

# JURIDICIDADE E CONTROLE DOS ACORDOS REGULATÓRIOS: O CASO TAC ANATEL

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO<sup>1</sup>  
JULIANA BONACORSI DE PALMA<sup>2</sup>

## 1. Introdução: a relevância do Acórdão 2.121/17 do TCU – *leading case* da consensualidade administrativa

A consensualidade administrativa é hoje uma manifestação concreta da gestão pública. Desde as primeiras experiências ainda na década de 1990, floresceram normas prevendo a celebração de acordos no âmbito da Administração Pública e variada tipologia de mecanismos consensuais. Na esfera federal, por exemplo, o Poder Público dispõe de ao menos seis modelos de acordos, cuja aplicação depende das entidades a que se atrela, seu regime jurídico e correspondente contexto fático.

Os *acordos de colaboração* têm por principal finalidade robustecer a persecução administrativa por prática de atos infracionais, especialmente àqueles que se caracterizam como corrupção. Por meio de sua celebração, negociam-se benefícios com um dos suspeitos de envolvimento (o primeiro, no caso brasileiro) em troca de informações e provas que robustecem o processo de fiscalização ou de aplicação de sanções perante os demais envolvidos com a finalidade última de dismantelamento do ilícito ou de seus efeitos. Esse é o exemplo do *acordo de leniência*<sup>3</sup>.

Os *acordos endoprocedimentais* correspondem aos *negócios jurídicos processuais* previstos no Novo Código de Processo Civil, que se aplica subsidiariamente ao processo administrativo<sup>4</sup>. Desse modo, podem as partes processuais, sendo uma delas o Poder Público, convencionarem sobre “*os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais*”, cuja materialização na esfera administrativa pode se dar de variadas maneiras. Assim, por exemplo, viável a celebração de acordo endoprocedimental para estabelecer uma ordem de apresentação de provas ou uma metodologia específica de sopesamento para a aplicação de sanções.

Os *acordos integrativos* têm por principal função viabilizar a edição de um ato administrativo unilateral de modo mais harmônico com as necessidades do caso concreto ou com as características de seu destinatário. Por essa razão, o conteúdo deste ato unilateral ser negociado entre Poder Público e interessado no ato administrativo final, que permanece unilateral para todos os efeitos legais. Neste caso, não há substituição do processo e nem da decisão final, portanto, mas simples negociação do conteúdo do ato unilateral. Exemplo típico corresponde às autorizações com condições e cronogramas de execução, por exemplo.

---

<sup>1</sup> Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.

<sup>2</sup> Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito da USP. *Master of Laws* pela Yale Law School. Professora da FGV Direito SP.

<sup>3</sup> Cf. art. 16 da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), art. 86 da Lei do CADE (Lei 12.529/2011) e art. 30 da Lei do Processo Administrativo Sancionador do BACEN e da CVM (Lei 13.506/2017).

<sup>4</sup> Cf. art. 190 do Novo CPC.

Além desses exemplos, há também *acordos para resolução de controvérsias* (conciliação e mediação, fundamentalmente) e *acordo negociais*, como os acordos para viabilizar a recitação. Porém, o tipo de acordo endereçado neste artigo é o *acordo substitutivo*, voltado a substituir o processo administrativo sancionador ou a própria sanção, conforme seu específico regime, para um resultado mais eficiente<sup>6</sup>. No caso brasileiro, as cláusulas de acordos substitutivos foram originalmente voltadas a cessar os efeitos da suspeita de ilícito apurado. Hoje, em sua maioria elas se voltam ao recolhimento de valores e à pactuação de medidas paliativas pontuais. Aperfeiçoa-se o instituto em alguns setores para que sejam autênticos mecanismos de investimentos, caracterizando-se como *acordos de investimento*, de natureza substitutiva.

Multiplicaram-se as previsões de acordos substitutivos. Na esfera regulatória, por exemplo, apenas a ANEEL revogou sua norma de celebração de acordos substitutivos de sanção – todas as demais Agências que já dispunham dessa mecânica aprimoraram significativamente seus instrumentos pela edição de novas normas mais avançadas. No caso da ANATEL, como teremos a oportunidade de estudar mais a fundo neste artigo, o desenvolvimento foi notável. A Resolução ANATEL n.º 629/2013, que dispõe sobre o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pode ser considerada a normativa mais avançada.

Paralelamente ao desenvolvimento normativo e aos exemplos práticos recolhidos, a agenda de pesquisa sobre a consensualidade avançou consideravelmente e conseguiu conferir maior conforto decisório nas hipóteses em que o gestor preferir a via consensual à imperativa. O *pragmatismo dos acordos administrativos* explica o seu sucesso: são mecanismos instrumentais de resolução do caso concreto do modo ótimo no limite das disponibilidades negociais de cada uma das partes. Contudo, *estaria o modelo de acordo administrativos sedimentado?* Essa pergunta mostra-se fundamental porque ela remete à segurança jurídica para celebração de acordos no lugar da tradicional atividade imperativa por meio de ato, o lugar comum da administração sancionatória. *Estaria o gestor público incorrendo em risco de responsabilização pessoal caso preferisse a consensualidade ao invés de prosseguir com o processo sancionador e, se fosse o caso, aplicasse a sanção?*

Apesar de todos os esforços e bons frutos na esfera administrativa, o modelo não estava consolidado. *Faltava o reconhecimento da juridicidade dos acordos substitutivos no âmbito do controle.*

Como as partes voluntariamente pactuam os termos do acordo e, por livre e espontânea vontade, aderem a eles, não se conta com o Judiciário como fonte de chancela desse instrumento. Com isso não quer se afirmar que o Judiciário não possa avalizar os acordos substitutivos, mas que isso é menos provável tendo em vista a potencial escassez de precedentes judiciais. Por sua vez, o Ministério Público encontra-se mais habituado à dinâmica consensual tendo em vista a sua vasta experiência com o manejo dos termos de ajustamento de conduta previstos na Lei da Ação Civil Pública. Diante de tantos acordos celebrados na esfera administrativa, e não questionados pelo Ministério Público, pôde-se depreender uma certa aceitação da juridicidade do instituto. Essa “inércia”, contudo, seria insuficiente para garantir a segurança jurídica: muitos dos acordos substitutivos são celebrados em situações que escapam ao escopo de controle pelo Ministério Público.

---

<sup>5</sup> Cf. art. 14 c/c art. 13 da Lei 13.448/17.

