanas, sobretudo em vista da vagueza de conceitos sobre os quais se assentam os critérios para preenchimento dos cargos de Ministro e Conselheiro.

Deste modo, além de assegurar o cumprimento do espírito dessas regras e de envidar esforços para a completa implantação do modelo constitucional instituído para o exercício do controle externo no país, com o acirramento da crise nacional e o recrudescimento das críticas direcionadas aos órgãos de controle externo e à efetividade de sua atuação, faz-se preciso dar mais um passo adiante, no sentido de propor uma alteração racional das mencionadas regras.

Neste sentido, estamos propondo uma inversão numérica do quantitativo das vagas destinadas a provimento por agentes públicos oriundos das carreiras

técnicas, englobando as de Ministro e Conselheiro Substituto (membros naturais), de Procurador de Contas e de servidores profissionais do controle externo. Mais do que isso, estipula o texto em comento que o preenchimento de tais vagas ficaria inteiramente livre da influência dos órgãos e poderes fiscalizados pelos Tribunais de Contas.

Todavia, por entendermos que a experiência na gestão pública e também no exercício da atividade parlamentar, por exemplo, são importantes para temperar, a partir de conhecimentos multidisciplinares, a atuação dos Tribunais de Contas, defendemos que o Poder Legislativo continue, ainda que de forma minoritária, a participar do processo de indicação dos membros dos Tribunais de Contas. Ademais, com a participação do Legislativo nesta nova proporção da composição, os efeitos indesejáveis do corporativismo seriam evitados. Desta maneira, preserva-se a legitimação de sua atuação por meio do imprescindível concurso, na definição da composição dos Tribunais de Contas, de um Poder assentado sobre a soberania popular, que deverá, ainda, fortalecer a lisura e transparência do processo de escolha, ao submeter o indicado a arguição pública e aprovação por maioria absoluta do Senado Federal ou das respectivas Casas Legislativas estaduais, distrital e municipais, conforme o caso.

De especial importância, ainda, é a previsão de uma “quarentena” como requisito para o preenchimento dessas vagas, ou seja, o impedimento de que sejam escolhidos para membros desses órgãos de controle aqueles que tenham exercido, nos três anos anteriores ao surgimento da vaga, mandato público ou ocupado cargos de natureza política, de livre nomeação (como o de Ministro ou Secretário de Estado), ou atuado como dirigentes de entidades da administração indireta. Na esperança de haver sensibilizado os nobres Senadores e Senadoras quanto à importância da matéria e da imperiosidade da medida, pedimos apoio para a aprovação desta proposição.

Sala das Sessões, maio de 2017.

Senador CÁSSIO CUNHA LIMA