

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - EDAP  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RANE CAROLINE ALBONYZ DOS PASSOS**

**A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NOS TERMOS DE  
AJUSTAMENTO DE CONDUTA CELEBRADOS POR AGÊNCIAS REGULADORAS**

**BRASÍLIA  
NOVEMBRO 2020**

**RANE CAROLINE ALBONYZ DOS PASSOS**

**A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NOS TERMOS DE  
AJUSTAMENTO DE CONDUTA CELEBRADOS POR AGÊNCIAS REGULADORAS**

Trabalho apresentado à banca examinadora como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública – EDAP do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Me. Eric Hadmann Jasper

**BRASÍLIA  
NOVEMBRO 2020**

**RANE CAROLINE ALBONYZ DOS PASSOS**

**A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NOS TERMOS DE  
AJUSTAMENTO DE CONDUTA CELEBRADOS POR AGÊNCIAS REGULADORAS**

Trabalho apresentado à banca examinadora como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública – EDAP do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Me. Eric Hadmann Jasper

Brasília - DF, 25 de novembro de 2020

---

**Prof. Me. Eric Hadmann Jasper**

Professor Orientador

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

---

**Prof. Me. José Trindade Moreira Neto**

Membro da Banca Examinadora

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

---

**Prof. Dr. Flávio José Roman**

Membro da Banca Examinadora

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

*À minha família.*

## RESUMO

Essa pesquisa almejou identificar os critérios utilizados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) para revisar Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) firmados entre agências reguladoras e entidades do mercado regulado. De início, realizou-se revisão de literatura sobre o histórico do controle externo exercido pelo TCU e sua atual conformação, legislação referente às agências reguladoras e aos TACs. Em seguida, realizou-se pesquisa de jurisprudência em ferramenta disponibilizada no site do TCU, identificando-se dois casos pertinentes ao escopo da pesquisa. Ao final, concluiu-se que o TCU não possui critérios comuns para realizar a revisão dos TACs firmados entre agências reguladoras e entidades do mercado regulado, entretanto, identificou-se que, em ambos os casos, o Tribunal se voltou à análise de maior efetividade dos TACs frente às sanções que as agências reguladoras poderiam aplicar, bem como aos meios disponibilizados para se fiscalizar e exigir o cumprimento dos acordos.

**Palavras-chave:** Controle Externo. Fiscalização Operacional. Agências Reguladoras. Termo de Ajustamento de Conduta.

## ABSTRACT

This research aimed to identify the criteria used by the Federal Court of Accounts (TCU) to review Terms of Conduct Adjustment (TACs) signed between regulatory agencies and entities in the regulated market. Initially, a literature review was performed on the history of external control exercised by TCU and its current conformation, legislation referring to regulatory agencies and TACs. Then, case law research was carried out in a tool available on TCU's website, identifying two relevant cases to the scope of the research. Therefore, it was concluded that the TCU does not have the common criteria for carrying out the review of the TACs signed between regulatory agencies and regulated market entities, however, it was identified that, in both cases, the Court focused to the analysis of the effectiveness of TACs in comparison to sanctions that regulatory agencies could apply, as well as the means made available to inspect and enforce those agreements.

**Keywords:** External Control. Operational Inspection. Regulatory agencies. Conduct adjustment Term.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 O CONTROLE EXTERNO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS .....</b>	<b>9</b>
1.1 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO .....	11
1.2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS SUJEITAS AO CONTROLE EXTERNO REALIZADO PELO TCU .....	13
1.3 CONTROLE EXTERNO A PARTIR DA FISCALIZAÇÃO OPERACIONAL ....	18
<b>2 INSTITUTO E FINALIDADE DOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.....</b>	<b>21</b>
<b>3 ESTUDO DE CASOS.....</b>	<b>26</b>
3.1 REVISÃO DOS CASOS.....	27
<b>3.1.1 TAC da Telefonia.....</b>	<b>27</b>
3.1.1.1. Considerações iniciais do voto condutor .....	28
3.1.1.2. Irregularidades na negociação dos TACs .....	29
3.1.1.3. Irregularidades nos dispositivos constantes nos TACs.....	31
3.1.1.4. Irregularidades nos dispositivos dos compromissos assumidos .....	32
3.1.1.5. Irregularidades no acompanhamento e fiscalização dos TACs.....	34
3.1.1.6. Irregularidades no procedimento de declaração de descumprimento do TAC e na execução das multas .....	36
3.1.1.7. Irregularidades em dispositivos da minuta de TAC da operadora Telefônica .....	39
3.1.1.8. Determinações e recomendações do Acórdão 2121/2017-Plenário .....	40
<b>3.1.2 TAC da Transnordestina .....</b>	<b>41</b>
3.2 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS DOS JULGADOS .....	48
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>58</b>

## INTRODUÇÃO

Em se tratando de punição de empresas pela prática de condutas vedadas em um mercado regulado, pensa-se primeiramente nas espécies punitivas mais comumente aplicadas, a exemplo da advertência, da multa ou até mesmo da declaração de caducidade dos contratos. Entretanto, é possível que se tenha a aplicação de outros tipos de sanção, que podem se referir à celebração de compromissos adicionais, como uma espécie de compensação pela conduta praticada.

Além do viés pecuniário, o art. 68 da Lei n. 9.784/1999, prevê que as sanções a serem aplicadas pela autoridade competente poderão consistir em obrigação de fazer ou de não fazer. O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), para isso, serve como uma alternativa que permite a solução do conflito a partir do compromisso da empresa em cessar a prática da conduta infratora imputada e, muitas vezes, firmar compromissos adicionais.

Tendo o atendimento do interesse público como principal finalidade, os critérios que justifiquem a celebração do TAC não são claros ou objetivos. Em razão disso, acordos firmados por Agências Reguladoras e as respectivas empresas investigadas foram submetidos ao crivo do Tribunal de Contas da União (TCU) no que diz respeito à legalidade e, também, aos princípios da eficiência e da eficácia.

É o exemplo do caso intitulado “TAC da Telefonia”, em que o TCU constatou diversas irregularidades na potencial celebração de Termos de Ajustamento de Conduta pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Iniciado por meio de representação que derivou de auditoria operacional para analisar a atuação da agência, propôs-se a concessão de medida cautelar para que a Anatel se abstinhasse de assinar TACs até que as irregularidades fossem constatadas e julgadas pela Corte de Contas. Ao final da auditoria, por meio do Acórdão 2121/2017-Plenário, o TCU recomendou à Anatel a adoção de diretrizes para os termos que ainda viriam a ser celebrados.

Sem que se tenha uma melhor delimitação de critérios e pressupostos mais objetivos para a celebração de TAC pelas Agências Reguladoras, tem-se um cenário de insegurança jurídica que afeta tanto a empresa investigada, quanto o mercado regulado, traduzindo-se na possibilidade de ineficiência do acordo em decorrência das irregularidades que sejam eventualmente constatadas pelo controlador externo.

Para a mitigação dos diversos riscos que possam decorrer da referida revisão pelo TCU, mostra-se necessária a análise dos casos em que foram constatadas irregularidades na celebração dos TACs, a fim de identificar critérios comuns utilizados pelo controlador em seu



juízo, como forma de garantia da segurança jurídica para os próximos acordos que ainda serão firmados.

Além disso, tendo as Agências Reguladoras maior clareza quanto aos critérios de revisão pelo TCU, ter-se-á maior eficiência na cessação da conduta por parte da empresa e, ainda, relativamente ao atendimento do interesse público, que caracteriza o principal objetivo da celebração de TAC.

Especificamente, busca-se entender de que forma o TCU procede à análise dos referidos atos administrativos. Para isso, o que se pretende responder é: quais os critérios utilizados pelo TCU nos casos em que houve revisão dos TACs firmados por Agências Reguladoras?

Por essa razão, a pesquisa na jurisprudência do TCU a fim de verificar quais critérios têm sido utilizados para analisar os TACs se demonstra apta: (i.) a identificar quais critérios devem ser observados pelas agências reguladoras no tocante à celebração dos TACs, ainda se considerada a ausência de uma legislação geral que regule o tema; e (ii.) a dar maior segurança jurídica aos agentes econômicos quanto à celebração do acordo.

A primeira etapa da pesquisa consistirá no levantamento da legislação aplicável à celebração do Termo de Ajustamento de Conduta e à respectiva revisão pelo Tribunal de Contas da União, analisando-se as leis federais, os regimentos internos e as resoluções normativas das Agências Reguladoras. O objetivo é identificar, inicialmente, (i.) a competência do TCU para realizar a fiscalização operacional relativamente aos TACs sob o viés da legalidade e da eficiência; (ii.) as hipóteses previstas para sua celebração na regulação interna das Agências; e (iii.) os principais objetivos pelos quais os TACs são firmados.

Na segunda etapa, será realizada análise crítica dos processos em que o Tribunal de Contas da União procedeu à revisão dos TACs, analisando-se as peculiaridades de cada caso concreto. A identificação dos processos pertinentes ao escopo da pesquisa se dará por meio do sistema informatizado da Corte de Contas, que dispõe da ferramenta para pesquisa de termos em banco de acórdão.

Na última etapa, após a análise dos casos concretos, a pesquisa indicará se foram identificados, no julgamento dos processos encontrados, critérios bem delimitados pelo Tribunal de Contas da União para revisão dos TACs firmados por Agências Reguladoras, com fundamento nos dados coletados e no levantamento bibliográfico realizado.

## 1 O CONTROLE EXTERNO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Sendo uma das formas de exercício do controle do Estado, Marques Neto leciona que o controle da Administração Pública não busca tão somente evitar o desvio de bens ou recursos públicos, mas também garantir que o Estado está sendo direcionado de forma eficiente para o cumprimento das finalidades relacionadas ao interesse coletivo<sup>1</sup>. Nesse sentido, o controle se mostra como um instrumento para aperfeiçoamento da Administração na busca da eficiência e efetividade.

A tripla dimensão do controle da Administração Pública se destina (i.) ao poder, buscando a proteção dos indivíduos contra a possibilidade de atuação arbitrária do poder político; (ii.) aos meios, buscando a otimização da gestão relativa ao patrimônio público; e (iii.) aos objetivos, buscando assegurar que o ato administrativo será orientado para o alcance dos interesses gerais dos cidadãos. Nessa perspectiva, Marques Neto define os objetivos do controle da Administração como sendo a defesa do patrimônio público, a adequada aplicação dos recursos públicos, o cumprimento das finalidades da atuação administrativa e a adstrição à legalidade, respeitando-se a ordem jurídica.<sup>2</sup>

Carvalho Filho também ensina que o controle administrativo exercido sobre a Administração Pública encontra fundamento no princípio da legalidade e no princípio das políticas administrativas. Enquanto o princípio da legalidade dispõe que a Administração deve estar adstrita às determinações constantes em lei, o princípio das políticas administrativas permite que o Poder Executivo estabeleça suas diretrizes, prioridades e planejamentos para exercício eficiente da atividade administrativa, em busca do atendimento ao interesse público. E é justamente na busca pelo alcance do interesse público, nas palavras de Carvalho Filho, que o controle administrativo se mostra necessário em relação aos objetivos alcançados<sup>3</sup>.

A natureza do controlador pode alterar a forma como os atos da Administração Pública serão submetidos à fiscalização, a exemplo do controle judicial, quando exercido pelo Poder Judiciário, do controle legislativo, quando exercido pelo Poder Legislativo, e até mesmo do controle exercido pelo próprio Poder Executivo, sob o aspecto da autotutela. O presente trabalho se destinará, especificamente, à análise do controle exercido pelo Poder Legislativo.

Nesse contexto, o Poder Legislativo possui prerrogativa, atribuída pela Constituição

---

<sup>1</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios no controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, p. 730, abr. 2010. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/10/desafios-controle.pdf>.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 974.

Federal de 1988, para exercer o controle legislativo sobre a Administração Pública Federal. Carvalho Filho ensina que, embora caiba à Administração a gestão do interesse coletivo, os mecanismos do controle visam a assegurar a garantia dos administrados no sentido de serem alcançados os objetivos a que se volte a Administração Pública.

De fato, embora caiba à Administração a tarefa de gerir o interesse coletivo, não é ela livre para fazê-lo. Deve atuar sempre em conformidade com os padrões fixados na lei e buscar, a toda a força, o interesse da coletividade. Sendo assim, os mecanismos de controle vão assegurar a garantia dos administrados e da própria Administração no sentido de ver alcançados esses objetivos e não serem vulnerados direitos subjetivos dos indivíduos nem as diretrizes administrativas. Esse é que constitui o seu objetivo. É exatamente através do controle que os administrados e a Administração podem aferir a legitimidade ou a conveniência das condutas administrativas, e por essa razão essa possibilidade espelha, sem a menor dúvida, uma garantia para ambos.<sup>4</sup>

O controle legislativo é dividido, então, em duas espécies: o controle político e o controle financeiro, conforme previsto no art. 49 da Constituição Federal.<sup>5</sup> O controle político se refere à autorização e aprovação de atos do Poder Executivo, a exemplo da declaração de guerra, do estado de defesa e da intervenção federal. Essa espécie de controle não será objeto do presente trabalho.

O controle financeiro, por outro lado, encontra duas subdivisões: o controle interno e o controle externo. Enquanto o controle interno se refere à autotutela do Poder Legislativo na fiscalização de seus próprios atos, o controle externo se trata da fiscalização exercida sobre o Poder Executivo. Para que se alcance o fim pretendido, o presente trabalho terá por escopo especificamente o controle externo.

Previsto no art. 70 da Constituição Federal<sup>6</sup>, o controle externo trata da fiscalização

---

<sup>4</sup> Ibid., p. 976.

<sup>5</sup> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar; III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias; IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas; V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; [...] IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; [...] XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares; [...]

<sup>6</sup> Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais

contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração Pública Federal direta e indireta e é exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), nos termos do que prevê o art. 71 da Constituição Federal<sup>7</sup>. Passa-se, então, ao estudo do TCU como órgão auxiliador no exercício do controle externo.

## 1.1 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Criado inicialmente por meio do Decreto n. 966-A/1890<sup>8</sup>, o Tribunal de Contas da União alcançou nível constitucional com a promulgação da Constituição Republicana de 1891 e, ao longo de seus primeiros noventa e oito anos de existência, Sandro Sabença explica que as suas atividades típicas se limitavam apenas ao julgamento das contas dos gestores públicos, cabendo apenas o exame sob o viés da conformidade.

Após sofrer diversas alterações em sua atuação, inclusive com a atribuição da competência de fixar prazos para que os órgãos adotassem providências para o exato cumprimento da lei, Bento José Bugarin explica que coube à Constituição Federal de 1988 proceder à ampliação do alcance do controle externo em relação à Administração Pública direta e indireta. Isso se deu em razão da preocupação em fortalecer o Tribunal de Contas da União como forma de reforçar, também, o papel institucional do Congresso Nacional e da preocupação em se ter mecanismos que permitam o alcance de resultados concretos, não se limitando apenas ao cumprimento de exigências formais.

É o que se observa na fala do então ministro Ewald Pinheiro na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (“ANC”), em razão da grande desconfiança contra o Poder Executivo após o regime de exceção no período de 1964-1985, em que esse Poder exercia prevalência sobre os demais, desequilibrando-os.

Quando a lei fortalece o Tribunal, fortalece o Congresso Nacional, porque cabe aos dois o desempenho do controle. Pela Constituição atual, o controle externo existe, tanto para o Tribunal quanto para o Congresso Nacional. Então, fortalecer o Tribunal é fortalecer o Congresso Nacional.<sup>9</sup>

---

a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

<sup>7</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]

<sup>8</sup> BRASIL. **Decreto n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890**. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D00966-A.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D00966-A.html). Acesso em: 17 ago. 2020.

<sup>9</sup> BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento

E, também, na fala de Andrea Sandro Calabi, Secretário do Tesouro Nacional em 1987, quando demonstra intensa crítica ao excesso de formalismo no exercício do controle externo:

O fato é que o controle [externo exercido pelo TCU], muitas vezes, se além a sua mera formalidade, também jurídica. (...) há uma compra errada de cliques, mas passam elefantes pela frente desse sistema de controle.<sup>10</sup>

Por essa razão, Sandro Sabença explica que a Constituição desenhou o TCU como órgão independente, desvinculado da estrutura dos três poderes, com competências amplíssimas, trazendo uma ruptura da tradicional tríplice do controle externo, que antes se referia apenas à fiscalização orçamentária, financeira e contábil, para agora deter a atribuição de competência para realização de fiscalização também sob a ótica operacional. Com isso, o art. 70 estabeleceu balizas para o exercício desse controle externo, seja ele sob o aspecto financeiro ou operacional, consistindo nos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade.