<sup>6</sup> Sobre o tema dos acordos substitutivos de sanção, cf. JULIANA BONACORSI DE PALMA, *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

A grande dúvida jurídica pairava sobre qual seria o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) com relação à juridicidade dos acordos substitutivos. Uma resposta negativa, de invalidação do acordo e de responsabilização dos gestores públicos responsáveis, como os diretores de um órgão colegiado de Agência Reguladora, poderia inviabilizar por completo o programa de consensualidade na esfera administrativa. O resultado poderia ser ainda mais drástico se a fundamentação se pautasse em valores abstratos – notadamente a supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público –, pois isso significaria uma repulsa dos acordos administrativos *no plano das ideias*, sem que se pudesse endereçar respostas jurídicas às objeções concretas (como a edição de norma de aperfeiçoamento, realização de processo administrativo mais participativo etc.). Assim, a sedimentação do modelo de acordos substitutivos viria de um posicionamento favorável do TCU, especialmente se envolvesse um grande pacto, com expressivos valores de investimento.

No dia 27 de setembro de 2017, o TCU reconheceu a juridicidade do *TAC da Telefônica*, servindo de grande precedente para se afirmar a validade da dinâmica de consensualidade pela perspectiva do controlador<sup>7</sup>:

*“Este Tribunal não vislumbra óbice à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, desde que atendidas todas as determinações e sanadas as questões suscitadas nas oitivas contidas neste acórdão e que serão objeto de nova apreciação pelo TCU; [N]ão existe, de modo geral, impedimento à pactuação de TAC pela Anatel, visto que os atos da agência independem de pronunciamento do Tribunal de Contas da União, salvo no caso de ajustes acompanhados por esta Corte e que sejam objetos de deliberação expressa e específica em sentido contrário; [T]endo em vista a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal, a celebração de TAC pela agência com previsão de conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos atende ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, e de análise de custo-benefício do instrumento”<sup>8</sup>.*

O Acórdão TCU 2.121/17 é o precedente controlador esperado em um grande caso de conversão de multas por investimentos pela via do consenso, capaz de conferir segurança jurídica para que os acordos substitutivos viabilizem projetos e liquidem passivos sancionatórios de vultosos valores. Contudo, no dia 9 de março de 2018 a Telefônica desistiu de celebrar o TAC com a ANATEL.

Da leitura dos fatos, pode-se deduzir que a desistência da Telefônica se deve a um conjunto de fatores, que não apenas o Acórdão 2.21/17, que tornaram a decisão final da Agência sobre o TAC mais complexa.

Primeiramente, outras operadoras de pequeno e médio porte se insurgiram ao TAC da Telefônica, considerando que o mapa geográfico de investimento gerava um

---

<sup>7</sup> TC 022.280/2016-2, Rel. Min. BRUNO DANTAS, Acórdão 2.121/17, julgado pelo Plenário na Sessão de 27 de setembro de 2017.

<sup>8</sup> Acórdão TCU 2.121/17, p. 303.

favorecimento competitivo à empresa em detrimento dos demais pequenos fornecedores de internet. Em segundo lugar, muito embora o TCU tenha reconhecido a validade jurídica do TAC, terminou por fazer uma série de determinações sobre a atividade-fim do acordo e exigiu posterior reapresentação do TAC contemplando as determinações. A aprovação final do acordo, nesses novos termos, pela Agência tomou tempo considerável e, no dia 8 de março de 2018, o Conselho Diretor decidiu aplicar multa no valor de R\$ 370 milhões em processos contemplados no TAC, mas que iriam prescrever em abril. Todos eles diziam respeito a questões regulatórias polêmicas, datadas ou de endereçamento pela regulação normativa, como o não desligamento por solicitação, o não desbloqueio do aparelho dentro do prazo regulamentar ou a demora no conserto de TUPs. Juntamente com outras multas previstas no valor de R\$ 30 milhões em processos também próximos à prescrição, o valor atualizado corresponderia a R\$ 700 milhões. Nesse interim, a ANATEL sinalizou que não mudaria a metodologia do TAC, possivelmente porque isso implicaria em novo controle pelo TCU.

Considerando um cenário desfavorável que se avizinhava, a Telefônica desistiu de firmar o TAC para conversão de R\$ 2,2 bilhões de multas em R\$ 4,87 bilhões de investimento.

É certo que o Acórdão 2.121/17 figura como o *leading case* dos acordos de investimento no Brasil. Porém, o controle do TCU sobre as atividades-fim da Agência agravou as dificuldades de celebração final da avença. O presente artigo debate os limites do controle das atividades-fim negociais das Agências Reguladoras na dinâmica consensual a partir do Caso do TAC da Telefônica.

## **2. A estrutura de controle da Administração Pública no ordenamento jurídico brasileiro**

### **2.1. Natureza dos Tribunais de Contas e sua inserção na divisão constitucional de Poderes**

Ao desenhar as instituições estatais, cuidou a Constituição Federal de estabelecer a *separação de Poderes* como um dos valores fundantes do Estado brasileiro. Não por outra razão a separação de Poderes é uma cláusula pétrea<sup>9</sup>, interditando sua revisão, limitação ou abolição pelo Constituinte derivado. O art. 2º da Constituição Federal determina serem Poderes independentes e harmônicos entre si o *Executivo*, o *Legislativo* e o *Judiciário*. A norma constitucional não faz referência ao Tribunal de Contas, razão pela qual não o podemos considerar um “*quarto Poder*” ou uma instituição supra organizacional<sup>10</sup>, aproximando-se da figura do Poder Moderador.

A Constituição Federal situou o Tribunal de Contas no âmbito do Congresso Nacional, como seu auxiliar no controle externo:

---

<sup>9</sup> Cf. art. 60, §4º, da Constituição Federal.

<sup>10</sup> Sobre o eventual caráter do Tribunal de Contas como “órgãos autônomos e independentes”, MIGUEL SEABRA FAGUNDES já se posicionou no seguinte sentido: “[a]figura-se-nos inexistir, em nosso sistema político, lugar para um órgão que não se filie definitivamente, pela sua maior correlação, a um dos poderes, entre os quais se distribui o exercício das funções de Estado. (...) Ora, ninguém contesta que os departamentos auxiliares integram, formalmente, os órgãos a que auxiliam”. *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*<sup>4ª</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 141.

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

Duas importantes considerações decorrem do art. 71 da Constituição. Primeiramente, apesar de dotado de algum grau de autonomia, o TCU é *órgão auxiliar* do Congresso Nacional. Trata-se de um órgão de Estado que, apesar de gozar de relativa autonomia, vincula-se ao Congresso Nacional<sup>11</sup>. Nem se argumente que o fato de o texto constitucional não trazer expressa a locução “*órgão auxiliar do Poder Legislativo*”, interditaria reconhecer esta posição institucional do Tribunal de Contas. Nada mais equivocado.

O princípio da separação de Poderes interdita que órgãos de Estado “*parem*” sob os três Poderes legitimamente reconhecidos: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Não há espaço institucional para “satélites organizacionais” que, por suas características ou maior grau de autonomia, pretensamente orbitem os Poderes constituídos. Ainda que o órgão goze de funções específicas e relativa autonomia, *necessariamente estará vinculado a algum Poder* tão somente porque a Constituição Federal reconhece três Poderes em seu art. 2º: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Os Tribunais de Contas, portanto, não são órgãos independentes, plenamente autônomos ou um suposto quarto Poder. São órgãos auxiliares do Poder Legislativo nos termos do art. 71 da Constituição.

Vale resgatar os debates travados na Assembleia Nacional Constituinte sobre a posição institucional do Tribunal de Contas para melhor compreendermos os dispositivos constitucionais em análise. Para tanto, valemo-nos da tese de doutorado de ANDRÉ JANJÁCOMO ROSILHO, *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*, defendida da Faculdade de Direito da USP com louvor<sup>12</sup>. Ao desenvolver trabalho inédito de estudar empiricamente o processo da Assembleia Nacional Constituinte quanto aos Tribunais de Contas, guiado por sólida metodologia, ANDRÉ JANJÁCOMO ROSILHO nos fornece valiosos subsídios para a hermenêutica constitucional, dentre os quais a *intenção original de situar os Tribunais de Contas como órgãos auxiliares do Legislativo*<sup>13</sup>.

Narra a história oficial que a dúvida sobre o posicionamento institucional do Tribunal de Contas na Constituição foi suscitada pelo então Ministro do STF SYDNEY SANCHES em audiência pública na Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo. AFFONSO MARTINS DE OLIVEIRA<sup>14</sup>, convidado a participar da Subcomissão do Poder Legislativo, defendeu a proposta de os Tribunais de Contas não se vincularem a qualquer Poder, sendo o TCU uma “*corte autônoma*”, organicamente desvinculada ao Congresso Nacional. O que se seguiu foi uma fortíssima resistência no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte<sup>15</sup> e prevaleceu, ao final, a proposta de os Tribunais de Contas serem

---

<sup>11</sup> O que não significa que os Tribunais de Contas sejam órgãos hierarquicamente subalternos do Poder Legislativo, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal na ADI 1.175-8 (Tribunal Pleno, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, 2004).

<sup>12</sup> Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP em 4 de agosto de 2016.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 46.

<sup>14</sup> À época servidor da Câmara de Deputados e posteriormente Ministro do TCU.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 47. Digna de nota, por sua representatividade, é a fala do constituinte FARABULINI JÚNIOR: “*Sr. Presidente, nobre Relator, entendo que o Tribunal de Contas deverá sempre funcionar como órgão auxiliar do Poder Legislativo. Este é um ponto de vista que sustento há muito tempo. Dar autonomia plena*”

auxiliares do Poder Legislativo. Esta tese foi endossada pelos Tribunais de Contas, inclusive constando no anteprojeto apresentado pelo Ministro do TCU ALBERTO HOFFMANN à Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira<sup>16</sup>.

A escolha original na Assembleia Nacional Constituinte foi pelo posicionamento dos Tribunais de Contas no Legislativo, na qualidade de seu órgão auxiliar na função de controle externo. Não por outra razão, a Constituição Federal dispõe sobre os Tribunais de Contas no Título IV – *Da Organização dos Poderes* – e, mais especificamente, no Capítulo I – *Do Poder Legislativo*. Nessa toada, o sistema normativo orçamentário toma os Tribunais de Contas como órgãos do Poder Legislativo. A Lei de Responsabilidade Fiscal, por exemplo, indica expressamente os Tribunais de Contas como órgãos do Legislativo em seu art. 20:

Lei Complementar n.º 101/2000, art. 20, § 2º. “*Para efeito deste artigo entende-se como órgão:*

*I - o Ministério Público;*

*II - no Poder Legislativo:*

*a) Federal, as respectivas Casas e o Tribunal de Contas da União;*

*b) Estadual, a Assembléia Legislativa e os Tribunais de Contas;*

*c) do Distrito Federal, a Câmara Legislativa e o Tribunal de Contas do Distrito Federal;*

*d) Municipal, a Câmara de Vereadores e o Tribunal de Contas do Município, quando houver; (...).”*

Importante salientar que os Tribunais de Contas não foram apresentados em inciso autônomo na Lei de Responsabilidade Fiscal, como se evidencia com relação ao Ministério Público. Pelo contrário, estão claramente situados no âmbito do Poder Legislativo. Nessa linha, saliente-se que nas Leis Orçamentárias Anuais os Tribunais de Contas têm suas dotações incluídas no orçamento do Legislativo.

Digno de nota é a jurisprudência do STF quanto à constitucionalidade de as Assembleias Legislativas julgarem as contas dos Tribunais de Contas. O *leading case* ADI 1.779/PE<sup>17</sup>, julgado em 2001, firmou o entendimento de que a ampliação de competências dos Tribunais de Contas pela Constituição de 1988 e o inciso I do art. 71 interditam o julgamento de suas contas pelo Legislativo. Porém, na ADI 1.175/DF<sup>18</sup>, julgada em 2004, este posicionamento foi superado. Segundo o MINISTRO MARCO AURÉLIO, que liderou a divergência e determinou a linha condutora do julgado,

“Sob minha óptica, trata-se de um órgão auxiliar do Legislativo, que atua também no campo da administração, fazendo despesas, manuseando o dinheiro público. Tem de haver uma interpretação construtiva que revele a existência de um órgão para tomar essas contas;

---

*ao Tribunal de Contas, desligando-o da área do Poder Legislativo, no meu entendimento não teria eficácia porque criaria um tribunal de cuja estrutura nada resultaria, a não ser a apuração dos fatos que ocorrem no desdobramento dos atos praticados pelo Poder Executivo da União, e depois, se for o caso, qualquer tipo de procedimento, até criminal, que por acaso coubesse contra quem também tivesse promovido a malversação de bens públicos e tudo mais”*. Destacamos. *Apud*, p. 47.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 48.

<sup>17</sup> Tribunal Pleno, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, 2001. Nesse sentido, cf. ADI 1.140/RR e ADI 849/MT.

<sup>18</sup> É a ementa da ADI 1.175/DF: “*Surge harmônico com a Constituição Federal diploma revelador do controle pelo Legislativo das contas dos órgãos que o auxiliam, ou seja, dos tribunais de contas*”.

e, se o Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Legislativo, a Casa Legislativa deve arcar com essa incumbência”<sup>19</sup>.

Esta orientação se alinha com a jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal, que submete os Tribunais de Contas ao Poder Legislativo. Fato é que a configuração dos Tribunais de Contas como órgãos auxiliares do Legislativo sempre teve garrida no Direito brasileiro, desde a sua criação por meio do Decreto n.º 996-A, de 1890<sup>20</sup>. A sua constitucionalização se efetivou na Constituição de 1891, cujo art. 89 incumbia o Tribunal de Contas de “*liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso*”<sup>21</sup> (destacamos). As demais Constituições brasileiras, ressalvada a de 1937<sup>22</sup>, reproduziram a fórmula de vinculação do TCU ao Congresso Nacional, de modo mais ou menos<sup>23</sup> explícito<sup>24</sup>.