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

Nesse sentido, o art. 230<sup>11</sup> do Regimento Interno do TCU (RITCU) prevê a competência para realizar, por iniciativa própria, fiscalização nos órgãos e entidades sob a sua jurisdição, com o objetivo de analisar os atos e contratos administrativos sob o viés da legalidade, da economicidade, da eficiência, da eficácia e da efetividade. Adicionalmente, o art. 239<sup>12</sup> do RITCU trouxe a definição de auditoria como sendo o instrumento de fiscalização utilizado para examinar a legalidade e legitimidade dos atos de gestão dos órgãos sujeitos ao controle externo e para avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas em programas, projetos e

---

e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, 7ª reunião extraordinária, 6 de maio de 1987, p. 54.

<sup>10</sup> BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, 5ª reunião, 2 de junho de 1987, p. 31.

<sup>11</sup> Art. 230. O Tribunal, no exercício de suas atribuições, poderá realizar, por iniciativa própria, fiscalizações nos órgãos e entidades sob sua jurisdição, com vistas a verificar a legalidade, a economicidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade de atos, contratos e fatos administrativos.

<sup>12</sup> Art. 239. Auditoria é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para: I – examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; II – avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados.

atividades quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia. E, também o art. 250, incisos II e III<sup>13</sup>, do RITCU, trazem as medidas de determinações, quando constatadas irregularidades, e de recomendações para a melhoria de desempenho da entidade.

Nas palavras de Sandro Sabença, a fiscalização operacional permitiu a criação de instrumento para a apreciação da totalidade das atividades realizadas pela Administração Pública. Marcelo Barros Gomes<sup>14</sup> também explica que a realização de auditorias de natureza operacional permitiu que o TCU analise não só os aspectos da legalidade, mas também o desempenho sob o aspecto da eficiência, da eficácia e da economicidade. Passou-se, então, ao intenso uso de auditorias de desempenho, com vistas a avaliar o efetivo alcance de resultados, adotando-se critérios para analisar o atendimento de metas propostas e alcançadas pelas entidades.

Uma vez que as agências reguladoras federais elencadas no rol do art. 2<sup>o</sup><sup>15</sup> da Lei n. 13.848/2019 estão sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas da União, inclusive por previsão expressa do art. 14<sup>16</sup> da referida lei, podendo ter seus atos analisados sob o viés da legalidade e também da eficiência, passa-se a analisar os limites e parâmetros utilizados pela análise do controle externo.

## 1.2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS SUJEITAS AO CONTROLE EXTERNO REALIZADO PELO TCU

O Programa Nacional de Desestatização, criado pela Lei n. 8.031/1990, marcou uma

<sup>13</sup> Art. 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal: II – determinará a adoção de providências corretivas por parte do responsável ou de quem lhe haja sucedido quando verificadas tão somente falhas de natureza formal ou outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis ou que não configurem indícios de débito e o arquivamento ou apensamento do processo às respectivas contas, sem prejuízo do monitoramento do cumprimento das determinações; III – recomendará a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações;

<sup>14</sup> GOMES, Marcelo Barros; COUTINHO, Maria do Amparo; WANDERLEY, Maurício de Albuquerque. Dez anos de controle externo da regulação de serviços públicos. *In*: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 12

<sup>15</sup> Art. 2<sup>o</sup> Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e 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); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM).

<sup>16</sup> Art. 14. O controle externo das agências reguladoras será exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União.

grande mudança no papel do Estado no âmbito da economia brasileira. Viabilizado pelas Emendas à Constituição n.º 5 a 9, um dos principais objetivos do Programa era a reordenação estratégica do Estado na economia, em razão da transferência das atividades anteriormente exploradas pelo Poder Público à iniciativa privada.

Nas lições de Lucia Helena Salgado, a definição trazida pela Constituição Federal de 1988 referente à livre iniciativa e à livre concorrência como fundamentos da ordem econômica, cumulada com as emendas constitucionais de 1995, trouxe diversas implicações ao “espaço” econômico brasileiro:

A Constituição de 1988 marcou a mudança da inserção do setor público no espaço econômico, ao definir a livre-iniciativa e a livre-concorrência como fundamentos da ordem econômica. Há imensas implicações geradas pelo afastamento do Estado da gestão direta da atividade produtiva, mormente a partir das emendas constitucionais de 1995, que abriram os mercados dos serviços públicos à iniciativa estrangeira.<sup>17</sup>

Em razão das mudanças e reordenações do papel ocupado anteriormente pelo Estado na exploração de atividades econômicas, surge um novo aparato institucional formado pelas agências reguladoras. Lucia Helena ensina que essas agências reguladoras buscam cumprir o duplo papel de estruturação dos mercados antes ocupados pela atuação estatal e, ao mesmo tempo, garantir que se tenha o atendimento de regras definidas. De forma complementar, Marques Neto explica que a nova regulação estatal busca a intervenção na economia, mas sem causar o afastamento da participação dos agentes privados. Além disso, busca-se a manutenção do equilíbrio interno do setor regulado, de forma a permitir, preservar e incentivar a concorrência do mercado<sup>18</sup>.

Para melhor definir o que são as agências reguladoras, Alexandre Santos de Aragão aborda o conceito como sendo “autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada e incumbidas do exercício de funções regulatórias”<sup>19</sup>. Explica, ainda, que o seu surgimento se deu em uma conjuntura de transferência de uma série de serviços públicos à iniciativa privada, que não poderiam ficar desregulados, e

---

<sup>17</sup> SALGADO, Lucia Helena. **Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: Um panorama do Atual Desenho Institucional**. Rio de Janeiro: IPEA, 2003, p. 25.

<sup>18</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado**. Associação Brasileira de Agências de Regulação: São Paulo, 2019, p. 19. Disponível em: <http://abar.org.br/mdocs-posts/agencias-reguladoras-instrumentos-do-fortalecimento-do-estado/>. Acesso em: 17 ago. 2020.

<sup>19</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 281.

de necessidade de regulamentação em um regime jurídico de certa forma concorrencial e, consequentemente, de menor regulação.

Dentre as características essenciais do ente regulador, Marque Neto defende (i.) o caráter público, tanto para o exercício das prerrogativas quanto para garantir a participação dos agentes regulados; (ii.) a concentração de várias competências, uma vez que a legitimidade do regulador parte da capacidade de equilibrar o sistema regulado, ao mesmo tempo que busca o interesse geral; (iii.) a especialização, com vistas a garantir maior eficiência regulatória e a reduzir a assimetria informacional; e (iv.) a neutralidade em relação aos interesses regulados, como forma de garantir o desenvolvimento do setor de acordo com regras e critérios técnicos.

Nesse contexto, no final da década de 90, foram criadas a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)<sup>20</sup>, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)<sup>21</sup>, a Agência Nacional do Petróleo (ANP)<sup>22</sup> e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)<sup>23</sup>. E, no início dos anos 2000, foram criadas a Agência Nacional de Águas (ANA)<sup>24</sup>, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)<sup>25</sup>, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq)<sup>26</sup>, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)<sup>19</sup> e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)<sup>27</sup>.

Na visão de Marques Neto, as Agências Reguladoras viabilizaram a intervenção do Estado na ordem econômica e foram criadas como entidades da Administração Pública indireta, submetidas ao regime autárquico especial. Assim, passíveis de se submeterem à fiscalização operacional de seus atos, por parte do TCU, quanto à legalidade e ao atendimento do princípio da eficiência.<sup>28</sup>

Não bastasse a previsão constante no art. 70 da Constituição Federal, o art. 14<sup>29</sup> da Lei n. 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) traz previsão expressa quanto ao controle externo das Agências Reguladoras. Nesse sentido, o §1<sup>30</sup> do art. 15 da referida lei prevê que

---

<sup>20</sup> A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foi instituída por intermédio da Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

<sup>21</sup> A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) foi instituída por intermédio da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.

<sup>22</sup> A Agência Nacional do Petróleo (ANP) foi instituída pela Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997.

<sup>23</sup> A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) foi instituída pela Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999.

<sup>24</sup> A Agência Nacional de Águas (ANA) foi instituída pela Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000.

<sup>25</sup> A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) foi instituída pela Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

<sup>26</sup> A Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) foram instituídas pela Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001.

<sup>27</sup> A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) foi instituída pela Lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005.

<sup>28</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A nova regulação estatal e as agências reguladoras**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 80.

<sup>29</sup> Art. 14. O controle externo das agências reguladoras será exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União.

<sup>30</sup> Art. 15. A agência reguladora deverá elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, no qual



os objetivos da atuação do Tribunal de Contas da União são (i.) aperfeiçoar o acompanhamento da agência reguladora, inclusive no aspecto de gestão; (ii.) aperfeiçoar as relações de cooperação da agência com o Poder Público, especialmente no cumprimento de políticas públicas; (iii.) promover o aumento da eficiência e qualidade dos serviços, melhorando seu desempenho, com foco em resultados; e (iv.) permitir o acompanhamento da atuação e avaliação da gestão da entidade.

Para Vilaça, o controle externo exercido pelo TCU quanto ao aspecto operacional se justifica a partir da constante modernização do Estado que, não bastando apenas a fiscalização da contabilidade pública, deve contribuir efetivamente para a superação de deficiências eventualmente detectadas:

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.

Os Tribunais de Contas podem e devem contribuir efetivamente para a superação das deficiências detectadas no processo de modernização dos respectivos Estados, podendo assim colaborar para o fortalecimento de suas economias, por meio da melhoria do sistema de arrecadação de impostos, da redução dos níveis de corrupção e de desperdício, e da melhoria da eficiência da máquina estatal como um todo.<sup>31</sup>

No mesmo sentido, Marcelo Barros, Maria do Amparo e Maurício de Albuquerque afirmam que o papel do Tribunal de Contas da União, ao submeter as agências reguladoras à fiscalização, é o de identificar falhas e oportunidades de melhoria, evitando que tais entidades se afastem dos limites impostos pela lei:

Nesse contexto, não há dúvidas de que as agências reguladoras, na qualidade de autarquias especiais, estão sujeitas à fiscalização pelo TCU, de modo que sua atuação deve ser avaliada sob a ótica da legalidade, eficiência, eficácia e economicidade. O controle externo das agências reguladoras tem em vista identificar falhas e oportunidades de melhoria de procedimentos, no sentido de evitar que tais entidades afastem-se dos limites impostos pela lei ou de que adotem decisões não condizentes com sua finalidade legal ou resultantes da

---

destacará o cumprimento da política do setor, definida pelos Poderes Legislativo e Executivo, e o cumprimento dos seguintes planos: § 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.

<sup>31</sup> VILAÇA, Marcos Vinícios. Os Tribunais de Contas na melhoria da administração pública. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 28, n. 74, p. 59–72, out./dez. 1997.

sua captura por interesses dos entes regulados.<sup>32</sup>

É importante destacar que, em que pese a competência atribuída ao TCU, a fiscalização operacional à qual são submetidas as Agências Reguladoras, na visão de Luís Roberto Barroso, não pode analisar o mérito de sua atividade-fim no que diz respeito aos seus aspectos discricionários, mas tão somente informar-se sobre o que é legitimamente objeto de apreciação.<sup>33</sup> Justen Filho, por sua vez, defende que o referido controle deve se ater apenas à gestão administrativa, em sentido próprio, não cabendo ao TCU analisar o conteúdo propriamente dito das decisões regulatórias escolhidas pela Agência.<sup>34</sup>

Por outro lado, o posicionamento do próprio Tribunal de Contas da União, em precedente recente, é no sentido de que a fiscalização das atividades finalísticas das agências reguladoras ocorre em segundo plano e que o TCU se limita a recomendar a adoção de providências consideradas adequadas. Argumenta-se, ainda, que havendo violação dos dispositivos legais e atos vinculados, o TCU exerce a totalidade de sua jurisdição:

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS PE 60/2018 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO IMUNOGLOBULINA HUMANA 5G INJETÁVEL. CELEBRAÇÃO DO 3º TERMO ADITIVO AO CONTRATO 238/2018-MS. CONHECIMENTO. OITIVA PRÉVIA. DILIGÊNCIA. REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RISCO DE DESABASTECIMENTO DO MEDICAMENTO. PRESENÇA DO PERICULUM IN MORA AO REVERSO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. DECISÃO DA ANVISA NÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. LIMITES DA COMPETÊNCIA DO TCU, NA FISCALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES REGULATÓRIAS. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. Ao exercer o controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, a fiscalização do Tribunal dá-se em segundo plano.
2. Em se tratando de atos discricionários de agência reguladora, o TCU limita-se a recomendar a adoção de providências consideradas por ele mais adequadas.
3. Em se tratando de atos vinculados em que a agência tenha agido em violação à disposição legal ou tenha se omitido na prática de ato que lhe incumbe executar, o TCU exerce sua jurisdição plena, determinando as providências necessárias ao cumprimento da lei (Acórdãos 1.166/2019, 1.201/2009, 1.131/2009, 715/2008, 620/2008, 602/2008, 1.369/2006 e 1.703/2004, todos

<sup>32</sup> GOMES, Marcelo Barros; COUTINHO, Maria do Amparo; WANDERLEY, Maurício de Albuquerque. Dez anos de controle externo da regulação de serviços públicos. *In*: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 82.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Apontamentos sobre as agências reguladoras**. *In*: MORAES, Alexandre (Org.). Agências reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002. p. 109–131.

<sup>34</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

do Plenário).<sup>35</sup>

Dessa forma, vê-se que a fiscalização operacional não tem o condão de alcançar o mérito da decisão administrativa<sup>36</sup>, no âmbito da conveniência e da oportunidade, o que não impede, como se verá mais adiante, de serem detectados indícios de irregularidades nos atos administrativos praticados pelas Agências Reguladoras, que poderão ser objeto de fiscalização da Corte de Contas.

### 1.3 CONTROLE EXTERNO A PARTIR DA FISCALIZAÇÃO OPERACIONAL

Com respaldo na competência concedida pela Constituição e na previsão do art. 1º, inciso II da Lei Orgânica do TCU<sup>37</sup>, criou-se uma espécie de auditoria que, de acordo com o Manual de Auditoria Operacional (ANOP) do TCU<sup>38</sup>, consiste no exame de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais. Seu principal objetivo é a promoção do aperfeiçoamento da gestão pública.

Nesse tipo de auditoria, o TCU adota uma posição voltada à colaboração, emitindo recomendações às entidades da Administração Pública como endereçamento de soluções para os achados de suas auditorias. Marianna Montebello Willeman<sup>39</sup> defende que o controle externo contribui, inclusive, para o fomento ao controle social, tendo em vista que os resultados da auditoria permitem que a sociedade tenha uma avaliação externa sobre os atos da Administração Pública. Sandro Zachariades Sabença, em complementação, justifica a postura colaborativa:

Na atuação em dimensão colaborativa, objeto deste trabalho, o TCU exerce papel de parceiro da Administração, de colaborador. É que por ser missão cuja subjetividade impera e por assentar-se sobre parâmetros frágeis de controle, o

<sup>35</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 435/2020. Plenário. Relator: Augusto Nardes. Sessão de 04/03/2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 mar. 2020.

<sup>36</sup> Sobre mérito administrativo, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. Cidade: Editora, Ano. p. 993.

<sup>37</sup> Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei: II - proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas Comissões, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das demais entidades referidas no inciso anterior;

<sup>38</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de Auditoria Operacional**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/control-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>. Acesso em: 21 abr. 2020.

<sup>39</sup> WILLEMANN, Marianna Motebello. **O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da accountability democrática**: perspectivas em prol do direito à boa administração pública no Brasil. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 293.

uso da força coercitiva não parece ser adequado. A efetividade de sua atuação se dará na medida da sua capacidade de persuasão, de dialogar com os atores envolvidos. Portanto, o TCU, no controle em dimensão colaborativa, necessita retirar sua toga de julgador e assumir o papel de colaborador.<sup>40</sup>

Tendo como parâmetros de controle os critérios de eficiência, eficácia e efetividade, a análise feita pelo TCU no âmbito da auditoria operacional tem caráter subjetivo. Isso porque os resultados que são esperados a partir da atuação das agências reguladoras nem sempre são bem delimitados. Apesar disso, conforme define o Manual de ANOP, o parâmetro da eficiência busca aferir a relação entre o esforço e os resultados<sup>41</sup>, enquanto o parâmetro da eficácia observa o atingimento dos resultados buscados e das metas estipuladas<sup>42</sup>. Por último, o parâmetro da efetividade busca constatar se os resultados foram suficientes para atender às necessidades dos administrados<sup>43</sup>.

Fundamentado nos três parâmetros e, após definir o objeto da auditoria operacional, o TCU define os critérios com base em objetivos estabelecidos pelo legislador ou pelo Poder Executivo e, nos casos em que a interpretação se mostre necessária, opinião de especialistas na área sobre como os objetivos devem ser interpretados<sup>44</sup>. Sandro Zachariades Sabença defende

<sup>40</sup> SABENÇA, Sandro Zachariades. **O TCU e o controle operacional das agências reguladoras: uma análise empírica**. 2019. 192 f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019, p. 77.