Um dos principais julgados históricos do Supremo Tribunal Federal com relação à posição institucional dos Tribunais de Contas é a Rep. 1.179/ES<sup>25</sup>, cujo valioso voto do MIN. ALFREDO BUZUID, com fundamento nas reflexões de PONTES DE MIRANDA e pesquisa de Direito Comparado, termina por afirmar que “[o] *Tribunal de Contas situa-se, pois, no sistema constitucional brasileiro, à semelhança do que ocorre noutros países, como órgão auxiliar do Poder Legislativo*”. Assim, ainda seguindo as considerações do MIN. ALFREDO BUZUID,

*“A Constituição da República, atribuindo ao Tribunal de Contas o caráter de órgão auxiliar do Poder Legislativo, não precisa inserir norma expressa, estabelecendo que ele deve prestar contas ao Congresso, porque esta verdade resulta da sua própria condição jurídica”.*

---

<sup>19</sup> ADI 1.175/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, 2004.

<sup>20</sup> Sob forte inspiração dos ideais republicanos de matriz americana, o então Ministro da Fazenda RUI BARBOSA concebeu o Tribunal de Contas da União instituído pelo Decreto n.º 996-A, de 1890, com a finalidade de fazer deste um órgão independente do Parlamento, o que não encontrou acolhida na jurisprudência do STF. Cf. Rp. 764/ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO, 1968. Segundo o MIN. ALIOMAR BALEEIRO, “[s]em dúvida, na hierarquia constitucional, o Tribunal de Contas não está acima, nem sequer ao lado, do Parlamento como igual a este. Jaz abaixo deste, em posição ancilar”.

<sup>21</sup> É o inteiro teor do art. 89 da Constituição de 1891: “*É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença*”.

<sup>22</sup> Pelo art. 114 da Constituição de 1937, o Tribunal de Contas era órgão integrante do Poder Executivo.

<sup>23</sup> Cf. art. 99 e art. 101 da Constituição de 1934.

<sup>24</sup> É o texto do art. 22 da Constituição de 1946: “*Art 22 - A administração financeira, especialmente a execução do orçamento, será fiscalizada na União pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, e nos Estados e Municípios pela forma que for estabelecida nas Constituições estaduais*”. Por sua vez, a Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1/69, assim disciplinava o Tribunal de Contas: art. 70. “*A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional mediante controle externo e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei. O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos*”.

<sup>25</sup> Cf., nessa linha, a Rp. 1.021/RJ.

Na qualidade de órgão auxiliar do Legislativo, a Constituição Federal já traz o *pressuposto de limitação da atuação dos Tribunais de Contas*, apesar de a mesma Constituição tê-lo revestido de prerrogativas públicas e competências específicas<sup>26</sup>.

## 2.2. Competências dos Tribunais de Contas na Constituição

A Constituição Federal estabelece as competências dos Tribunais de Contas em seus artigos 70 e 71. Enunciá-las, porém, é um desafio. Ocorre que o texto constitucional é prenhe de conceitos jurídicos indeterminados e princípios em ambos os dispositivos, permitindo as mais criativas interpretações sobre a abrangência e os limites das competências dos Tribunais de Contas, muitas vezes motivadas por interesses corporativos ou específicas visões de mundo. Outro elemento que torna ainda mais árida a tarefa de explicar as competências dos Tribunais de Contas corresponde à ampliação dessas competências pela Constituição de 1988. Cite-se, por exemplo, a inédita previsão da *fiscalização operacional*, com base na qual os Tribunais de Contas têm se investido sobre as decisões de gestão pública precípuas à atividade administrativa.

Antes de passar propriamente para a listagem das competências dos Tribunais de Contas, o art. 70 da Constituição Federal merece tratamento mais detido exatamente porque nele se encontra a lógica de atuação institucional dos Tribunais de Contas no Estado Brasileiro.

*“Constituição Federal, 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”.* Destacamos.

O art. 70 apresenta uma **parcela do controle externo**, que se resume à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial relativa à aplicação das subvenções e renúncias de receitas pelos Tribunais de Contas. Diz-se que o art. 70 da Constituição se refere a apenas uma parcela do controle externo em função de dois aspectos: (i) das instituições controladoras e (ii) da matéria sujeita ao controle externo.

Em termos institucionais, há outros entes competentes para realizar o controle externo da Administração Pública, a exemplo do Poder Judiciário, do próprio Poder Legislativo e do Ministério Público. Os Tribunais de Contas não são os titulares do controle externo. Trata-se de instituição controladora que exerce o controle externo juntamente com outros controladores e sempre submetido à revisão judicial. Ainda que as fronteiras do controle externo sejam nebulosas, especialmente por conta do emprego de conceitos jurídicos indeterminados e de principiologia para a definição

---

<sup>26</sup> É nessa linha que CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA indicam que “o poder de intervenção desse órgão [TCU] de controle nas atividades da Administração Pública encontra limites. O TCU não detém competência para rever todo e qualquer ato ou decisão tomada pela Administração Pública federal. As Cortes de Contas não constituem uma esfera revisora integral da atividade administrativa, que seja competente para corrigir ilegalidades em toda e qualquer decisão tomada no exercício da função administrativa por entes estatais. Corte de Contas não é Conselho de Estado”. *O Tribunal de Contas da União e a Regulação in Fórum de Contratação e Gestão Pública*, vol. 159. Belo Horizonte: Fórum, mar. 2015, p. 33.

das competências controladoras<sup>27</sup>, fato é que a legitimidade do controle externo se encontra adstrita às competências constitucionais atribuídas a cada ente controlador. Eventuais sobreposições de competência podem acontecer, e são até mesmo recorrentes na prática, mas isso não relativiza a compreensão de que as instituições de controle, dentre elas os Tribunais de Contas, exercem parcela do controle externo definida pelas regras de competência.

Em termos materiais, cuidam os Tribunais de Contas de assuntos **contábeis, financeiros e orçamentários**, conforme título da Seção IX – *Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária*. Isso significa que, na prática, o exercício das competências pelos Tribunais de Contas apenas será válido se adstrito à matéria contábil, financeira ou orçamentária.