<sup>41</sup> “A eficiência é definida como a relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados para produzi-los, em um determinado período de tempo, mantidos os padrões de qualidade”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14D8D5AA6014D8D8277322DA6>. Acesso em: 24 ago. 2020.

<sup>42</sup> “A eficácia é definida como o grau de alcance das metas programadas (bens e serviços) em um determinado período de tempo, independentemente dos custos implicados”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional**. 3.ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14D8D5AA6014D8D8277322DA6>. Acesso em: 24 ago. 2020.

<sup>43</sup> “A efetividade diz respeito ao alcance dos resultados pretendidos, a médio e longo prazo. Refere-se à relação entre os resultados de uma intervenção ou programa, em termos de efeitos sobre a população alvo (impactos observados), e os objetivos pretendidos (impactos esperados), traduzidos pelos objetivos finalísticos da intervenção”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional**. 3.ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14D8D5AA6014D8D8277322DA6>. Acesso em: 24 ago. 2020.

<sup>44</sup> “Critérios podem ser mais facilmente definidos sempre que os objetivos estabelecidos pelo legislador ou pelo Poder Executivo sejam claros, precisos e relevantes. Quando estes forem vagos ou conflitantes, a equipe de auditoria deve interpretá-los ou reelaborá-los, tornando-os mais operacionais e mensuráveis. Nesse caso, podem ser empregadas duas abordagens alternativas. A primeira consiste em consultar especialistas na área sobre como deveriam ser interpretados e medidos objetivos e metas; quais deveriam ser os resultados esperados sob dadas condições ou, ainda, qual a mais reconhecida prática comparável. A segunda alternativa consiste em consultar gestores e atores interessados relevantes para definir e acordar critérios bem fundamentados e realistas. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional**. 3.ed. Brasília: TCU,

que, tanto quanto os parâmetros da eficiência, eficácia e efetividade, os critérios definidos para a realização de auditoria também são de caráter subjetivo.

Por fim, após profunda análise do objeto definido, o TCU alcança os achados de auditoria, que se referem a uma espécie de diagnóstico sobre a questão submetida à ANOP. Sandro Zachariades Sabença explica que é a partir desses achados que se fundamentam as recomendações feita pelo TCU às entidades da Administração Pública. Nesse sentido, o manual de auditoria operacional descreve que a recomendação deve indicar o objeto a ser aperfeiçoado, “indicando os aspectos que devem ser examinados pelo gestor na busca de soluções”.<sup>45</sup>

É preciso destacar que, em que pese o caráter colaborativo da auditoria operacional, caso seja encontrada alguma ilegalidade na análise do objeto submetido à fiscalização, a Corte de Contas poderá emitir determinações àquele órgão auditado, em razão de sua competência constitucional para praticar atos de comando, como prevê o art. 71, inciso IX<sup>46</sup>, da Constituição Federal e o art. 43, incisos I e II<sup>47</sup>, da Lei Orgânica do TCU. Tal previsão concede ao TCU a competência para expedir determinações ao órgão ou entidade para tomar as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, quando houver verificação de ilegalidade. Sandro Zachariades Sabença explica que tais determinações encontram limites referentes a indicar a correção de ilegalidades frontais, a prescrever o modo como as ilegalidades devem ser sanadas e a não adentrar na esfera discricionária do gestor<sup>48</sup>.

Conforme será observado na análise dos casos concretos, a atuação do TCU para analisar os TACs firmados pelas Agências Reguladoras encontrou respaldo justamente nos

---

Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14D8D5AA6014D8D8277322DA6>. Acesso em: 24 ago. 2020.

<sup>45</sup> “As propostas que visem à melhoria do desempenho administrativo ou operacional são um dos aspectos mais importantes das auditorias operacionais. Conquanto os aperfeiçoamentos requeridos, e não os meios para alcançá-los, constituam o objetivo das deliberações, convém indicar os aspectos que devem ser examinados pelo gestor na busca de soluções”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14D8D5AA6014D8D8277322DA6>. Acesso em: 25 ago. 2020.

<sup>46</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

<sup>47</sup> Art. 43. Ao proceder à fiscalização de que trata este capítulo, o Relator ou o Tribunal: I - determinará as providências estabelecidas no Regimento Interno, quando não apurada transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, ou for constatada, tão-somente, falta ou impropriedade de caráter formal; II - se verificar a ocorrência de irregularidade quanto à legitimidade ou economicidade, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa.

<sup>48</sup> SABENÇA, Sandro Zachariades. **O TCU e o controle operacional das agências reguladoras: uma análise empírica**. 2019. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019, p. 79.

indícios de irregularidades identificados em auditorias operacionais. Ou seja, enquanto a Corte de Contas realizava a fiscalização sob a ótica operacional das atividades realizadas pelas agências, foram constatados indícios de ilegalidades que justificaram a formulação de representações pelas áreas técnicas do Tribunal ou até mesmo pelos próprios auditores.

Diante disso, vê-se as questões regulatórias como objeto da fiscalização operacional realizada pelo TCU e, como parâmetros, as normas que dispõem sobre a atuação das Agências Reguladoras. O resultado da ANOP gera recomendações destinadas ao aperfeiçoamento dos achados de auditoria, podendo o TCU emitir determinações quando, da auditoria operacional, forem detectadas ilegalidades.

A rigor, portanto, o TCU realizará auditoria operacional e, a partir dos achados de auditoria, poderá adotar duas posturas com maior ou menor coercitividade: identificada ilegalidade, determinar à entidade que a sane, indicando o modo pelo qual cumprirá a determinação, ou recomendar à entidade que aja de outra forma sempre que, na esfera de conveniência e oportunidade do gestor, não se atingir o interesse público da melhor forma, à luz dos princípios da eficiência, da eficácia e da efetividade.

## **2 INSTITUTO E FINALIDADE DOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

A partir do momento em que a busca por resultados passa a ser uma preocupação constante da Administração Pública, que procura alcançar uma atuação satisfatória no atendimento do interesse público, o modelo de regulação começa a sofrer profundas transformações. Surge, então, o que os administrativistas chamam de Administração de resultado, como explicam Saddy e Greco:

A busca por resultados, portanto, passa a ser uma preocupação constante da Administração. Ela deriva do dever jurídico relativo à efetividade, ou seja, da atenção satisfatória dos interesses públicos. Além de se ocupar do processo de decisão, a Administração passou a preocupar-se com o resultado do decidido e a mensurar se a ordem dos fatos reproduz satisfatoriamente o disposto na ordem jurídica.

Tal ideia diz respeito ao que os administrativistas hoje chamam de Administração de resultado. Trata-se de uma construção desenvolvida na Itália, onde se passou a reconhecer uma relevância jurídica atribuída ao resultado.

Desenvolvida a partir da evolução do conceito de eficácia como critério da atividade administrativa, a Administração de resultado é uma concepção muito similar à ideia de boa administração, desenvolvida também pelos

italianos.<sup>49</sup>

Juliana Palma<sup>50</sup> explica que, com a recorrente preocupação com a eficácia dos provimentos na década de 1990, a consensualidade passa a ser vista como um mecanismo de promoção da celeridade e eficácia das decisões processuais, de modo que diversas reformas legislativas foram realizadas para positivar os termos de compromisso, termos de ajustamento de conduta, mediação e arbitragem.

Derivada da Administração de resultado como um dos mecanismos utilizados para alcance dos objetivos almejados, Moreira Neto<sup>51</sup> defende que a regulação consensual ou, ainda, a *soft-regulation*, é extremamente benéfica para o Direito. Isso porque contribui para aprimorar a eficiência, propiciar freios contra os abusos, em atendimento à legalidade, garantir o atendimento aos interesses, proporcionar uma decisão mais sábia e prudente, evitar desvios morais e tornar os comandos estatais mais aceitáveis.

Com isso, Saddy e Greco explicam que a regulação deixou de ser unilateral e impositiva, passando a ser uma regulação consensual e contratual. Esses novos instrumentos inerentes à consensualidade, como dispõe Lucena Oliveira, buscam trazer uma nova opção para os reguladores, permitindo a superação de eventuais entraves burocráticos que resultam na ineficácia das medidas aplicadas.<sup>52</sup>

Juliana Palma<sup>53</sup>, ao tratar do aspecto consensual da *soft-regulation*, traz como pressupostos teóricos a eficiência, como meio adequado para promoção das finalidade públicas; a participação administrativa, que se observa na negociação das prerrogativas pública com vistas a compor o ato consensual; e a governança pública, que permite a flexibilização do formalismo para o alcance dos objetivos finais.

Nesse contexto, os tipos de acordos administrativo decorrentes do aspecto consensual

<sup>49</sup> SADDY, André; GRECO, Rodrigo. **Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 206, abr./jun. 2015, p. 168.

<sup>50</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 172–173.

<sup>51</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O Caso Brasileiro*. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, v. 1, n. 3, p. 1–18, 2003, p. 2.

<sup>52</sup> OLIVEIRA, Luciane de Lucena. **Ferramentas consensuais de regulação e controle externo: limites de atuação do controle externo em relação a Termos de Ajustamento de Conduta celebrados por Agências Reguladoras**. 2019. 44 f. Monografia (Especialização em Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura) – Instituto Serzedelo Corrêa, Escola Nacional de Administração Pública. Brasília, 2019, p. 9.

<sup>53</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. Malheiros: São Paulo, 2015, p. 55.

podem ser divididos em acordos integrativos ou acordos substitutivos<sup>54</sup>. Os acordos integrativos têm como principal objetivo definir parte da decisão administrativa, moldando o ato administrativo final sem o substituir. Os acordos substitutivos, por outro lado, resultam na finalização consensual do processo administrativo mediante o cumprimento das obrigações pactuadas, substituindo, portanto, o ato ou processo.

Juliana Palma descreve os acordos substitutivos como capazes de substituir a sanção que seria aplicada, suspender o trâmite do processo administrativo sancionador – o que determinará a extinção do processo – e impedir a instauração de eventual novo procedimento administrativo. Dessa forma, a alternatividade se mostra como uma das principais funcionalidades dos acordos substitutivos. Isso porque o acordo surge como uma possibilidade de substituição da sanção que seria aplicada ao agente regulado.

Destaca-se a recente inclusão do art. 26<sup>55</sup> na Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942), que possibilita que a autoridade administrativa celebre compromisso com os interessados, buscando solução jurídica proporcional, eficiente e compatível com os interesses gerais. Guerra e Palma<sup>56</sup> lecionam que a inclusão dessa possibilidade representa um novo marco à consensualidade administrativa, estabelecendo permissivo genérico para que a Administração Pública celebre compromissos com os interessados.

O Termo de Ajustamento de Conduta surge, então, como uma espécie de acordo substitutivo previsto em dois permissivos genéricos: a Lei n. 7.347/1985, que disciplina a Ação Civil Pública por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, e bens de valor artístico, estético, histórico e turístico, e a LINDB. Além dos normativos de caráter geral, especificamente no âmbito das Agências Reguladoras, Sundfeld e Câmara<sup>57</sup> ensinam que os regulamentos setoriais podem instituir as hipóteses para celebração de acordos substitutivos,

---

<sup>54</sup> OLIVEIRA, Luciane de Lucena. **Ferramentas consensuais de regulação e controle externo: limites de atuação do controle externo em relação a Termos de Ajustamento de Conduta celebrados por Agências Reguladoras**. 2019. 44 f. Monografia (Especialização em Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura) – Instituto Serzedelo Corrêa, Escola Nacional de Administração Pública. Brasília, 2019, p. 13.

<sup>55</sup> Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

<sup>56</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135–169, nov. 2018.

<sup>57</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v. 9, n. 34, abr./jun. 2011, p. 136



com fundamento em seu poder normativo.

Saddy e Greco ensinam que as características desse acordo perpassam a consensualidade, a alternatividade e a finalidade pública. Nesse contexto, grande parte<sup>58</sup> das agências reguladoras previstas na Lei n. 13.848/2019<sup>59</sup> possuem resoluções normativas que preveem a possibilidade de celebração de TAC nos casos que tratam de processo administrativo sancionador, delimitando as suas hipóteses de celebração, como pode se observar abaixo:

**Quadro 1** - Normativos internos das Agências Reguladoras quanto à previsão de celebração de TAC

<b>Agência Reguladora</b>	<b>Previsão normativa</b>	<b>Hipóteses</b>
Antaq	Resolução Normativa n. 3259/2014	Regularização de infrações, desde que configure medida eficaz para preservar o interesse público, alternativamente à decisão administrativa sancionadora.
Ancine	Instrução Normativa n. 118/2015	Adequação de uma ou mais condutas potencialmente irregulares.
ANTT	Resolução n. 5823/2018	Correção de descumprimentos de obrigações contratuais, legais ou regulamentares ou compensação de efeitos do descumprimento.
Anatel	Resolução n. 629/2013	Adequação da conduta da Compromissária às disposições legais, regulamentares ou contratuais.
ANS	Resolução Normativa n. 372/2015	Cessação de prática de atividades ou atos objetos de apuração, corrigindo as irregularidades e indenizando os prejuízos delas

<sup>58</sup> Destaca-se que a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional da Mineração (ANM) não possuem normativo interno específico para regulamentar a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta.

<sup>59</sup> Importante destacar que outras autarquias federais, a exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), apesar de não listadas, fazem uso de instrumentos similares ao Termo de Ajustamento de Conduta. As demais autarquias federais não serão objeto da presente pesquisa, que se limitará ao rol do art. 2º da Lei n. 13.848/2019 para melhor delimitação do escopo do trabalho.

		decorrentes.
Anac	Resolução n. 199/2011	Adequação da conduta às exigências previstas nas normas e às melhores práticas de segurança operacional.
ANA	Resolução n. 1.973/2017	Ajustar a conduta do servidor interessado pela irregularidade a que deu causa, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo.

**Fonte:** Elaborado pela autora.

Pode-se perceber, nas previsões normativas acima elencadas, que o objetivo do TAC é justamente a substituição de outras sanções, objetivando o melhor atendimento do interesse público. Saddy e Greco<sup>60</sup> explicam que, após regular trâmite do processo administrativo sancionador para garantir o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório do regulado, chega-se a duas possibilidades: imposição de sanção de caráter corretivo ou, alternativamente, celebração de Termos de Ajustamento de Conduta.

Juliana Palma<sup>61</sup> destaca que a fase de negociação do TAC perpassa duas análises, sendo elas a potencialidade de efeitos processuais e as externalidades decorrentes da celebração do acordo substitutivo. Quanto aos efeitos processuais, destaca-se a suspensão do processo administrativo, a interrupção da prescrição e, após o devido cumprimento do acordo, a extinção do processo administrativo. Já em relação às externalidades, a autora destaca que a diferença entre o TAC e a sanção administrativa reside justamente nas obrigações pactuadas, que devem refletir as especificidades do caso concreto. Sundfeld e Câmara<sup>62</sup> destacam, ainda, que o investimento assumido pelo compromissário deve superar o que já seria suportado pelas obrigações regulares, em troca da vantagem obtida mediante a celebração do acordo.

Diante disso, é possível notar que a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta

<sup>60</sup> SADDY, André; GRECO, Rodrigo. **Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 52, n. 206, abr./jun. 2015, p. 166.

<sup>61</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; VALERIM PINHEIRO, Luís Felipe (org.). **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2, p. 90–91.

<sup>62</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. O devido processo administrativo na execução do termo de ajustamento de conduta. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, p. 115–120, abr./jun. 2008

busca melhor atender ao interesse público, alternativamente à aplicação de sanções unilaterais, proporcionando vantagens referentes a (i.) economia de tempo e recursos; (ii.) imediata resposta àqueles envolvidos no mercado regulado; (iii.) redução da litigiosidade, ante a possibilidade de negociação; e (iv.) afastamento dos efeitos da sanção que seria, caso não fosse celebrado o acordo, aplicada.<sup>63</sup>

### 3 ESTUDO DE CASOS

Para melhor estudo dos casos em que o TCU procedeu à análise dos TACs firmados por Agência Reguladora, a identificação dos processos pertinentes ao escopo da pesquisa se dará por meio do sistema informatizado da Corte de Contas, que dispõe da ferramenta para pesquisa de termos em banco de acórdão. Na referida ferramenta, buscou-se pelo parâmetro “termo adj de adj ajustamento adj de adj conduta”, considerando a utilização comum do termo pelas Agências Reguladoras e com vista a dar mais amplitude aos resultados obtidos, minimizando as chances de excluir acórdão da lista de resultados ao se utilizar parâmetros mais específicos e, portanto, restritos. Ao final, a busca retornou 489 resultados<sup>64</sup>, tendo como recorte temporal a data final de 3 de julho de 2020, sem delimitação da data inicial, de modo que todos os casos que envolvam o objeto da presente pesquisa, julgados até a data final, foram objeto de análise.