Ainda que não se reconheça valor normativo à Seção IX da Constituição Federal, dela decorre importante elemento para a interpretação das competências dos Tribunais de Contas. Aqui é oportuno resgatar a Lei Complementar n.º 95/98, que dispõe sobre a elaboração, alteração e consolidação das normas no sistema jurídico brasileiro. Seu art. 10 lista os *princípios de articulação dos textos legais*, dentre os quais dois têm particular relevância para a presente análise:

*“Lei Complementar 95/98, art. 10. Os textos legais serão articulados com observância dos seguintes princípios:*

*V - o agrupamento de artigos poderá constituir Subseções; o de Subseções, a Seção; o de Seções, o Capítulo; o de Capítulos, o Título; o de Títulos, o Livro e o de Livros, a Parte”;*

Os artigos de uma específica lei devem guardar **coerência** entre si, restando à subseção, ou seção quando esta inexistir, a **explicitação do critério de agrupamento dos artigos**. No caso da Seção IX da Constituição Federal, o critério de coerência foi dado pela Constituinte na expressão *“fiscalização contábil, financeira e orçamentária”*, que traduz a missão histórica dos Tribunais de Contas desde a instauração da República no Brasil (*path dependence*)<sup>28</sup>. Assim, a Seção IX tem valor interpretativo e ajuda na delimitação da abrangência do controle externo praticado pelos Tribunais de Contas, que deve se limitar à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, o que é condizente com a sistemática de controle classicamente desempenhada por eles.

Porém, como afirmar que o título da Seção IX harmoniza os artigos constitucionais referentes aos Tribunais de Contas se a redação do art. 70 indica a *“fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial”*? O ponto de discussão reside exatamente nos termos *“operacional”* e *“patrimonial”*. Teria a Constituição Federal ampliado a abrangência da fiscalização? Considerando que a expressão *“patrimonial”* guarda relação mais próxima com as da Seção IX, resta compreender a locução *“operacional”*, desconhecida das Constituições anteriores.

---

<sup>27</sup> É o exemplo do art. 127 da Constituição Federal, que dispõe sobre o Ministério Público: *“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”*.

<sup>28</sup> *“Path dependence significa a influência significativa de opções institucionais adotadas no passado, na trajetória presente e futura dessas instituições”*. MARIANA MOTA PRADO, *O Paradoxo das Reformas do Estado de Direito: quando reformas iniciais se tornam obstáculos para reformas futuras* in *Revista de Sociologia e Política*, vol. 21, n.º 45. Curitiba, mar. 2013, p. 74.

Na técnica da interpretação, há dois cânones semânticos de largo emprego no direito norte-americano<sup>29</sup> que se aplicam nos casos de associação entre duas ou mais palavras, a exemplo de Seção IX e do art. 70 da Constituição Federal. Trata-se do “*noscitur a sociis*” e do “*ejusdem generis*”.

O “*noscitur a sociis*” indica que o significado de um termo é dado por referência às palavras a ele associadas (“*associated words canon*”), de modo que uma palavra ambígua pode ter o seu significado construído pelas demais palavras em lista<sup>30</sup>. Por sua vez, o “*ejusdem generis*” indica que no caso de uma ordenação de palavras específicas seguida de uma ordenação de palavras genéricas<sup>31</sup>, estas expressam a natureza da enumeração das palavras específicas (“*residual clause canon*”) <sup>32</sup>. O exercício aqui é de construção de um significado de síntese das palavras específicas anteriormente listadas.

Não raro se vislumbram discordâncias sobre o sentido semântico resultante da aplicação desses cânones, mas nem por isso deixa a Suprema Corte de fazer maciço uso deles, a tal ponto de serem considerados um dos argumentos de revisão judicial mais empregados na jurisprudência constitucional norte-americana<sup>33</sup>. Ademais, são conhecidas as críticas acadêmicas com relação ao emprego de cânones de interpretação, dada a sua indeterminação e dubiedade. Porém, eles têm sido de grande valia na atividade de hermenêutica jurídica, conferindo importantes parâmetros de análise sobre a estrutura normativa e o sentido textual de determinado diploma<sup>34</sup>.

Aplicando o “*noscitur a sociis*” ao art. 70 da Constituição, temos que o termo “*operacional*” se encontra permeado por outras palavras designativas de *receita e despesa pública*. Desse modo, a realização de auditorias de desempenho operacional e de auditorias de avaliação de programa estão adstritas aos casos que envolvam despesas ou receitas públicas. A fiscalização operacional não legitimaria, portanto, o controle de mérito de uma decisão administrativa. Em termos de eficiência, as

---

<sup>29</sup> Nessa linha, em recente pesquisa, CHRISTOPHER J. WALKER analisou quais são os cânones interpretativos utilizados pelos formuladores de atos normativos nas Agências norte-americanas segundo respostas emitidas por eles em formulários de pesquisa. Ao todo, 79% dos respondentes indicam empregar o *noscitur a sociis* e 60% o *ejusdem generis*. O *noscitur a sociis* é o quinto cânone interpretativo mais utilizado, ficando apenas atrás do precedente *Cevron* (90%), *whole act rule* (89%), *ordinary meaning* (87%) e do precedente *Mead* (80%). *Inside Agency Statutory Interpretation*, Stan. L. Rev. 67, 1002 (2015), p. 1020.

<sup>30</sup> “A canon of construction holding that the meaning of an unclear word or phrase should be determined by the words immediately surrounding it”. Bryan A. Garner (Editor in Chief), *Black’s Law Dictionary*, 3<sup>rd</sup>. ed. West Publishing, 1996, p. 492.

<sup>31</sup> WILLIAM ESKRIDGE JR., ABBE R. GLUCK, VICTORIA F. NOURSE, *Statutes, Regulation, and Interpretation. Legislation and Administration in the Republic of statutes*. West Academia, 2014, p. 454.

<sup>32</sup> “A canon of construction that when a general word or phrase follows a list of specifics, the general word or phrase will be interpreted to include only items of the same type as those listed”. Bryan A. Garner (Editor in Chief), *Black’s Law Dictionary*, 3<sup>rd</sup>. ed. West Publishing, 1996, p. 236.

<sup>33</sup> Cf. ANITA S. KRISHNAKUMAR, *Longstanding Agency Interpretations*, 83 Ford. L. Rev. 1823 (2014-2015), p. 1867-68.

<sup>34</sup> “The canons are a public, albeit imperfect, way of expressing common assumptions about drafting, institutional roles and public values, and they form the background for almost any hard case of statutory interpretation. As such, they provide a potential link between the horizons of the statutory text and the statutory interpreter, since both are potentially aware of and formed by the relevant canons when they draft and interpret the statute. Although the canons do not necessarily mandate determinate answers in the hard cases, they do pose many of the inquiries”. WILLIAM ESKRIDGE JR., *Gadamer / Statutory Interpretation*, 3 Colum. L. Rev. 609 (1990), p. 662.

auditorias operacionais apenas poderiam avaliar a *eficiência alocativa de recursos públicos*, o que explica a tendência de os Tribunais de Contas em sistemas jurídicos estrangeiros focarem especificamente na *análise de custo-benefício*. Já o “*ejusdem generis*” determinaria a separação da listagem de fiscalização em dois grupos: (i) o grupo de termos específicos, pois que permitem compreender o conteúdo comum – receita e despesa pública –, e (ii) o grupo dos termos genéricos, que não permitem compreender o conteúdo comum. No primeiro grupo estariam os termos contábil, financeira, orçamentária; no segundo, operacional e patrimonial. Desse modo, os termos gerais do segundo grupo devem seguir o conteúdo do grupo de termos específicos (receita e despesa pública), segundo o “*ejusdem generis*”.