Buscando-se pelo termo que restrinja apenas os julgados que citam os TACs, os resultados foram exportados em formato de planilha, filtrando-se os dados pertinentes em relação (i.) ao título, que indica a numeração do acórdão; (ii.) à data de julgamento que originou o acórdão; (iii.) ao Ministro relator do processo; (iv.) ao sumário do tema de que trata o processo; (v.) à entidade; e (vi.) ao assunto.

Da filtragem da planilha, foram excluídos os processos que não se referem (i.) às agências reguladoras elencadas no art. 2<sup>o</sup><sup>65</sup> da Lei n. 13.848/2019, para melhor delimitação do

---

<sup>63</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; VALERIM PINHEIRO, Luís Felipe (org.). **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2, p. 94–96.

<sup>64</sup> O motivo do alto número de casos inicialmente encontrados se deu em razão do próprio sistema de pesquisa do Tribunal, que retornou citações do termo em diversos relatórios. Em razão dos acórdãos apenas citarem eventuais Termos de Ajustamento de Conduta celebrados, mas sem proceder à sua revisão ou análise, os referidos casos foram descartados devido à impertinência temática.

<sup>65</sup> Art. 2º Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e 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); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM)

escopo do trabalho; (ii.) à análise de Termos de Ajustamento de Conduta firmado por essas Agências Reguladoras; e (iii.) a acórdão de julgamento final ou deliberação da matéria. Dessa forma, excluindo-se as deliberações que tratam de monitoramento ou de análise de recursos, com o objetivo de extrair os primeiros entendimentos do TCU sem posterior revisão, chegou-se aos Acórdãos 2121/2017 e 2533/2017, ambos do Plenário.

Na última etapa, após a análise dos casos concretos, a pesquisa indicará se foram identificados, no julgamento dos processos encontrados, critérios utilizados pelo Tribunal de Contas da União para a revisão dos TACs firmados por Agências Reguladoras, com fundamento nos dados coletados e no levantamento bibliográfico realizado.

### 3.1 REVISÃO DOS CASOS

A filtragem dos resultados resultou (i.) no Acórdão 2121/2017-Plenário, que se trata de representação derivada de auditoria operacional em que se constatou possíveis irregularidades na celebração de Termos de Ajustamento de Conduta pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), incluindo o termo firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A; e (ii.) no Acórdão 2533/2017-Plenário, que se trata de representação derivada de auditoria operacional em que se constatou indícios de irregularidades na celebração de Termo de Ajustamento de Conduta pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) com a empresa Transnordestina Logística S.A (TLSA). Para melhor identificação, os casos serão referenciados como “TAC da Telefonia” e “TAC da Transnordestina”, respectivamente.

A análise tratará da contextualização fática para indicar a auditoria operacional da qual derivou a representação, das características dos TACs analisados, dos principais argumentos trazidos pelos Ministros e das determinações e recomendações constantes nos Acórdãos. Ao final, a pesquisa apontará os critérios comuns e divergentes entre os casos, com o objetivo de analisar criticamente os limites pelos quais o TCU se ateve ao analisar os termos celebrados pela Anatel e pela ANTT.

#### 3.1.1 TAC da Telefonia

O caso do TAC da Telefonia teve início a partir da auditoria operacional realizada no âmbito do TC 023.133/2015-5, em que se buscava avaliar a atuação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) na garantia e melhoria da qualidade da prestação dos serviços de

telefonia móvel. No decorrer da auditoria, foram solicitados diversos documentos à Anatel, dentre eles cópia dos processos administrativos que trataram dos TACs, tendo sido constatados indícios de irregularidades nas referidas celebrações.

Com fundamento nos documentos obtidos a partir da auditoria operacional e do próprio sistema eletrônico de processos (SEI), a Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM)<sup>66</sup> formulou representação TC 022.280/2016-2, requerendo a concessão de medida cautelar para determinar à Anatel que se abstivesse de celebrar TACs, apontando que até dezembro de 2016 estavam em tramitação o total de 37 pedidos de celebração de TAC, com estimativa de valor no montante de R\$ 9,1 bilhões.. Antes de decidir pela adoção da referida medida, o Ministro determinou que a Agência se manifestasse sobre as irregularidades apontadas pela unidade técnica.

Após manifestação da Anatel e regular trâmite processual, o Ministro Relator Bruno Dantas dividiu a análise das irregularidades dos TACs em macrotemas, que se resumem (i.) ao momento de negociação entre a Anatel e as operadoras; (ii.) dispositivos constantes nos TACs; e (iii.) acompanhamento de fiscalização do cumprimento dos TACs firmados. A deliberação de mérito resultou no Acórdão 2121/2017-Plenário.

#### 3.1.1.1. Considerações iniciais do voto condutor

Na parte inicial de seu voto, o Ministro destacou que a previsão legal se encontra no art. 5º, §6º da Lei n. 7.347/1985, que permite que os órgãos públicos negociem com o particular um acordo que impede ou cessa a continuidade de uma situação irregular na prestação de um serviço. A regulamentação interna, por sua vez, foi realizada pela Resolução Anatel 629/2013<sup>67</sup>, que prevê que a Agência poderá firmar TAC com eficácia de título executivo extrajudicial para adequar a conduta da compromissária mediante o estabelecimento de compromissos.

Nesse sentido, o normativo interno na agência prevê a composição do TAC a partir de dois elementos essenciais, quais sejam o ajuste da conduta irregular e a fixação de

---

<sup>66</sup> A Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração integra a própria estrutura interna do Tribunal de Contas da União como unidade da Coordenação-Geral de Controle Externo de Infraestrutura, cujas competências se referem à fiscalização de empreendimentos de infraestrutura hídrica, atividades de desestatização e regulação na área de telecomunicações, de rádio-fusão e do setor mineral e as Parcerias Público-Privadas no que tange ao desempenho dos órgãos reguladores das referidas áreas, conforme dispõe o Boletim do Tribunal de Contas da União, Ano 36, nº 11 de 08/03/2017.

<sup>67</sup> Art. 3º A Anatel poderá firmar TAC, com eficácia de título executivo extrajudicial, com vistas a adequar a conduta da Compromissária às disposições legais, regulamentares ou contratuais, mediante o estabelecimento de compromissos, nos termos deste Regulamento.

compromissos adicionais. O Ministro destacou que o ajuste das condutas já é, de antemão, uma obrigação legal e regulamentar dasadoras e que o TAC surge para suprir a deficiência do sistema sancionatório. Já os compromissos adicionais envolvem a execução de projetos e a concessão temporária de benefícios diretos a usuários, conforme dispõe o art. 18<sup>68</sup> da Resolução Anatel 629/2013.

Ao discorrer sobre as características do TAC, o Relator destacou que somente haverá acordo, sob a perspectiva do Estado, se os benefícios dos elementos constitutivos do TAC superarem os custos e incertezas do processo administrativo sancionador tradicional. Por outro lado, o acordo somente será viável para o agente privado se as obrigações incluídas no TAC forem menos onerosas do que os riscos do procedimento sancionatório. E seria essa a naturalidade da concessão de vantagens à operadora interessada, como forma de estimular a celebração do termo.

Nesse sentido, o Ministro argumentou que uma atuação eficiente por parte do Estado é considerar a estrutura de incentivos e interferir, dispondo o órgão negociador de alguma liberdade para verificar qual a forma de atuação mais efetiva, desde que as escolhas estejam juridicamente fundamentadas. Por essa razão, conduziu o seu voto sob o entendimento de que a Corte de Contas deve ter cautela para não obstaculizar e burocratizar demasiadamente o procedimento de celebração do Termo de Ajustamento de Conduta, evitando inviabilizá-lo.

A análise do TAC da Telefonia, diferentemente do TAC da Transnordestina, perpassou inúmeros apontamentos processuais e meritórios, por envolver outros termos de ajustamento de conduta em trâmite perante a Agência, de modo que serão brevemente apresentados a seguir.

### 3.1.1.2. Irregularidades na negociação dos TACs

Em relação às irregularidades apontadas na negociação dos TACs, a SeinfraCOM identificou questões de (i.) irregularidade constante na inclusão de todos os processos ainda em trâmite, cuja apuração se tratava das mesmas condutas incluídas nos processos abarcados pelo TAC; e (iii.) irregularidade na aceitação de novas propostas formuladas pelasadoras, apesar da Resolução Anatel 629/2013 ter estabelecido prazos definidos para negociação.

---

<sup>68</sup> Art. 18. Além do compromisso de ajustamento da conduta irregular, serão estabelecidos compromissos adicionais que impliquem benefícios a usuários e/ou melhorias ao serviço, das seguintes espécies: I - execução de projetos, selecionados a partir de rol de opções estabelecidas em Ato a ser editado pelo Conselho Diretor da Anatel, ou propostos pela Compromissária; e, II - concessão temporária de benefícios diretos a usuários, que poderão se dar, dentre outros, na forma de redução, desconto, crédito, gratuidade em tarifas ou preços de serviços de telecomunicações.

Em relação à primeira questão, a SeinfraCOM apontou irregularidade constante na inclusão de Procedimentos de Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pados) ainda em trâmite, cuja apuração se tratava das mesmas condutas incluídas nos processos abarcados pelo TAC. Isso porque, na argumentação da área técnica, não houve exame de admissibilidade para resguardo do interesse público, de modo que se propôs determinar à Anatel que aprove os TACs somente após analisar a admissibilidade de cada processo a ser incluído no acordo e o impacto causado por cada um deles, além de sugerir a realização de audiência dos conselheiros envolvidos na aprovação.

O entendimento do Relator foi no sentido de que a inclusão de todos os processos que analisam a mesma conduta da operadora em TAC fortalece o uso do instrumento e a atuação da Anatel, de forma que permite um aumento da eficiência mediante a celebração de instrumento único, reduzindo o custo dos procedimentos administrativos. Em sua argumentação, é mais interessante que o TAC concentre todos os Pados em um único instrumento do que se tenha múltiplos TACs de uma mesma empresa. Desse modo, o Ministro entendeu pelo não cabimento da determinação proposta pela SeinfraCOM.

A respeito da segunda questão, a unidade técnica do Tribunal apontou que a Anatel estaria aceitando de forma reiterada novas propostas formuladas pelas operadoras, apesar da Resolução Anatel 629/2013 ter estabelecido prazos definidos para negociação, análise e decisão da Agência. Propôs-se determinar à Anatel que, nos casos em que houver relevante alteração na minuta de TAC encaminhada pela comissão de negociação, remeta as propostas novamente à área técnica e à Procuradoria Federal Especializada. Propôs-se, ainda, a recomendação de aperfeiçoamento do processo e audiência dos conselheiros envolvidos na aprovação.

O Ministro Relator divergiu da proposta de determinação de novo envio à Procuradoria Federal Especializada, por entender que o Conselho Diretor poderá acolher novo posicionamento do órgão jurídico se entender conveniente e, ainda, por ser obrigatória a presença do Procurador-Geral da agência nas sessões e reuniões do Conselho Diretor, o que permite manifestação nos casos em que houver alteração substancial da minuta do TAC.

Já em relação à recomendação, o Ministro corroborou com a proposta de recomendar à Anatel o aperfeiçoamento da Resolução 629/2013 para prever maior participação do Conselho Diretor no prazo de negociação do TAC e estabelecer outros pontos de controle para que análise da Diretoria seja realizada antes do envio da minuta para a Procuradoria da Anatel, com vistas a assegurar os princípios da legalidade, celeridade e interesse público.

### 3.1.1.3. Irregularidades nos dispositivos constantes nos TACs

Sobre as condições adotadas para definição dos compromissos dos TACs, a representação apontou questões de (i.) fragilidades nas repactuações dos TACs devidos às alterações nos modelos de gestão da qualidade e da universalização; (ii.) fragilidades nas alterações dos TACs referentes às metas de universalização e do modelo regulatório do setor de telecomunicações; (iii.) ausência de interesse público em celebrar TAC diante das alterações das metas de universalização resultantes do novo modelo de telecomunicações; e (iv.) irregularidade na criação e na exigência de Índice Geral de Qualidade inexistente na regulamentação vigente.

Quanto à primeira fragilidade, o Acórdão explica que estavam em andamento diversos estudos e projetos no âmbito legislativo e administrativo, em que se buscava revisar os regulamentos que regem a qualidade dos serviços e a universalização do serviço de telefonia fixa. Em razão disso, a SeinfraCOM demonstrou preocupação quanto à exigibilidade dos compromissos incluídos no TAC, uma vez que encontravam fundamento no regulamento vigente, que possivelmente passaria por alterações. Propôs determinar à Anatel que, no prazo de 120 dias após publicação do novo normativo, promova a compensação de obrigações que forem reduzidas ou prejudicadas pela revisão.

Sobre a proposta da unidade técnica, o Ministro entendeu pela inaplicabilidade da determinação, uma vez que não foi constatada irregularidade e sim possível inovação frente aos parâmetros normativos. Desse modo, ainda que o ajuste de conduta se dê sob as regras atuais, havendo alteração no marco regulatório, o interesse público será avaliado sob novas bases.

Quanto à segunda fragilidade, a unidade técnica afirmou que as multas já aplicadas estariam passando por revisão sob nova metodologia, o que implicaria risco de redução do valor associado à celebração do TAC. Com isso, propôs determinar à Anatel que se abstenha de calcular o valor de multa aplicada com outra metodologia que não seja aquela vigente no momento da aplicação. Sobre isso, o Ministro divergiu do posicionamento da SeinfraCOM, argumentando que mais uma vez se tratava de mero risco, cuja probabilidade de ocorrência é nula, uma vez que eventual redução do valor de multa aplicada em processo é inviável após assinatura do TAC, tendo em vista a impossibilidade de alteração do montante após celebração do termo.

Em relação ao apontamento de ausência de interesse público, a unidade técnica explicou



que os TACs de universalização preveem como conduta a ser ajustada o cumprimento das metas de universalização vinculadas à concessão de telefonia fixa. Contudo, com as mudanças esperadas na revisão do modelo, tem-se o risco de que a universalização deixaria de ser exigível das operadoras, de modo que haveria a anulação das metas estipuladas nos termos de ajustamento de conduta. Propôs (i.) determinar à Anatel que se abstinhasse de incluir nos TACs qualquer Pado referente a essa exigência, considerando a possível extinção do tema na revisão do modelo de telecomunicação; alternativamente (ii.) determinar à Anatel que redistribua o valor relato aos Pados de universalização para novos projetos de compromissos adicionais; e, subsidiariamente (iii.) determinar à Anatel que se abstenha de prorrogar a vigência dos TACs assinados e de realizar qualquer alteração no prazo de vigência dos acordos.

A esse respeito, o Ministro Relator argumentou que a contração voluntária de obrigação mediante TAC suplanta eventual alteração no marco regulatório, subsistindo as cláusulas do acordo, de modo que não haverá eliminação da obrigação de cumprir as pendências constatadas no TAC. Em razão disso, deixou de acolher a proposta de determinações, também por não se tratar de irregularidade.

#### 3.1.1.4. Irregularidades nos dispositivos dos compromissos assumidos

Quanto aos dispositivos dos compromissos assumidos, a análise perpassou (i.) ilegalidade na aprovação de normativo para definir o desconto dos compromissos adicionais aplicáveis a todos os TACs; (ii.) irregularidades e possível dano ao erário na metodologia de cálculo do desconto dos compromissos adicionais aplicável a todos os TACs; e (iii.) possíveis efeitos negativos dos investimentos dos TACs no cenário atual de competição entre as prestadoras.

A unidade técnica apontou indícios de irregularidades e inconsistências no procedimento adotado para definir o fator de redução de desigualdades sociais e regionais e da execução de projetos estratégicos, como prevê o art. 19, §3<sup>o</sup> da Resolução Anatel 629/2013. Na argumentação da SeinfraCOM, não foi identificada a motivação da Agência para aplicação de fator que tem o condão de alterar apenas numericamente o valor do projeto a ser executado.

---

<sup>69</sup> Art. 19. Na execução de projetos, o total de compromissos adicionais assumidos deverá corresponder a: § 2º No caso deste artigo, o montante dos compromissos adicionais assumidos no TAC corresponderá ao valor absoluto do Valor Presente Líquido (VPL) de cada projeto multiplicado pelo respectivo fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, que variará entre 1 (um) e 2 (dois); § 3º O fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos será previsto no Ato de que trata o inciso I do art. 18.

Propôs-se, com isso, determinar à Anatel que justifique a motivação e os critérios utilizados para fundamentar a criação de um fator de desigualdades sociais e regionais e a respectiva adoção nos compromissos adicionais dos TACs. O MPTCU também se manifestou no sentido de realizar oitiva e audiência quanto à questão.

O Ministro, em seu voto, consignou que o memorial apresentado pela Anatel indicou de forma fundamentada a motivação da Agência ao editar o ato, entendendo pela desnecessidade em realizar a audiência sugerida pelo MPTU. Acolheu, contudo, a proposta de realização de oitiva, com vistas a esclarecer se o fator foi adotado no TAC da Telefônica.

Em relação às irregularidades e possível dano ao erário, a SeinfraCOM identificou ausência de plano estratégico de longo prazo que defina uma política pública para o setor de telecomunicações. Além disso, alegou que a área técnica da Anatel propôs classificar os municípios considerados prioritários a partir da utilização do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M), com a intenção de incentivar o atendimento nos municípios menos desenvolvidos. Ocorre que, ao ser submetida ao Conselho Diretor, determinado Conselheiro elaborou nova metodologia porque considerou que a proposta da área técnica privilegiaria somente as localidades de baixo desenvolvimento humano. Em razão disso, a SeinfraCOM aponta como irregular a atuação da Anatel, uma vez que distorceria os objetivos associados à desigualdade social e regional do regulamento do TAC, propondo determinar à Anatel que anule o ato do Conselheiro e renegocie todos os TACs em tramitação na Agência.

Sobre isso, o Ministro Relator apontou que a decisão sobre os critérios de seleção dos municípios que iriam receber os investimentos é questão que ultrapassa o controle de legalidade realizado pelo TCU, de modo que não é a função arbitrar divergências entre a área técnica e o Conselho Diretor da Agência. Ademais, argumentou que julgar se seria mais conveniente para o interesse público o atendimento a determinado município cabe ao gestor público dentro da seara de mérito. Por isso, entendeu pela inexistência de ilegalidade nos critérios definidos pela Anatel, mas recomendou que a Agência submeta a metodologia à consulta pública para aprimorar as decisões da Agência.

A área técnica também apontou como fragilidade a discricionariedade concedida pela Anatel à operadora de telefonia para escolher em quais municípios haveria preferência em investir os recursos do TAC. A respeito disso, o Ministro destacou que o TAC é um instrumento negocial que pressupõe alinhamento do interesse público e do interesse privado, não havendo óbices em permitir que a operadora proponha para onde serão destinados os investimentos. Destacou, ainda, que o art. 18, inciso I, da Resolução 629/2013 prevê exatamente a proposição pela Anatel ou pela concessionária.

A respeito dos possíveis efeitos negativos dos investimentos dos TACs, a unidade técnica apontou possível risco de que os projetos tenham repercussão na dinâmica de competição entre as operadoras, uma vez que incentiva a entrada de grandes atores do setor em municípios de menor atratividade. Propôs-se recomendar à Anatel que avalie o impacto do acordo no atual cenário de competição nas localidades a serem atendidas pelos compromissos adicionais e a realização de oitiva, o que foi acatado pelo Ministro Relator.

#### 3.1.1.5. Irregularidades no acompanhamento e fiscalização dos TACs

No cenário pós celebração dos TACs, a análise das irregularidades perpassou (i.) fragilidades na valoração dos investimentos propostos pelas operadoras; e (ii.) irregularidades no manual de fiscalização de todos os TACs. Antes de iniciar a análise dos referidos pontos, o Ministro destacou que o TAC busca o cumprimento de obrigações regulatórias que já foram descumpridas pela operadora, de forma que é preciso que se tenha um acompanhamento rigoroso por parte da Anatel.

A respeito da primeira fragilidade apontada, a SeinfraCOM apontou que a área técnica da agência deveria estabelecer um valor monetário equivalente para cada uma das obrigações de ajuste assumida pela entidade, em atendimento ao princípio da transparência. Em que pese a Resolução Anatel 629/2013 ter previsto a definição do Valor de Referência como a soma das multas aplicadas e estimadas nos processos admitidos na negociação, a unidade instrutora reconheceu que o normativo não exige a demonstração dos investimentos necessários. Dessa forma, propôs recomendar à Anatel que solicite às operadoras o plano de investimentos referente ao ajustamento de condutas de cada TAC, incluindo o cronograma e previsão de gastos, com vistas a analisar a efetividade das multas previstas diante do volume de recursos gastos para executá-lo.

O entendimento do Ministro Relator foi no sentido de que é preciso criar incentivos econômicos robustos para o ajustamento das condutas, dado que esse é o principal objetivo do instrumento. Argumentou que, ainda que a previsão de multa seja de três vezes o valor percentual atribuído pela Agência, ainda assim pode ser que a multa seja mais interessante do que o ajuste da conduta. Em razão da Resolução Anatel 629/2013 se limitar a prever a sanção proporcional ao item do compromisso, optou por recomendar à Anatel que avalie a conveniência e oportunidade de exigir o plano de investimentos dos compromissos incluídos nos TACs, com vistas a subsidiar a definição das sanções correspondentes ao descumprimento

das cláusulas.

Quanto ao segundo ponto de análise, o Acórdão subdividiu em (i.) exigência ilegal de contratação de empresa terceirizada para fiscalização; (ii.) ausência de verificação prévia sobre a situação inicial de cada projeto e investimento; (iii.) irregularidades na atribuição de competências para acompanhar e fiscalizar os TACs; e (iv.) ilegalidades no procedimento de elaboração do Manual de Fiscalização.

Quanto à contratação de empresa terceirizada para fiscalização, a SeinfraCOM explica que o manual de fiscalização estabelecia que a operadora seria obrigada a terceirizar a fiscalização da execução do TAC para certificar as informações prestadas pela operadora e elaborar relatórios a serem encaminhados à Anatel. Essa seria, portanto, uma obrigação que carece de fundamentação legal, visto que representaria terceirização da atividade finalística da Agência, vedação expressa do art. 22<sup>70</sup> da Lei n. 9.472/1997. Com isso, propôs-se determinar à Anatel que realize fiscalizações diretas dos TACs e que se abstenha de exigir a contratação de empresa privada para fiscalização dos termos.

O Ministro Relator reconheceu o risco no mecanismo de terceirização, mas deixou de acolher a proposta da SeinfraCOM, por entender que o mais relevante seria mitigar o risco de conflito de interesses na elaboração de relatórios. Optou, portanto, por recomendar à Anatel o estabelecimento de sistemática de credenciamento e de certificação de empresas privadas aptas a certificar a execução dos compromissos pactuados nos TACs ou, ainda, a definição de critérios e requisitos para as empresas terceirizadas.

Em relação à ausência de verificação prévia sobre os projetos e investimentos, a SeinfraCOM propôs determinar à Anatel que se abstenha de assinar qualquer TAC antes da conclusão dos estudos que demonstrem a situação de cada projeto e investimento pactuados para o ajuste das condutas e compromissos adicionais, de modo a permitir um acompanhamento mais preciso e efetivo. Em exame de mérito, o Ministro Relator entendeu que não há como afirmar que o procedimento de verificação prévia não será realizado, uma vez que o MAF dispõe sobre o levantamento da situação inicial de cada projeto e investimento.

Já em relação às irregularidades na atribuição de competências, a unidade técnica do TCU argumentou que o MAF previa a criação de escritório de governança, responsável pelo gerenciamento e acompanhamento dos relatórios de fiscalização dos TACs. Por isso, afirmou que a Agência possuía a Superintendência de Fiscalização, de modo que propôs determinar à Anatel que exclua dos manuais de fiscalização qualquer referência à criação de instância que

---

<sup>70</sup> Art. 22. Compete ao Conselho Diretor: Parágrafo único. Fica vedada a realização por terceiros da fiscalização de competência da Agência, ressalvadas as atividades de apoio.

possa se apropriar de atribuição da Superintendente de Controle de Obrigações da Agência. O Ministro entendeu, por outro lado, que a referida instância administrativa reforça potencial ganho de agilidade decisória, entendendo pela desnecessidade de expedir determinações à Anatel.

Por fim, quanto ao procedimento de elaboração do manual de fiscalização, a SeinfraCOM apontou que a Anatel teria conduzido a aprovação do MAF em desatenção aos princípios da impessoalidade, igualdade, razoabilidade, legalidade, devido processo legal e finalidade. Isso porque possuía regras e metodologias de acompanhamento e fiscalização diferentes, de modo que propôs determinar à Anatel que instaure processo administrativo específico para elaborar, submeter à consulta pública e apreciar as cláusulas e condições gerais do MAF e que, no âmbito de cada processo de TAC, elabora as cláusulas e condições específicas aplicáveis, garantindo oportunidade de contribuições e sugestões. O posicionamento do Ministro Relator, sobre isso, foi no sentido de que o MAF é integrante do TAC, devendo se sujeitar às normas que disciplinam o rito de exame técnico e jurídico a ser realizado no âmbito da Anatel.

### 3.1.1.6. Irregularidades no procedimento de declaração de descumprimento do TAC e na execução das multas

Sobre a previsão constante no art. 26<sup>71</sup> da Resolução Anatel 629/2013, a análise se dividiu em (i.) fragilidades na definição do Valor de Referência; (ii.) definição de índice ilegal de atualização do Valor de Referência; (iii.) fragilidades na definição e no cálculo das multas diárias de descumprimento do TAC; (iv.) fragilidades no procedimento administrativo de declaração de descumprimento; e (v.) fragilidades devido ao arquivamento dos processos sancionatórios após a assinatura dos TACs.

Quanto à definição do Valor de Referência, a SeinfraCOM explica que a Resolução Anatel 629/2013 considera como a soma das multas sem o trânsito em julgado, sem acrescentar montante referente aos compromissos adicionais, o que prejudicaria a efetividade do TAC, causando possível incentivo ao descumprimento do ajuste. Com isso, propôs recomendar à

---

<sup>71</sup> Art. 26. A mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos acarretará a incidência de multa diária correspondente, em relação a qual se aplicam as seguintes regras:

Anatel que reavalia os arts. 13<sup>72</sup> e 14<sup>73</sup> da referida Resolução, uma vez que há limitação do valor máximo a ser executado em caso de descumprimento, permitindo um possível incentivo ao descumprimento do acordo. Propôs, ainda, determinar que a Agência garanta que a soma das sanções aplicáveis à operadora em casos de descumprimento seja superior ao montante previsto, com vistas ao atendimento dos princípios da eficiência, finalidade e interesse público.

O Ministro Relator, ao avaliar o apontamento, argumentou que os instrumentos contratuais devem prever incentivos que conduzam o pleno atendimento do acordo e que, no presente caso, sendo o custo de atendimento ao TAC superior à sanção imputada, há incentivo para que a operadora pactue com a intenção de descumprir os compromissos firmados, encerrando suas obrigações. Por esse motivo, acolheu a proposta de determinação à Anatel.

Também foi analisado pela SeinfraCOM o índice de atualização do Valor de Referência do TAC, apontando pela ilegalidade na definição do Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGP-DI), uma vez que a legislação estabelece a Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) para a atualização dos créditos das autarquias federais. Sobre isso, o Ministro Relator destacou que a aplicação da taxa IGP-DI afastaria o risco de perda de valor monetário em desfavor da União, sem qualquer prejuízo ou vantagem ao particular.

Quanto à alegação de fragilidade na definição e no cálculo das multas diárias para descumprimento, a SeinfraCOM aponta que o art. 26, inciso II<sup>74</sup>, da Resolução Anatel 629/2013

---

<sup>72</sup> Art. 13. O TAC deverá conter, dentre outras, as seguintes cláusulas: I - compromisso de ajustamento da conduta irregular, prevendo cronograma de metas e obrigações voltadas à regularização da situação da Compromissária e reparação de eventuais usuários atingidos, bem como à prevenção de condutas semelhantes; II - compromissos adicionais, nos termos do art. 18; III - meios, condições e a área de abrangência das condutas ajustadas e dos compromissos celebrados no TAC; IV - obrigação de prestação de informações periódicas à Anatel sobre a execução do cronograma de metas e condições dos compromissos; V - multas aplicáveis pelo descumprimento de cada item do cronograma de metas e condições dos compromissos, inclusive diárias pelo atraso na sua execução; VI - relação de processos administrativos, com as respectivas multas aplicadas e estimadas, a que se refere o TAC; VII - Valor de Referência a ser dado ao TAC, para fins de execução em caso de eventual descumprimento, nos termos previstos neste Regulamento; e, VIII - vigência, cujo prazo será improrrogável e não poderá ser superior a 4 (quatro) anos. § 1º A multa pelo descumprimento de cada item do cronograma de metas e condições dos compromissos deverá corresponder a uma fração do Valor de Referência do TAC. § 2º No caso de processos administrativos com multa aplicada, para fins de fixação de Valor de Referência do TAC, serão considerados os valores de multa corrigidos, conforme a regulamentação, até a data da decisão do Conselho Diretor que aprova sua celebração.

<sup>73</sup> Art. 14. O Valor de Referência a ser dado ao TAC, para fins de execução em caso de eventual descumprimento, corresponderá à soma dos valores das multas aplicadas e estimadas dos processos administrativos a que ele se refere ou, caso não se trate de processo administrativo sancionador em trâmite, à estimativa da sanção que seria cabível pelo descumprimento objeto do ajustamento. § 1º O Valor de Referência previsto neste artigo não poderá ser inferior a 0,25% (zero vírgula vinte e cinco por cento) da receita operacional líquida anual da Compromissária, proporcional à área de abrangência do TAC. § 2º Caso o TAC verse exclusivamente sobre condutas que não caracterizem infração administrativa, o Valor de Referência será estipulado tendo por base o valor estimado dos compromissos assumidos pela Compromissária.

<sup>74</sup> Art. 26. A mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos acarretará a incidência de multa diária correspondente, em relação a qual se aplicam as seguintes regras: II - terá como teto o equivalente a, no mínimo, 2 (duas) vezes o valor correspondente ao item do cronograma de metas e condições descumprido;

define o mínimo de duas vezes o valor do compromisso previsto, não existindo limite máximo previamente definido pelo normativo. O que foi constado, contudo, foi que a Anatel estaria definindo o limite máximo exatamente o valor mínimo estabelecido pelo regulamento, razão pela qual propôs-se determinar à Anatel que apresente justificativa para aplicação do valor mínimo como teto das multas diárias aplicáveis em caso de descumprimento. O MPTCU, por sua vez, propôs a realização de oitiva da Anatel. O posicionamento do Ministro Relator foi no sentido de que se trata de uma escolha discricionária, não havendo colisão aparente de norma vigente, acolhendo pela proposta de oitiva da Anatel com vistas a esclarecer o alcance e interpretação do disposto no art. 26 da Resolução Anatel 629/2013.

Também foi objeto de análise a previsão expressa do momento em que seria avaliado o cumprimento de cada obrigação, motivo pelo qual a SeinfraCOM propôs determinar à Anatel que estabeleça a possibilidade de declarar o descumprimento de itens antes mesmo do término da vigência do instrumento, de forma a aumentar os incentivos para o atendimento tempestivo das metas e obrigações estipuladas. Propôs, ainda, recomendar que a Anatel altere seu regulamento para estabelecer a impossibilidade de celebração de novo TAC enquanto ainda estiver em tramitação processos de apuração de descumprimento de termo anteriormente firmado. O MPTCU se manifestou no sentido de que a emissão do certificado de descumprimento, como previsto no art. 31<sup>75</sup> da Resolução Anatel 629/2013, obstará a execução extrajudicial do TAC, propondo pela realização de oitiva da Agência, o que foi acatado pelo Ministro Relator.

Por fim, a SeinfraCOM apontou a fragilidade constante no art. 11, §3<sup>o76</sup> da Resolução Anatel 629/2013, que previa o arquivamento dos processos sancionatórios após a assinatura do termo. Isso porque, em sua argumentação, a referida previsão contraria a prática das outras agências reguladoras, em que os processos são apenas suspensos. Propôs-se recomendar à Anatel que avalie a conveniência e a oportunidade de alterar o regulamento interno para prever que os procedimentos serão suspensos. O Ministro Relator discordou da argumentação, uma

---

<sup>75</sup> Art. 31. Na hipótese de decisão pelo descumprimento de TAC: I - o Conselho Diretor emitirá Certificado de Descumprimento, o qual deverá ser publicado no Diário Oficial da União, bem como nas páginas da Agência e da Compromissária na internet, em local específico e de fácil acesso e pesquisa; II - a Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) comunicará a decisão à Compromissária, para que esta pague, no prazo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento da notificação, o valor apurado em liquidação correspondente às multas cabíveis. Parágrafo único. O Certificado de Descumprimento é o documento pelo qual o Conselho Diretor certificará o inadimplemento do TAC, pela Compromissária, e liquidará o valor correspondente às multas cabíveis.