Assim, o controle externo operacionalizado pelos Tribunais de Contas está adstrito às despesas e receitas públicas. O poder de fazer determinações e o poder de aplicar sanções limita-se à ilegalidade constatada em matéria financeira, orçamentária, contábil ou patrimonial, **apenas**<sup>35</sup>. O Tribunal de Contas não tem qualquer poder de comando frente a ilegalidades apuradas no controle operacional. **A Constituição Federal não atribuiu ao Tribunal de Contas o poder de fazer determinações à Administração Pública nas fiscalizações operacionais**. Somente se na fiscalização operacional se apurar ilegalidade *contábil*, *patrimonial* ou *financeira* serão devidos comandos de determinação. Isso porque, repita-se, o poder de aplicar sanções limita-se à ilegalidade constatada em matéria financeira, orçamentária, contábil ou patrimonial.

Diante desses casos, cabe ao Tribunal de Contas representar às autoridades competentes sobre eventuais irregularidades ou abusos apurados (art. 71, inc. XI, CF) e submeter as suas avaliações para o Congresso Nacional (art. 71, inc. VII, CF). A síntese é apresentada por CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA:

*“Embora o Tribunal de Contas possa fazer fiscalizações quanto aos mais variados objetos, já que a auditoria operacional é abrangente por natureza, as fiscalizações das quais podem resultar atos de comando do Tribunal são apenas as que envolvam as matérias sob sua jurisdição específica. E quais são elas? A matéria financeira, a orçamentária, a contábil e a patrimonial. Sobre as demais matérias, o Tribunal não tem jurisdição específica, delas só tomando conhecimento no âmbito da fiscalização operacional, da qual, como dito, não resultam atos de comando”*<sup>36</sup>.

Em termos de parâmetros de atuação, o próprio art. 70 da Constituição Federal apresentar três parâmetros tradicionalmente empregados no controle orçamentário público: legalidade, legitimidade e economicidade. Com relação ao primeiro parâmetro de controle – legalidade –, a conclusão a que se alcançar é que se trata de um critério de checagem de validade jurídica pelo Tribunal de Contas, ou seja, de compatibilidade entre o ato ou contrato averiguado e o ordenamento jurídico. Mais difícil é delimitar os outros parâmetros de controle: a legitimidade e a economicidade<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA, *O Tribunal de Contas da União e a Regulação in Fórum de Contratação e Gestão Pública*, vol. 159. Belo Horizonte: Fórum, mar. 2015, p. 34.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>37</sup> A tentativa de qualquer definição do que venha a ser critério de legitimidade e critério de economicidade será frustrada. Segundo o *Manual de Auditoria Operacional* editado pelo próprio TCU, a economicidade “é a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem

A análise do art. 70 apresenta duas constatações importantes sobre o controle externo a cargo dos Tribunais de Contas. Primeiramente, o Tribunal de Contas não pode ser compreendido como a instituição de controle precípua da Administração Pública, pois outras instituições de controle participam dessa função e há uma materialidade limitada de controle, qual seja, a análise de receitas e despesas públicas. Em segundo lugar, as competências dos Tribunais de Contas não podem ser ampliadas para além dos limites da Constituição Federal, sob pena de inconstitucionalidade, seja por meio de lei, seja em sede regulamentar, a exemplo da edição de Instruções Normativas pelo TCU. O fato de o art. 70 da Constituição trazer conceitos jurídicos indeterminados quanto ao conteúdo de fiscalização e de finalidade do controle externo (legalidade, legitimidade e economicidade) não traz qualquer ordem de competências implícitas ou de amplíssimo permissivo genérico para se derivarem novas competências por meio de processos de hermenêutica. As competências devem vir expressas em norma constitucional ou norma legal e serem condizentes com a materialidade de atuação dos Tribunais de Contas estabelecida pela própria Constituição: receitas e despesas públicas.

Assim, o art. 71 traz de modo mais específico as competências do TCU, compreendendo as seguintes atividades: apreciação das contas anuais do Presidente da República (inc. I); julgamento de contas (inc. II); apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões (inc. III); realização de inspeções e auditorias *ex officio* ou mediante representação do Congresso Nacional (inc. IV); fiscalização de contas de empresas supranacionais (inc. V); fiscalização dos repasses de recursos públicos da União aos demais entes federados (inc. VI); prestação de informações ao Congresso Nacional sobre as fiscalizações realizadas (inc. VII); aplicação de sanções (inc. VIII); determinação de comandos (inc. IX); sustação de atos (inc. X); e representação ao Poder competente sobre irregularidades e abusos (inc. XI).

### 2.3. As competências do TCU na Lei nº 8.443/92

A Lei Orgânica do TCU (Lei n.º 8.443/92 – LOTCU) amplia e especifica as competências institucionais do órgão desenhadas pela Constituição Federal. Seu art. 1º traz um rol extenso de competências<sup>38</sup> que ANDRÉ JANJÁCOMO ROSILHO agrupa em seis eixos: (1)

---

*comprometimento dos padrões de qualidade*”. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/control-externo/normas-e-orientacoes/normas-tcu/auditoria-operacional.htm>. Acesso em 20 de junho de 2017. p. 11. Além da economicidade, o TCU indica neste mesmo manual outros parâmetros para desenvolvimento de auditorias operacionais, quais sejam, a eficiência (“*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*”, *idem*, p. 12); a eficácia (“*grau de alcance das metas programadas em um determinado período de tempo, independentemente dos custos implicados*”, *idem, ibidem*); e efetividade (“*alcance dos resultados pretendidos, a médio e longo prazo*”, *idem, ibidem*).

<sup>38</sup> Art. 1º, LOTCU. “*Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei: I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades das unidades das unidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário; II - proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de*

editar normas; (2) praticar atos sancionatórios; (3) levantar dados e produzir informações; (4) praticar atos de comando; (5) formular orientações gerais; e (6) representar. O seu art. 3º, porém, confere ao TCU poder regulamentar para expedir atos e instruções normativas em assuntos de sua seara de competência e jurisdição, que devem ser necessariamente seguidos sob pena de responsabilidade. Essa abertura tem permitido que o TCU destrinche novos flancos de atuação, com base na principiologia do art. 70 e do art. 71 da Constituição Federal, mediante o artifício da edição de instruções normativas.