<sup>76</sup> Art. 11. Compete ao Conselho Diretor da Anatel, por decisão irrecurável, deliberar acerca da celebração de TAC. § 3º A celebração de TAC acarretará o arquivamento dos processos administrativos a que ele se refere, ressalvadas as condutas infrativas não contempladas na negociação, cuja apuração e sancionamento devem seguir seu curso, em autos próprios.

vez que o arquivamento dos Pados não impede abertura de novos procedimentos sancionatórios caso haja a necessidade de aplicação de penalidade mais gravosa e que o arquivamento se mostra apenas como um procedimento *interna corporis*.

### 3.1.1.7. Irregularidades em dispositivos da minuta de TAC da operadora Telefônica

Quanto às fragilidades e dano ao erário decorrentes do TAC da Telefônica, a SeinfraCOM argumentou pela existência de (i.) Irregularidades nas metas e nos projetos referentes à correção das condutas; (ii.) Irregularidades e fragilidades no cálculo do valor de referência do TAC; (iii.) Irregularidades na definição e no cálculo do VPL dos compromissos adicionais.

Quanto ao primeiro ponto, em síntese, a unidade técnica do TCU apontou questões relativas a ações de correção de condutas, a alterações em obrigações previstas no edital de licitação, a definição de projetos genéricos ou incompletos para a correção das condutas e a prazos de cumprimento do TAC incompatíveis com outros regulamentos. O Ministro Relator determinou à Anatel, então, que se abstenha de liberar as garantias relativas aos Editais de Licitação da Telefônica Brasil S/A, e que delimite claramente o objeto dos compromissos adicionais em TAC que firmar, em atendimento aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, interesse público, eficiência, moralidade e segurança jurídica.

Em relação ao segundo ponto, a unidade técnica apontou questões referentes à ausência de informações para definição do Valor de Referência e à análise da distribuição do valor de referência do TAC e das multas. Com base nisso, o Ministro Relator acolheu as propostas da SeinfraCOM para determinar que a Anatel realize os ajustes previstos e já aprovados pela Agência e que, para qualquer TAC conduzido, insira cláusulas que permitam a alteração dos compromissos acordados.

Por fim, quanto ao terceiro ponto, a SeinfraCOM apontou irregularidades e fragilidades relativas a (i.) projeto escolhido como compromissos adicionais do TAC da Telefônica; (ii.) critérios objetivos e especificações técnicas nas metas dos compromissos adicionais; (iii.) localidades a serem atendidas nos compromissos adicionais do TAC da Telefônica; (iv.) ausência de justificativa da existência de interesse público em atribuir os descontos máximos; (v.) inclusão de ações já previstas ou em andamento.

Quanto aos apontamentos, o Ministro destacou a necessidade de respeitar o espaço de discricionariedade do gestor público, sem que se pudesses exercer qualquer juízo de valor



acerca do perfil tecnológico dos compromissos adicionais do TAC, mas determinou a realização de oitivas para que a Anatel se manifestasse sobre as diretrizes de atendimento às áreas de baixo desenvolvimento econômico e social e, também, que a Agência apresentasse a motivação quanto aos critérios utilizados para definição do patamar de descontos concedidos.

#### 3.1.1.8. Determinações e recomendações do Acórdão 2121/2017-Plenário

Após deliberação e análise dos apontamentos da SeinfraCOM, o Tribunal de Contas da União decidiu por conhecer da Representação e considera-la parcialmente procedente, indeferindo o pedido de medida cautelar em razão de não terem sido atendidos os requisitos previstos no Regimento Interno.

Assim, deu ciência à Anatel de que (i.) o TCU não vislumbra óbice à celebração do TAC com a Telefônica Brasil S/A, desde que sejam atendidas todas as determinações e sanadas as questões suscitadas em oitiva; (ii.) não existe impedimento à pactuação de TAC pela Anatel, visto que os atos da agência independem de pronunciamento do Tribunal de Contas da União; e (iii.) a celebração de TAC pela agência com previsão de conversão de multas em apuração atende ao interesse público, desde que seja precedido de estudos técnicos sólidos e de análise de custo-benefício do instrumento.

Ademais, o TCU determinou à Anatel que (i.) analise previamente a admissibilidade de cada Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pado) a ser incluído no TAC e o impacto causado por cada um deles; (ii.) estabeleça cláusulas com pontos de controle periódicos ao longo da vigência do TAC, com a previsão de aplicação de sanções por descumprimentos dessas metas parciais; (iii.) garanta que a soma das sanções aplicáveis à operadora em casos de descumprimento de cada compromisso adicional do TAC seja superior ao montante previsto de investimentos; (iv.) estabeleça todas as condições iniciais necessárias para o devido acompanhamento dos compromissos previstos no acordo e para garantir a segurança jurídica do TAC, contendo a relação final dos Pados incluídos, a situação atualizada de cada compromisso a ser firmado e as metas e marcos temporais de avaliação de cada um dos compromissos previstos; (v.) delimite clara e previamente o objeto dos TACs que firmar; e (vi.) não admita como compromissos adicionais as ações, atividades e investimentos que já tenham sido realizados.

Por fim, as recomendações propuseram à Anatel avaliar a conveniência e oportunidade de (i.) aperfeiçoar a Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) de forma a prever participação

tempestiva do Conselho Diretor no processo de negociação de TAC; (ii.) solicitar às operadoras o plano de investimento dos compromissos de cada TAC, para que as multas previstas sejam avaliadas; (iii.) avaliar o impacto do instrumento no cenário atual de competição dos serviços de telecomunicações nas localidades a serem atendidas pelos compromissos; (iv.) estabelecer credenciamento e certificação prévia da lista de empresas privadas aptas a certificar a execução das metas, compromissos e investimentos pactuados em TAC; (v.) avaliar a relação custo-benefício do instrumento em relação à arrecadação direta das multas aplicadas; e (vi.) na revisão do conteúdo do Ato-Anatel 50.004/2016, submeter a nova versão à consulta pública, tendo em vista seu cunho regulatório.

### **3.1.2 TAC da Transnordestina**

O caso da ferrovia Transnordestina teve início na auditoria operacional realizada no âmbito do TC 010.453/2014-8, que buscou avaliar a conformidade da execução do contrato de concessão celebrado entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e as concessionárias Transnordestina Logística S.A (TLSA) e Ferrovia Transnordestina Logística S.A (FTL).

Especificamente quanto ao Termo de Ajustamento de Conduta, a área técnica apontou como achados de auditoria (i.) irregularidades na gestão contratual da concessão ferroviária, o que engloba questões como o acompanhamento das metas contratuais pela ANTT, a celebração de TAC para parcelamento de dívidas, a ausência de pagamento do parcelamento proposto pelo TAC e o sobrestamento do processo por caducidade; e (ii.) irregularidades no processo de autorização das obras pela ANTT. O relatório de auditoria explicou que a ANTT utilizou o termo para proceder ao parcelamento de dívidas já vencidas no valor de R\$ 10.275.458,28 (dez milhões duzentos e setenta e cinco mil quatrocentos e cinquenta e oito reais e vinte e oito centavos), alternativamente à continuidade do processo administrativo regular para cobrança da multa. Explicou, ainda, que o instrumento de acordo faz referência aos processos administrativos em que se apurou irregularidades como o descumprimento de metas contratuais e a ausência de manutenção da via permanente, de instalações e de equipamentos.

Além da celebração do acordo ter se referido ao parcelamento de dívidas já vencidas, na argumentação da SeinfraPortoFerrovia, também não foram constatados, à época, quaisquer pagamentos de multa por parte da Concessionária TLSA. Ao contrário, argumentou-se que as multas aplicadas pela ANTT até 2013, ano de celebração do TAC, foram incorporadas ao termo.

Argumentou-se, ainda, que a celebração do TAC não poderia ter sido realizada somente

por ato do Superintendente da Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas, uma vez que a Resolução ANTT 3.561/2010<sup>77</sup> condicionava a autorização para parcelamento de dívidas acima de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) a ato específico da Diretoria da ANTT. Dessa forma, a celebração ocorreu em desacordo com o normativo interno da agência, visto que (i.) procedeu ao parcelamento de dívidas já vencidas; e (ii.) foi realizada por ato do Superintendente da Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas quando dependia de aprovação da Diretoria da agência.

Ao final da instrução, a SeinfraPortoFerrovia recomendou ao Tribunal a realização de audiência com o Superintendente que procedeu à celebração do TAC, a ciência à ANTT de que a inclusão de multas já vencidas no TAC e o respectivo parcelamento afronta normativo da Agência, sendo desprovido de efeito educativo ou coercitivo que possa ser revertido ao interesse público, e a recomendação à ANTT para que reveja os processos internos de cobrança de dívida e das remessas para inscrição em dívida ativa.

A partir dos achados de auditoria relacionados a irregularidades na celebração de Termo de Ajustamento de Conduta entre a ANTT e a concessionária TLSA, o Auditor Federal de Controle Externo (AUFC) formulou representação TC 019.494/2014-9 alegando (i.) ilegalidade na regulamentação do TAC no âmbito da ANTT; (ii.) ilegalidade no objeto dos TACs firmados na concessão da Transnordestina; (iii.) impossibilidade de execução dos TACs em eventual descumprimento; (iv.) descaracterização dos objetos anteriormente licitados; (v.) promoção de um mercado desequilibrado; e (vi.) indício de ocorrência de ato de improbidade administrativa. Importa destacar que o TC 026.045/2015-0, apenso ao processo principal, refere-se à representação formulada pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) contra as mesmas irregularidades apontadas pelo AUFC.

Na denúncia formulada pelo MPTCU, foi sugerida a concessão de medida cautelar para determinar à ANTT que se absteresse de celebrar novos termos de ajuste de conduta fundamentados na Resolução ANTT 442/2004 e realizar diligências para obtenção de todos os documentos que embasaram a celebração dos TACs. Além disso, o MPTCU propôs a convocação de todos os concessionários envolvidos na celebração dos TACs para o caso de serem declarados nulos.

Apesar de indeferir a medida cautelar, o Ministro Relator decidiu por diligenciar a

---

<sup>77</sup> Resolução ANTT n. 3561, de 12 de agosto de 2010, que dispõe sobre o parcelamento de débitos não inscritos na Dívida Ativa, resultantes de infrações à legislação setorial e regras contratuais da ANTT e estava vigência à época da deliberação do TC 019.494/2014-9. Foi revogada pela Resolução ANTT n. 5830, de 10 de outubro de 2018.

ANTT para o encaminhamento de (i.) cópia de todos os TACs já celebrados pela Agência com indicação de elementos como irregularidade ou infração a que se refere o TAC e o montante financeiro total; (ii.) cópia de todos os TACs celebrados no âmbito dos contratos de concessão ferroviária e rodoviária; (iii.) relação de processos administrativos que tenham por objeto futuro a celebração de TAC; (iv.) exposição analítica e objetiva dos motivos pelos quais a ANTT optou por celebrar cada TAC; (v.) evidenciação do interesse público tutelado em cada TAC quanto a cessar as condutas praticadas, reparar os danos sofridos pelo Erário e pelo usuário e promover o reequilíbrio da equação econômico-financeira; e (vi.) relatório atualizado acerca dos TACs firmados, bem como as medidas adotadas em caso de descumprimento. O mérito do processo foi deliberado pelo Acórdão 2533/2017-Plenário, em que consta relatório elaborado pela SeinfraPortoFerrovia indicando que foram celebrados dois Termos de Ajustamento de Conduta entre a ANTT e a TLSA.

Como argumentado pelo MPTCU, a Companhia Ferroviária do Nordeste (CFN) descumpriu de Cláusulas do Contrato de Concessão e Arrendamento quanto às metas anuais de produção e segurança, agenda de intervenções de manutenção e investimentos na via permanente e prestação adequada do serviço público desde o início da vigência do Contrato de Concessão. Em razão disso, a ANTT instaurou processo administrativo para apurar as inadimplências, determinando a expedição de diversas notificações de autuação de infrações e a aplicação de sanções pecuniárias. E, uma vez não sanadas as irregularidades apuradas em processo sancionador, em 27/07/2005, a Agência Reguladora decidiu pela celebração do primeiro Termo de Ajustamento de Conduta com a CFN.

Assim, a concessionária se comprometeu a (i.) adimplir com as metas anuais de produção e de segurança, conforme quinquênio de 2005 a 2009; (ii.) adotar medidas para recuperação da infraestrutura da via permanente; e (iii.) disponibilizar material rodante em número suficiente para o atendimento das demandas. Importante ressaltar que as multas aplicadas no âmbito do processo sancionadora foram mantidas no acordo, estabelecendo-se, ainda, a obrigatoriedade de envio de relatórios mensais por parte da concessionária à ANTT.

Em razão do inadimplemento do primeiro TAC, a ANTT procedeu à instauração de diversos processos administrativos para averiguação de responsabilidade e aplicação de penalidade. A agência optou, então, por celebrar o segundo TAC, em 20/09/2013 e já com a Transnordestina Logística S/A (TLSA), em razão de descumprimento de metas e obrigações contratuais transporte de produtos perigosos e recolhimento a menor de valores devidos pela concessionária. O termo teve por objetivo a recuperação da malha original, o pagamento de sanções pecuniárias, o cumprimento de metas de produção e acidentes e a comunicação de

acidentes. Também foi prevista a instauração de processo administrativo para apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis no caso de descumprimento do TAC.

Em suas alegações, a ANTT afirmou que os TACs por ela celebrados estão enquadrados na previsão legal da Lei nº 7.347/1985, que trata da Ação Civil Pública, e que o objetivo do termo é o atendimento do interesse coletivo, uma vez que os contratos de concessão não foram firmados para atender a interesses próprios das partes. Alegou, ainda, que a Administração Pública deve buscar mecanismos para o saneamento de condutas de forma não litigiosa, fomentando formas consensuais de solução de litígios, de forma a melhor atender ao interesse público.

O voto condutor, proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, reconheceu inicialmente a existência de respaldo legal para que a ANTT preveja, em ato normativo próprio, a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta com as concessionárias de serviços públicos, em razão de ser elencada como autarquia legitimada a propor ação civil pública e celebrar Termos de Ajustamento de Conduta. Nesse sentido, o Ministro argumentou que as Resoluções ANTT 152/2003, 442/2004 e 5.083/2016 possuem fundamento de validade jurídica nas competências atribuídas pelo art. 20<sup>78</sup> da Lei n.10.233/2001 à ANTT. Destacou, ainda, que a Lei de criação da Agência não limitou a aplicação de punição às concessionária como o único meio para se garantir a prestação do serviço público, o que faz com que o gestor público sopesse se a medida sancionatória será a mais adequada para o atendimento ao interesse público primário, considerando a complexidade e multiplicidade das situações ocorridas no setor regulado.

Sob essa perspectiva, o TAC se mostra um instrumento regulatório alternativo ao processo administrativo, de modo que as sanções previstas no art. 78-A<sup>79</sup> da Lei n. 10.233/2001 possuem caráter instrumental e não um fim em si mesmo. Isso porque, na visão do Ministro

---

<sup>78</sup> Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário: II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas; b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

<sup>79</sup> Art. 78-A. A infração a esta Lei e o descumprimento dos deveres estabelecidos no contrato de concessão, no termo de permissão e na autorização sujeitará o responsável às seguintes sanções, aplicáveis pela ANTT e pela ANTAQ, sem prejuízo das de natureza civil e penal: I – advertência; II – multa; III – suspensão; IV – cassação; V - declaração de inidoneidade; VI - perdimento do veículo. § 1º Na aplicação das sanções referidas no caput, a Antaq observará o disposto na Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012. § 2º A aplicação da sanção prevista no inciso IV do caput, quando se tratar de concessão de porto organizado ou arrendamento e autorização de instalação portuária, caberá ao poder concedente, mediante proposta da Antaq. § 3º Caberá exclusivamente à ANTT a aplicação da sanção referida no inciso VI do caput.

Walton Alencar, as punições comumente aplicadas têm por objetivo a repressão e a prevenção das condutas infrativas, com vistas a reestabelecer a adequada prestação dos serviços públicos e não a mera satisfação de pretensão arrecadatória.

Um outro argumento trazido pelo Ministro foi a discussão que trata da utilidade do TAC como instrumento para apuração de responsabilidade por descumprimento de contrato e da legislação regulatória como forma de prevenir demandas administrativas e judiciais. O Ministro enfatizou, então, que não há qualquer disposição na Lei n. 7.347/1985 que vincule a celebração do termo à finalidade exclusiva de prevenção ou encerramento de lide judicial.