Nos termos do art. 5º da LOTCU, estão sujeitos à jurisdição do TCU qualquer pessoa física, órgão ou entidade que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos federais; aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário; os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal; os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais com capital federal; os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social; todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de Lei; os responsáveis pela aplicação de repasses públicos federais, bem como seus sucessores; os representantes da União ou do Poder Público na Assembleia Geral das empresas estatais federais.

O art. 16 da LOTCU indica os possíveis resultados dos julgamentos das contas pelo TCU, quais sejam, regulares, regulares com ressalva ou irregulares, em que, neste caso, haverá

---

*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; III - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, nos termos do art. 36 desta Lei; IV - acompanhar a arrecadação da receita a cargo da União e das entidades referidas no inciso I deste artigo, mediante inspeções e auditorias, ou por meio de demonstrativos próprios, na forma estabelecida no Regimento Interno; V - apreciar, para fins de registro, na forma estabelecida no Regimento Interno, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público federal, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; VI - efetuar, observada a legislação pertinente, o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal, fiscalizando a entrega dos respectivos recursos; VII - emitir, nos termos do § 2º do art. 33 da Constituição Federal, parecer prévio sobre as contas do Governo de Território Federal, no prazo de sessenta dias, a contar de seu recebimento, na forma estabelecida no Regimento Interno; VIII - representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades, inclusive as de Ministro de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente; IX - aplicar aos responsáveis as sanções previstas nos arts. 57 a 61 desta Lei; X - elaborar e alterar seu Regimento Interno; XI - eleger seu Presidente e seu Vice-Presidente, e dar-lhes posse; XII - conceder licença, férias e outros afastamentos aos ministros, auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, dependendo de inspeção por junta médica a licença para tratamento de saúde por prazo superior a seis meses; XIII - propor ao Congresso Nacional a fixação de vencimentos dos ministros, auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal; XIV - organizar sua Secretaria, na forma estabelecida no Regimento Interno, e prover-lhe os cargos e empregos, observada a legislação pertinente; XV - propor ao Congresso Nacional a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções do Quadro de Pessoal de sua Secretaria, bem como a fixação da respectiva remuneração; XVI - decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, na forma prevista nos arts. 53 a 55 desta Lei; XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno”.*

imediate remessa das contas ao Ministério Público da União para tomar as providências cabíveis. As contas serão julgadas irregulares tão somente nos casos de omissão no dever de prestar contas; prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico; e desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos (art. 16, inc. III, LOTCU).

### **3. A configuração específica da ANATEL e suas consequências ao exercício do controle**

No jogo da governabilidade, as instituições constantemente dialogam entre si. Esta é a base fática da separação de Poderes<sup>39</sup>, cuja independência e harmonia entre si não pressupõe inércia institucional, mas, pelo contrário, demanda constante interação por uma dinâmica recíproca de controle. O chamado *checks and balances* requer que um Poder controle o outro a fim de reprimir eventuais arbitrariedades e, assim, salvaguardar garantias e liberdades públicas. Portanto, não apenas o controle da Administração Pública é constitucionalmente viável, como é desejado, pois nenhum Poder está imune a erros e abusos.

No entanto, o controle entre os Poderes não é absoluto. A própria noção de separação de Poderes traz em si dois limites que devem ser observados no exercício do controle: a *independência* e a *harmonia*.

O Executivo não pode se sujeitar ao crivo do controlador em abstrato, dependendo de sua anuência agir. Para exercício de suas competências administrativas, o Executivo é *independente* do controlador e goza de plena capacidade decisória. Seus atos administrativos são em regra autoexecutáveis e não dependem de prévia concordância do controlador para serem considerados válidos e exigíveis. Por outro lado, a *harmonia* determina que os Poderes coexistam dentro da governabilidade, pois nenhum Poder se sobrepõe sobre o outro. Isso significa que o Judiciário não está acima do Executivo e do Legislativo, por exemplo. Também significa ser ilegítima e inconstitucional atuação controladora que termine por situar o Executivo em posição de vassalagem do controlador.

Independência e harmonia são limitações ao controle próprias da separação de Poderes. Outras limitações provêm do ordenamento jurídico por meio de *normas modeladoras do controle da Administração Pública*. Trata-se de diretrizes gerais ou regras que não afastam o controle, mas tornam o seu exercício mais racional e alinhado a relevantes valores públicos, como igualdade, previsibilidade, segurança jurídica e interesse público. Dentre esses limites estão a *titularidade das competências* e a conferência de maiores *margens de autonomia* frente ao controlador, o que marca, por exemplo, o regime especial atribuído pela LGT à ANATEL.

#### **3.1. A relevância da referência contida no art. 21, XI, CF**

---

<sup>39</sup> Cf. JEAN PAUL VEIGA DA ROCHA, *Quem Tem Medo da Delegação Legislativa?* in Revista de Direito Administrativo, vol. 271. Rio de Janeiro: FGV, jan./abr. 2016.

Originalmente o serviço de telecomunicações foi estabelecido no rol de competências da União federal no art. 21, inc. XI, da Constituição. Desse modo, a sua prestação se daria apenas por dois modos: diretamente, por meio de órgãos e autarquias prestacionais, ou mediante concessão a empresas estatais. No caso específico, o serviço de telecomunicações no Brasil foi monopolisticamente prestado pela Telebrás até o advento da Reforma Regulatória na década de 1990. Por decisão política à época, introduziu-se um novo modelo de prestação de serviços públicos galgado em dois pilares: (i) parcerias com a iniciativa privada para prestação de serviços públicos, o que ensejou na privatização de relevantes empresas estatais e na liberação dos mercados monopolizados, destacando-se o instrumento da concessão nessa dinâmica; e (2) permanente controle setorial do Poder Público, que manteve as competências prestacionais, para garantir a satisfação de finalidades públicas e metas de qualidade e desempenho quando da prestação dos serviços públicos por meio da iniciativa privada. Para tanto, o Brasil se abriu ao modelo de *Agências Reguladoras*, amplamente experimentado nos Estados Unidos e, naquele momento, em implantação em diversos países europeus.

Em termos institucionais, a Agência Reguladora se caracterizaria pela autonomia reforçada frente ao Governo central para melhor consecução das finalidades regulatórias. Na medida em que seus dirigentes exerceriam mandato, sem possibilidade de demissão *ad nutum*, seriam minimizados os riscos de ingerência política em benefício de tomadas de decisões técnicas. Em termos funcionais, as Agências Reguladoras deteriam efetivas *competências regulatórias*, fundamentais ao equilíbrio sistêmico dos setores regulados que viabilizasse a constante consecução de finalidades públicas, como a universalização e o aprimoramento dos serviços públicos. Dentre essas competências estão as normativas, fiscalizatórias, adjudicatórias, sancionatórias, de arbitramento de interesses e de concertação<sup>40</sup>.