Dessa forma, entendeu que a Resolução ANTT 442/2004 não exorbitou a Lei de Ação Civil Pública ou a Lei de criação da Agência ao prever a possibilidade de celebração para corrigir pendências, irregularidades ou afastar infrações detectadas na execução do contrato de concessão. Isso porque os contratos de concessão visam à tutela do interesse difuso consistente na prestação do serviço público e a manutenção da regularidade, continuidade, eficiência e modicidade também pode ser observada a partir da celebração do acordo. Com isso, havendo violação ao contrato de concessão, a Agência Reguladora possui margem de discricionariedade para escolher o instrumento que atenderá melhor ao interesse público no caso concreto, sendo medida punitiva ou acordo substitutivo.

Dentro do contexto do segundo TAC celebrado, o Ministro Walton Alencar explicou que, na mesma data, foi firmado o 1º Termo Aditivo do contrato de concessão com a TLSA, o que implicou o acréscimo de novas obrigações. A celebração do primeiro termo aditivo teria sido, nas palavras do Relator, preparação para a cisão da concessionária TLSA e do objeto da concessão aprovada pela Resolução ANTT 4.042/2013. A partir da cisão da Transnordestina Logística S.A, surgiram duas novas empresas, sendo elas a Ferrovia Transnordestina Logística S/A (FTL), responsável pela operação da Malha I, e a TLSA, responsável pela construção e operação da Malha II.

Nesse sentido, o segundo TAC firmado entre a ANTT e a TLSA buscou corrigir irregularidades e pendências constatadas na operação da antiga Malha Nordeste, evitando-se óbices jurídicos à operação de cisão do objeto da concessão. Estipulou-se, então (i.) metas de produção e de acidentes para o quinquênio de 2013 a 2017; (ii.) obrigatoriedade de a concessionária observar a regulamentação para comunicação de acidentes; (iii.) renúncia aos direitos alegados nos processos administrativos; e (iv.) suspensão dos processos de apuração de responsabilidade. Além disso, o TAC previu o parcelamento das sanções pecuniárias correspondentes às infrações apuradas, que totalizavam o montante de R\$ 10.275.458,28 (dez milhões e duzentos e setenta e cinco mil e quatrocentos e cinquenta e oito reais e vinte e oito

centavos), prevendo que o parcelamento representava confissão da dívida e instrumento hábil para inscrição no Cadin e na dívida ativa.

Apesar da imposição de obrigações, o Ministro Relator aduziu que o segundo TAC representou fragilidades que denunciavam a excessiva permissividade da Agência em favor da TLSA em detrimento do interesse público. Isso porque o TAC trouxe condições como a postergação da recuperação da malha original a evento futuro e incerto, o arquivamento indevido do processo administrativo que tratava de apuração de irregularidades relativas ao descumprimento de metas do ano de 2012 e irregularidade no parcelamento das multas. De acordo com o Ministro, as fragilidades do acordo já antecipavam o descumprimento por parte da FTL, sucessora da TLSA.

Nos termos do voto do Ministro Walton Alencar, a conclusão a que se chegou o Acórdão 2533/2017-Plenário foi pelo total fracasso da utilização desses acordos pela ANTT, em relação à promoção da regularização e da melhoria na qualidade da prestação dos serviços públicos concedidos. E, ainda, destacou que os esforços da Agência Reguladora foram vãos:

Sob qualquer prisma que se possa olhar, foram baldados os esforços empreendidos pela Agência no aprimoramento dos serviços delegados pois: não houve elisão das pendências relativas ao descumprimento das obrigações contratuais e da legislação regulatória, apontadas em processos administrativos de apuração de responsabilidade; foram descumpridas praticamente todas as metas de produção e de redução de acidentes; não foram realizados investimentos em infraestrutura e superestrutura de trechos ferroviárias que se encontravam inoperantes, tampouco a recuperação de material rodante; deixaram de ser pagas multas vencidas e indevidamente parceladas.

A Corte de Contas indicou, ainda, que o insucesso dos acordos alternativos decorreu da postura leniente da Agência Nacional de Transportes Terrestres em não prever medidas mais constrictivas para assegurar o cumprimento dos TACs, servindo mais aos propósitos da concessionária em descumprir as obrigações do contrato e da legislação regulatória, sem qualquer consequência jurídica mais gravosa quando comparada à situação anterior à respectiva celebração, e sem estipular prazos para o ajuste das condutas. E, uma outra questão, foi a ausência de obrigações extraordinárias capazes de compensar os descumprimentos contratuais da concessionária. Todos esses aspectos incorreram no despreço aos princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público.

Com fundamento nas conclusões trazidas pelo voto, o Acórdão 2533/2017-Plenário considerou a representação formulada parcialmente procedente e, com fulcro no art. 250,

incisos II e III<sup>80</sup> do Regimento Interno, (i.) determinou à ANTT que se abstenha de assinar Termos de Ajustamento de Conduta sem a previsão de medidas compensatórias para as infrações e que apenas prevejam, como cominação pelo descumprimento, a instauração de processo administrativo e aplicação de penalidades cabíveis. Isso porque o TCU entendeu que a referida cominação não é capaz de compelir os compromissários, o que viola os princípios da eficiência, finalidade administrativa e supremacia do interesse público; e (ii.) recomendou à ANTT que dê continuidade à nova resolução normativa para regulamentação de Termos de Ajustamento de Condutas, com vistas ao estabelecimento de critério mais rigorosos, buscando a efetividade do cumprimento das obrigações pactuadas e a eficácia de título executivo extrajudicial.

Além das determinações e recomendações, o Acórdão informou à Câmara dos Deputados, com fundamento nos arts. 1º, inciso II<sup>81</sup>, e 38, inciso II<sup>82</sup>, da Lei n. 8.443/1992 c/c arts. 1º, inciso II<sup>83</sup>, e 231<sup>84</sup> do Regimento Interno e art.17, inciso II<sup>85</sup>, da Resolução TCU 215/2008, que (i.) a regulamentação dos TACs pela ANTT, embora encontre respaldo legal nas competências concedidas à agência, não teve o condão de garantir o efetivo cumprimento das obrigações pactuadas, por falta de previsão de cominação e eficácia de título executivo

---

<sup>80</sup> Art. 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal: II – determinará a adoção de providências corretivas por parte do responsável ou de quem lhe haja sucedido quando verificadas tão somente falhas de natureza formal ou outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis ou que não configurem indícios de débito e o arquivamento ou apensamento do processo às respectivas contas, sem prejuízo do monitoramento do cumprimento das determinações; III – recomendará a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações;

<sup>81</sup> Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei: II - proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas Comissões, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das demais entidades referidas no inciso anterior;

<sup>82</sup> Art. 38. Compete, ainda, ao Tribunal: III - emitir, no prazo de trinta dias contados do recebimento da solicitação, pronunciamento conclusivo sobre matéria que seja submetida a sua apreciação pela comissão mista permanente de Senadores e Deputados, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 72 da Constituição Federal.

<sup>83</sup> Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma da legislação vigente, em especial da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992: II – realizar, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas casas ou das respectivas comissões, auditorias, inspeções ou acompanhamentos de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e demais órgãos e entidades sujeitos à sua jurisdição;

<sup>84</sup> Art. 231. O Tribunal apreciará, em caráter de urgência, os pedidos de informação e as solicitações previstas nos incisos II a V do art. 1º, que lhe forem endereçados pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas casas ou pelas respectivas comissões.

<sup>85</sup> Art. 17. A solicitação do Congresso Nacional é considerada integralmente atendida quando há comunicação ao colegiado solicitante da deliberação que determina: II – no caso de solicitação de fiscalização, o encaminhamento do resultado dos trabalhos realizados e demais peças julgadas pertinentes, bem como do primeiro posicionamento do Tribunal antes de eventuais recursos ou de eventual conversão em tomada de contas especial;



extrajudicial; (ii.) os TACs firmados com a CFN e a TLSA tiveram as obrigações estipuladas em níveis baixos de cumprimento nos prazos estipulados; (iii.) os TACs firmados com a TLSA apresentaram ocorrências, sendo elas o parcelamento de multas já constituídas, a ausência de estipulação de compensações, a falta de exigibilidade das obrigações pactuadas no âmbito judicial, fixação de prazo incerto para a execução dos serviços de recuperação da malha original, previsão de desativação de trechos ferroviários com redução da oferta do serviço público e desconsideração do ano de 2012 para verificação do cumprimento das metas.

Por fim, deu-se ciência à ANTT de que a celebração de TAC sem a demonstração da vantagem para a Administração Pública, em contraponto a regular aplicação das sanções administrativas ordinárias, no caso do TAC de 27/07/2005 e de 20/09/2013, afronta os princípios da eficiência, finalidade administrativa e do interesse público, configurando, portanto, irregularidade. No aspecto processual, os autos foram encaminhados à SeinfraPortoFerrovia para continuidade das análises dos demais TACs firmados pela ANTT, bem como para promoção de audiências com os responsáveis pela aprovação dos TACs analisados.

### 3.2 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS DOS JULGADOS

Em primeiro lugar, importa destacar que os dois casos analisados tiveram início a partir de auditorias operacionais voltadas a analisar a atuação da Agência Nacional de Telecomunicações e da Agência Nacional de Transportes Terrestres. Em ambos os casos, as unidades técnicas constataram indícios de irregularidades na celebração dos Termos de Ajustamento de Conduta, o que justificou a formulação de representações para condução mais aprofundada pela Corte de Contas.

Analisando comparativamente os casos, é possível notar que a análise do TAC da Telefonia se deu de forma mais abrangente e profunda se comparada à análise do TAC da Transnordestina. Isso porque o Acórdão 2121/2017-Plenário analisou os TACs celebrados pela Anatel de uma forma geral, enquanto o Acórdão 2533/2017-Plenário se limitou aos TACs especificamente firmados pela ANTT com a empresa Transnordestina Logística S.A. Apesar disso, ambos os acórdãos adentraram na análise dos normativos internos das agências, à época a Resolução Anatel 629/2013 e a Resolução ANTT 442/2004, que regulamentavam a possibilidade de celebração dos TACs com as empresas dos setores regulados.

Em ambos os casos, é possível observar a preocupação com a legalidade dos normativos

frente ao disposto no art. 5º, § 6º<sup>86</sup> da Lei n. 7.347/1985 e, também, com a efetividade dos dispositivos constantes nas Resoluções para garantir o respectivo cumprimento dos TACs firmados. Quanto à competência das Agências Reguladoras, os dois acórdãos concluíram que não há óbices à celebração de TAC, desde que sejam respeitados os procedimentos administrativos previstos na legislação.

Em relação à Resolução 629/2013, em razão de não ter sido constatada irregularidade quanto a isso, o TCU recomendou à Anatel o aperfeiçoamento do normativo para prever a participação tempestiva do Conselho Diretor no processo de negociação do TAC, estabelecendo pontos de controle ao longo do processo para análise das propostas antes da submissão à Procuradoria junto à Agência. Já em relação à Resolução 442/2004, o TCU recomendou à ANTT que estabeleça critérios mais rigorosos para a celebração dos acordos substitutivos com vistas a dotá-los de maior efetividade, prevendo inclusive a eficácia de título executivo extrajudicial.

É de se observar, especialmente no TAC da Telefonia, uma postura interventiva da unidade técnica da Corte de Contas, a SeinfraCOM, que por diversas vezes propôs a imposição de determinações à Anatel quando sequer havia irregularidade no apontamento realizado na representação. É o exemplo da alegação de irregularidade constante na inclusão de processos administrativos ainda em trâmite, cuja apuração se trata das mesmas condutas incluídas no TAC. A proposta de determinação foi no sentido de que a Anatel aprovasse os Termos de Ajustamento de Conduta somente após realizar o impacto de todos os processos a serem eventualmente incluídos. Enquanto a unidade técnica propôs a determinação, o Ministro Relator argumentou que a inclusão dos processos, ainda que em trâmite, fortalecia o uso do TAC e a atuação da Anatel, não havendo que se falar em irregularidade que justificasse a imposição de determinação.

E não só nos casos em que não foi comprovada irregularidade, mas a unidade técnica representante no caso do TAC da Telefonia também propôs a intervenção do TCU na organização interna na Anatel. Como pode ser visto na proposta de determinar à Anatel que exclua qualquer referência à criação de escritório de governança para gerenciar e receber os relatórios de fiscalização, por argumentar que o Manual de Acompanhamento e Fiscalização (MAF) dos TACs, ao prever tal criação, estaria usurpando a competência da Superintendência

---

<sup>86</sup> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

de Fiscalização da Agência. A preocupação da unidade técnica seria o afastamento da competência da Superintendência de Controle de Obrigações e da Superintendência de Fiscalização, havendo risco de suplantarem a atuação das referidas áreas internas da Agência.

Apesar das propostas interventivas feitas pela unidade técnica na representação, o voto condutor do Acórdão 2121/2017-Plenário entendeu pela caracterização de mérito administrativo, que não comporta oposição pelo TCU, uma vez que se encontra dentro do aspecto de conveniência e oportunidade da Agência:

No mérito, entendo que assiste razão à Anatel e é despiciendo determinar a respeito. Não me parece que o Escritório de Governança esteja a usurpar competências das referidas Superintendências. Ao contrário, o fato de ser integrado por seus titulares e ausência de poder decisório da referida instância administrativa reforçam a manutenção das atribuições das áreas técnicas, com potencial ganho de agilidade decisória.

Ademais, o formato organizacional interno escolhido pela agência, se não atentar contra as normas vigentes, não pode ser objeto de oposição pelo Tribunal, por se constituir mérito administrativo.

A respeito dos limites da atuação do TCU, importante destacar que os Acórdãos analisados por diversas vezes deixaram de acolher as propostas dos representantes, por entenderem que diversos aspectos dos TACs se encontram dentro do âmbito discricionário das Agências, cabendo ao TCU apenas emitir recomendações para o aperfeiçoamento do instrumento na garantia do interesse público.

E mais: especialmente o Acórdão 2121/2017-Plenário, que analisou os termos no âmbito da Anatel, demonstrou intensa preocupação na atuação excessiva do Tribunal de Contas da União, que poderia implicar a inviabilização e burocratização da celebração dos TACs nos mercados regulados:

Portanto, não se pode analisar o instrumento sob a ótica puramente burocrática, permeada por regras procedimentais e controles-meio. Sem se afastar das leis e regulamentos, praticar a tão propalada administração gerencial pressupõe conceder certa margem de discricionariedade ao gestor. Vale dizer, o órgão negociador deve ter alguma liberdade para verificar, no caso concreto, qual a forma de atuação mais efetiva e eficiente, desde que suas escolhas estejam fundamentadas em bases sólidas, jurídicas e fáticas, e não se afastem da legislação e dos princípios regentes.

Naturalmente, há que se ter alguma cautela no controle dos acordos porquanto a atividade negocial pressupõe maior espaço de discricionariedade do agente público. Todavia, se o controle externo impuser rígido controle burocrático poderá minar o instrumento e sacramentar a ineficiência do Pado como instrumento sancionador da atividade regulatória.

Por serem instrumentos novos, é natural que haja alguns desacertos ao longo do procedimento de normatização e negociação do instrumento. Ademais, a

Administração Pública brasileira de forma geral ainda não adquiriu maturidade, experiência e meios para negociar de forma plena e flexível junto aos agentes privados. Assim, é natural que surjam dúvidas de ambos os lados ao longo da curva de aprendizado institucional, que só o tempo saneará. Portanto, este Tribunal deve ter a cautela necessária para não obstaculizar e burocratizar demasiadamente o procedimento de modo a inviabilizá-lo na prática. Também, repito, não deve analisá-lo com a mesma lupa burocrática com que examina, por exemplo, processos de licitações e contratos, visto tratar-se de um instrumento de gestão negociada.<sup>87</sup>

Especificamente em relação aos TACs analisados pelo TCU, a preocupação comum aos casos é especialmente quanto à fiscalização e garantia da execução dos compromissos firmados pelas empresas. No caso do TAC da Transnordestina, por exemplo, um dos apontamentos mais contundentes do Auditor representante foi o baixo índice de cumprimento das obrigações estipuladas, o que foi agravado pela ausência de eficácia de título executivo extrajudicial do TAC, como prevê o art. 5º, § 6º da Lei n. 7.347/1985. No caso do TAC da Telefonia, avaliou-se se haveria algum obstáculo para a exigibilidade imediata de cumprimento extrajudicial do termo.

Em ambos os casos, os Relatores destacaram a necessidade de cautela das Agências Reguladoras para evitar que o TAC se torne um estímulo à impunidade pela inadimplência recorrente do concessionário. Por isso tamanha preocupação com a garantia de execução dos compromissos firmados pelas empresas, justamente porque o acordo substitutivo se mostra uma melhor alternativa na melhoria dos serviços regulados:

A celebração de TAC's não é, também, expediente para estimular a impunidade pela inadimplência contumaz do concessionário infrator nem gerar reforço negativo quanto à possibilidade de enriquecimento ilícito pelos operadores privados à revelia da legislação regulatória. Dessa forma, a escolha pelo acordo substitutivo não pode ser realizada à custa de mera assunção ou diminuição das obrigações ordinárias já estabelecidas em contrato de concessão, mas deve estar fundada no compromisso de o concessionário assumir obrigações extraordinárias, seja, por exemplo, sob a forma de investimentos suplementares na melhoria e atualização tecnológica do serviço, seja na diminuição das tarifas. Assim, tais compensações deverão contribuir para melhoria dos serviços regulados, além de desestimular o concessionário a incorrer em futuras transgressões da avença e da legislação regulatória.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2121/2017. Plenário. Relator: Bruno Dantas. Sessão de 27/09/2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 set. 2017.

<sup>88</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2533/2017. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 14/11/2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 nov. 2017.

Nesse sentido, em que pese haver similaridades entre os casos quanto aos incentivos para cumprimento dos TACs e à execução dos compromissos assumidos, não se pode afirmar que há delimitação clara dos critérios e parâmetros utilizados pelo TCU para analisar os TACs firmados por agências reguladoras, uma vez que os apontamentos de irregularidades variam de acordo com o caso concreto. Mas o que se pode observar na análise de ambos os acórdãos, dentro da esfera de peculiaridade de cada caso, é que a Corte de Contas verdadeiramente buscou analisar a efetividade e eficiência dos acordos quanto ao objetivo por ele proposto, como pode ser observado nos trechos elencados abaixo:

**Quadro 2** – Similaridades na análise dos Acórdãos 2121/2017-PL e 2533/2017-PL quanto à efetividade dos Termos de Ajustamento de Conduta analisados

Caso	Apontamento do voto condutor relacionados à efetividade dos TACs
TAC da Telefonia	<p>“26. Deve-se ponderar ainda que as dúvidas suscitadas nesta representação estão a obstar o prosseguimento de outros TAC no âmbito da Anatel, em possível prejuízo às ações regulatórias da agência e ao efetivo ajuste de conduta por parte das operadoras, consequência de ineficiências no processo tradicional de sancionamento das empresas reguladas, conforme se exporá.”</p> <p>“78. Portanto, não se pode analisar o instrumento sob a ótica puramente burocrática, permeada por regras procedimentais e controles-meio. Sem se afastar das leis e regulamentos, praticar a tão propalada administração gerencial pressupõe conceder certa margem de discricionariedade ao gestor. Vale dizer, o órgão negociador deve ter alguma liberdade para verificar, no caso concreto, qual a forma de atuação mais efetiva e eficiente, desde que suas escolhas estejam fundamentadas em bases sólidas, jurídicas e fáticas, e não se afastem da legislação e dos princípios regentes.”</p> <p>“145. Nesse caso, entende a SeinfraCOM que, como os ajustes de conduta pretendidos no TAC em negociação estão baseados no regulamento vigente, incluindo os parâmetros técnicos e indicadores das metas, eventual revisão integral do modelo de gestão da qualidade pode prejudicar significativamente as ações, os resultados e a efetividade dos TAC. Em outras palavras, o ajuste de conduta pactuado possivelmente não será mais exigível no futuro, ao menos não nos mesmos termos, o que levaria à ineficácia do instrumento.”</p> <p>“263. Assim, as características e a materialidade envolvidas, bem como a responsabilidade da Anatel e de seus gestores quanto à celeridade, à publicidade e à efetividade desse instrumento são superiores ao normalmente exigido nas suas atividades regulatórias cotidianas. Feita esta contextualização, passo ao exame dos apontamentos da SeinfraCOM quanto ao tema.”</p>

TAC da Transnordestina	<p>“Aprecia-se, nesta oportunidade, a legalidade e a efetividade dos termos de ajustamento de conduta celebrados entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres e empresa concessionária Transporte Logística S.A. (TLSA) , em atendimento preferencial à Solicitação do Congresso Nacional formulada pelo Coordenador da Comissão Externa da Câmara dos Deputados - Construção da Ferrovia Nova Transnordestina, Deputado Raimundo Gomes de Matos, conhecida pelo Acórdão 1731/2016-TCU-Plenário.”</p> <p>“Como já antecipavam as próprias fragilidades do acordo, o compromisso de ajustamento de conduta firmado em 20/9/2013 também foi descumprido pela empresa concessionária Ferrovia Transnordestina Logística S/A (FTL) , a qual sucedeu a TLSA na exploração da Malha I. A própria ANTT reconheceu a não efetividade do acordo por ela celebrado, razão pela qual determinou a retomada dos processos administrativos de apuração de responsabilidade e aplicação de sanções que haviam sido sobrestados, bem como retomado o procedimento administrativo 50500.027190/2012-91, que poderá conduzir à declaração de caducidade da concessão. Mesmo assim, a Agência reguladora manteve o pagamento parcelado das multas (peça 66).”</p> <p>“Outro aspecto que concorreu para a absoluta ineficácia e a falta de efetividade dos acordos firmados pela ANTT, no âmbito da Malha Nordeste e da Ferrovia Transnordestina, refere-se à não previsão de obrigações extraordinárias capazes compensar os reiterados descumprimentos de obrigações do contrato de concessão e da legislação regulatória. Os acordos substitutivos nada mais dispuseram que a elisão de pendências relativa às obrigações ordinárias do contrato, a reincidência do concessionário no cometimento de irregularidades e não contribuem para melhoria dos serviços delegados.”</p> <p>“Da mesma forma, a Resolução ANTT 442/2004, diferentemente da Resolução ANTT 152/2003, não estabeleceu prazo para que a concessionária ajustasse sua conduta às obrigações contratuais. Nos acordos analisados, não foram estipulados marcos temporais precisos para grande parte dos compromissos, o que gera insegurança e incerteza quanto à sua efetividade.”</p>
------------------------	---

**Fonte:** Elaborado pela autora.

Ou seja, dentro das peculiaridades de cada caso concreto, o TCU buscou analisar se os dispositivos e compromissos previstos nos TACs eram, efetivamente, capazes de garantir o atendimento ao interesse público. Isso porque, para que a Agência celebre o termo como medida alternativa às penalidades comumente aplicadas, o acordo deve se mostrar mais eficiente e eficaz na melhoria dos serviços regulados em relação à aplicação de sanções. E, para que isso ocorra, é preciso que se tenha estímulo ao cumprimento dos compromissos assumidos pelas

empresas e garantia de execução do TAC caso sejam descumpridos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante disso, vê-se que a Constituição Federal de 1988 ampliou o escopo de atuação do Tribunal de Contas da União, atribuindo a competência para realizar fiscalização operacional dos atos da Administração Pública direta e indireta sob o viés da legalidade, eficiência, eficácia e economicidade. Criou-se, a partir disso, as auditorias operacionais, pelas quais a Corte de Contas realiza a análise dos projetos e programas de órgãos e entidades sujeitos à sua jurisdição, em que se inclui as Agências Reguladoras Federais, inclusive por previsão do art. 14 da Lei n. 13.848/2019, que prevê expressamente que o controle externo será exercido pelo TCU.

A partir dessa competência de fiscalização operacional, procedeu-se às auditorias operacionais que buscavam averiguar a atuação da Agência Nacional de Telecomunicações e da Agência Nacional de Transportes Terrestres, em que o TCU constatou indícios de irregularidades na celebração dos Termos de Ajustamento de Conduta firmados com as empresas reguladas, ensejando a formulação de representação para melhor investigação dos atos administrativos.

Considerando que o Termo de Ajustamento de Conduta surgiu como uma espécie de acordo substitutivo cujas características perpassam a consensualidade, a alternatividade e a finalidade pública, em que se busca dar maior efetividade na melhoria dos serviços regulados, mostrou-se cabível a análise do TCU quanto à legalidade, eficiência e eficácia da celebração junto às empresas interessadas. Coube, portanto, analisar sob quais aspectos a Corte de Contas direcionou a análise dos referidos atos.

Importa destacar, contudo, que a auditoria operacional não alcança o mérito do ato administrativo no que diz respeito à conveniência e à oportunidade do gestor público, cabendo ao TCU apenas emitir recomendações para melhor efetividade dos atos administrativos na busca pelo atendimento ao interesse público, como prevê o art. 250, inciso III<sup>89</sup>, do RITCU. A exceção ocorre quando o ato se encontra eivado de irregularidades, caso em que o TCU poderá emitir determinações e fixar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias para o cumprimento da lei, como dispõe o art. 71, inciso IX<sup>90</sup>, da Constituição Federal, e art. 250,

---

<sup>89</sup> Art. 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal: III – recomendará a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações.

<sup>90</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas

inciso II<sup>91</sup>, do RITCU.

O limite da atuação do Tribunal de Contas da União foi, inclusive, um ponto de destaque do Ministro Bruno Dantas na análise do TAC da Telefonia, ao citar o entendimento do Ministério Público junto ao TCU em relação aos limites da fiscalização dos atos das Agências Reguladoras:

Lembre-se que, no controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o TCU deve atuar de forma complementar, exercendo uma fiscalização de segunda ordem, preservando-se ao máximo o âmbito de competência dessas entidades públicas. Assim, ao fiscalizar a atividade-fim dessas autarquias especiais, não deve o Tribunal se substituir à entidade controlada, tampouco estabelecer o conteúdo do ato de competência da agência reguladora, determinando-lhe a adoção de medidas, salvo quando for constatada ilegalidade ou omissão no cumprimento de normas jurídicas pertinentes.<sup>92</sup>

É importante, também, ressaltar a excepcionalidade no uso do Termo de Ajustamento de Conduta como medida a ser adotada pela Agência Reguladora, em razão do procedimento usual de fiscalização e aplicação de sanção às empresas reguladas:

90. Por oportuno, relevantíssimo registrar que o uso do TAC na agência configura-se como uma medida excepcional, uma vez que o procedimento usual é fiscalizar as prestadoras e sancioná-las pelos seus descumprimentos da regulamentação vigente. A negociação em curso, que permite trocar a arrecadação das multas incertas por compromissos de investimento da empresa e o ajuste da conduta indevida, requer motivação demonstrando a presença do interesse público na aceitação desta permuta.

91. Pela excepcionalidade que possui, não é esperado que a agência passe a pautar sua atuação unicamente por meio de TAC. Admitir tal situação equivaleria a sepultar o poder regulador da entidade pelas vias ordinárias. É dizer, seria reconhecer o esvaziamento de mecanismos regulatórios atualmente estabelecidos.

Além disso, como bem destacado pelo Ministro Bruno Dantas, tem-se a necessidade de se prever e garantir estímulos ao cumprimento dos compromissos firmados pelas empresas

---

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

<sup>91</sup> Art. 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal: II – determinará a adoção de providências corretivas por parte do responsável ou de quem lhe haja sucedido quando verificadas tão somente falhas de natureza formal ou outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis ou que não configurem indícios de débito e o arquivamento ou apensamento do processo às respectivas contas, sem prejuízo do monitoramento do cumprimento das determinações;

<sup>92</sup> Entendimento exarado pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União no Acórdão 2071/2015-Plenário, que tratava de auditoria no âmbito da Centrais Elétricas Brasileiras S/A (Eletrobras).



interessadas. Isso porque, considerando que o TAC é um título executivo extrajudicial, por força do que dispõe o §6º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, caso as obrigações previstas no acordo não sejam claras e bem delimitadas (abstratas, genéricas ou de difícil mensuração), as empresas terão incentivo ao descumprimento ou ao cumprimento ineficiente dos compromissos firmados:

71. Nessa linha, podemos analisar o TAC como um pacto de livre vontade inspirado por estímulos e incentivos, resultante de uma dupla análise de custo-benefício, tanto no polo estatal quanto no polo privado, à semelhança do que tenho defendido em relação aos acordos de leniência.

72. Por um lado, o agente estatal responsável pela negociação deverá analisar em que medida a cessação da conduta inadequada do agente privado privilegiará o interesse público, a atuação da agência reguladora, o erário e o usuário do serviço público delegado.

73. Por outro, a pessoa jurídica infratora analisa se, na sua condição, é mais benéfico ajustar sua conduta e realizar os investimentos demandados pela agência, ou assumir os riscos e custos inerentes aos procedimentos de sanção pecuniária aplicados por meio do rito tradicional da agência, denominados Procedimentos para Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pados).

Sob essa perspectiva, da análise dos casos do TAC da Telefonia e TAC da Transnordestina, verificou-se que não se pode afirmar que existem objetivos e parâmetros bem delimitados para que a Corte de Contas proceda à análise dos termos firmados, mas que houve uma preocupação comum aos Acórdãos referente à fiscalização do cumprimento dos termos firmados pelas empresas e a sua respectiva execução. Ainda, percebeu-se uma cautela por parte do TCU para não adentrar na esfera de discricionariedade da Agência Reguladora, avocando por diversas vezes o princípio da confiança no gestor público.

Dessa forma, muito embora não se consiga prescrever diretrizes para a celebração dos TACs, pode-se apontar que houve construção de entendimento no sentido de que o TAC deve se demonstrar mais efetivo do que a aplicação de sanções, de modo a justificar sua substituíbilidade, bem como deve haver meios hábeis para se fiscalizar e exigir o cumprimento do acordo.

Muito embora o Tribunal tenha recomendado às agências que prevejam, quando da celebração do TAC, a eficácia de título executivo extrajudicial do acordo, demonstra-se proposta inócua, na medida em que a referida eficácia deve sempre decorrer de Lei, conforme dispõe o art. 784 do Código de Processo Civil, e, nesse mesmo sentido, já está expressamente previsto no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985, que rege as ações civis públicas, e que também fundamenta, juridicamente, a celebração dos TACs.

É importante destacar que, como derivação do Acórdão 2121/2017-Plenário, a

Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) realizou o monitoramento dos comandos e recomendações expedidas e, também, das oitivas realizadas, resultando no Acórdão 716/2019-Plenário. O monitoramento, por sua vez, implicou a oposição de embargos de declaração pela Agência Nacional de Telecomunicações, analisado pelo Acórdão 1186/2019-Plenário, que poderá ser objeto de nova pesquisa.

Também cabe propor o aprofundamento da presente pesquisa a partir da análise dos Termos de Ajustamento de Conduta firmados pela Agência Nacional de Telecomunicações e pela Agência Nacional de Transportes Terrestres após as deliberações do TCU, com vistas a identificar a implementação das recomendações propostas pela Corte de Contas. É possível, ainda, analisar se as demais Agências Reguladoras adotaram alguma proposta no sentido de garantir maior efetividade aos termos.

## REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. *In*: MORAES, Alexandre de (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.
- BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, 5ª reunião, 2 de junho de 1987.
- BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, 7ª reunião extraordinária, 6 de maio de 1987.
- BRASIL. **Decreto n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890**. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D00966-A.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D00966-A.html).
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2121/2017. Plenário. Relator: Bruno Dantas. Sessão de 27/09/2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 set. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2533/2017. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 14/11/2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 nov. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 435/2020. Plenário. Relator: Augusto Nardes. Sessão de 04/03/2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de Auditoria Operacional**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/control-e-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GOMES, Marcelo Barros; COUTINHO, Maria do Amparo; WANDERLEY, Maurício de Albuquerque. Dez anos de controle externo da regulação de serviços públicos. *In*: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.
- GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135–169, nov. 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado**. Associação Brasileira de Agências de Regulação: São Paulo, 2019, p. 19. Disponível em: <http://abar.org.br/mdocs-posts/agencias-reguladoras-instrumentos-do-fortalecimento-do-estado/>.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios no controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/10/desafios-controle.pdf>.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O Caso Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, v. 1, n. 3, p. 1–18, 2003.

OLIVEIRA, Luciane de Lucena. **Ferramentas consensuais de regulação e controle externo: limites de atuação do controle externo em relação a Termos de Ajustamento de Conduta celebrados por Agências Reguladoras**. 2019. 44 f. Monografia (Especialização em Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura) – Instituto Serzedelo Corrêa, Escola Nacional de Administração Pública. Brasília, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras. *In*: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; VALERIM PINHEIRO, Luís Felipe (org.). **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. Malheiros: São Paulo, 2015.

SABENÇA, Sandro Zachariades. **O TCU e o controle operacional das agências reguladoras: uma análise empírica**. 2019. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 206, abr./jun. 2015.

SALGADO, Lucia Helena. **Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: Um panorama do Atual Desenho Institucional**. Rio de Janeiro: IPEA, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v. 9, n. 34, abr./jun. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. O devido processo administrativo na execução do termo de ajustamento de conduta. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, p. 115–120, abr./jun. 2008

VILAÇA, Marcos Vinícios. Os Tribunais de Contas na melhoria da administração pública. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 28, n. 74, p. 59–72, out./dez. 1997.

WILLEMANN, Marianna Motebello. **O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da accountability democrática: perspectivas em prol do direito à boa administração pública no Brasil**. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.