A Emenda Constitucional n.º 8, de 1995, promoveu a alteração do art. 21, inc. XI, da Constituição para constitucionalizar o modelo regulatório na prestação dos serviços de telecomunicações<sup>41</sup>. De fato, a nova redação do referido preceito promove a *liberalização do setor de telecomunicações* e a *introdução do órgão regulador*:

“Constituição Federal, art. 21. Compete à União:

(...)

*XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um **órgão regulador** e outros aspectos institucionais;* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:).” Destacamos.

A previsão específica na Constituição Federal de um órgão regulador especial para telecomunicações não pode ser tida como irrelevante, pelo contrário: ela consagra a **autonomia ainda mais reforçada** dos ditos “*órgãos reguladores*”, performados como *autarquias sob regime especial* denominadas *Agências Reguladoras*. E este regime

---

<sup>40</sup> Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, *Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu Regime Jurídico*, 1ª ed., 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

<sup>41</sup> Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, *Direito das Telecomunicações e a ANATEL* in CARLOS ARI SUNDFELD (coord.), *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 303-304.

especial corresponde exatamente à autonomia reforçada de que gozam as Agências Reguladoras por expressa determinação legal.

O setor de telecomunicações foi o precursor do modelo de Agências Reguladoras no Brasil. Muito embora a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) tenha sido a primeira Agência Reguladora criada no Brasil, foi no âmbito do Ministério das Comunicações que o modelo regulatório estatal brasileiro foi concebido<sup>42</sup>. O desenho da futura Lei Geral de Telecomunicações (Lei n.º 9.472/97 – LGT) não serviria apenas para criar a autoridade reguladora do setor, mas traria os contornos institucionais e funcionais da regulação no Brasil<sup>43</sup>. A autonomia reforçada da ANATEL prevista na Constituição Federal com a Emenda Constitucional n.º 8/95 foi compreendida no regime autárquico especial, de seguinte conteúdo:

*“LGT, art. 8º, § 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por **independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira**”. Destacamos.*

As Agências Reguladoras são reconhecidas como independentes, o que nada mais corresponde que à autonomia reforçada que elas dispõem por expressa determinação legal. É a síntese do art. 9º da LGT: “[a] Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência”.

### 3.2. O regime especial de competências da Anatel na LGT

Para consecução das finalidades regulatórias em benefício de um serviço de telecomunicações mais acessível, isonômico e eficiente, o legislador incumbiu a ANATEL de desenvolver uma série de *competências regulatórias*, que estão definidas na LGT. Como analisado, a autonomia reforçada da ANATEL é fundamental ao exercício adequado de suas competências (art. 9º, LGT). O quadro abaixo sintetiza as competências da ANATEL segundo o art. 19 da LGT:

QUADRO DE COMPETÊNCIAS DA ANATEL (ART. 19, LGT)	
<b>Competência de implementação de políticas públicas setoriais</b>	I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações; III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III; XXX - rever, periodicamente, os planos enumerados nos incisos II e III do artigo anterior, submetendo-os, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, ao Presidente da República, para aprovação;
<b>Competência de representação institucional</b>	II - representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, sob a coordenação do Poder Executivo;

<sup>42</sup> Cf. CARLOS ARI SUNDFELD, *Meu Depoimento e Avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações* in *Revista de Direito da Informática e Telecomunicações*, vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, jan./jul. 2007, p. 56-58.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 60-62.

	XXXI - promover interação com administrações de telecomunicações dos países do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, com vistas à consecução de objetivos de interesse comum.
<b>Competência normativa</b>	IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público; X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; XIV - expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;
<b>Competência adjudicatória</b>	V - editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público; VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções; IX - editar atos de outorga e extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções; XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções; XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem; XXII - resolver quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos, bem como quanto à nomeação, exoneração e demissão de servidores, realizando os procedimentos necessários, na forma em que dispuser o regulamento;
<b>Competência de definição de política tarifária</b>	VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes;
<b>Competência de gestão de bens públicos</b>	VIII - administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas; XXIV - adquirir, administrar e alienar seus bens; XX - propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público;
<b>Competência certificadora</b>	XIII - expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;
<b>Competência cautelatória</b>	XV - realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência;
<b>Competência interpretativa e decisória</b>	XVI - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos; XXV - decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor;
<b>Competência de resolução de conflitos</b>	XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;
<b>Competência sancionatória</b>	XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários; XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;
<b>Competência orçamentária</b>	XXI - arrecadar e aplicar suas receitas;

	XXVI - formular ao Ministério das Comunicações proposta de orçamento;
<b>Competência de gestão administrativa</b>	XXII - resolver quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos, bem como quanto à nomeação, exoneração e demissão de servidores, realizando os procedimentos necessários, na forma em que dispuser o regulamento; XXIII - contratar pessoal por prazo determinado, de acordo com o disposto na <a href="#">Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993</a> ; XXVII - aprovar o seu regimento interno;
<b>Competência de divulgação de informações</b>	XXVIII - elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida nos termos do artigo anterior; XXIX - enviar o relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional;

Todas as competências regulatórias da ANATEL atribuídas pelo art. 19 da LGT são relevantes à disciplina do setor de telecomunicações e à adequada prestação dos serviços públicos para consecução das finalidades públicas setoriais. Dentre elas está o poder de “*reprimir infrações dos direitos dos usuários*” (art. 19, inc. XVIII, LGT).

A competência sancionatória corresponde à capacidade de aplicar sanções administrativa expressamente previstas em lei após comprovação da autoria e materialidade de infração regulatória em processo administrativo sancionador específico, respeitado o devido processo legal. As sanções do setor de telecomunicações estão taxativamente previstas no art. 173 da LGT, quais sejam: advertência, multa, suspensão temporária, caducidade e declaração de inidoneidade. A dosimetria da sanção deve necessariamente considerar a natureza e a gravidade da infração, os danos resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica (art. 176, LGT). O exercício da competência sancionatória pela ANATEL é atualmente disciplinado pela Resolução n.º 589, de 2012, que dispõe sobre o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas – RASA.

Outra competência relevante atribuída pela LGT à ANATEL corresponde à competência de resolução de conflitos, cabendo-lhe “*compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviços de telecomunicações*” (art. 19, inc. XVII, LGT). Trata-se de permissivo genérico ao emprego das técnicas de resolução de conflitos por composição, cujo conjunto informa o *alternative dispute resolution* – ADR. Uma leitura apressada pode levar à inadequada aplicação do preceito apenas aos conflitos envolvendo prestadoras de telecomunicações, comportando-se a ANATEL como uma mediadora para fins de arbitramento de interesses. Contudo, interessa à análise a competência de “*compor administrativamente conflitos*”, o que aponta para a permeabilidade regulatória pela consensualidade. Tem a ANATEL competência para exercício de técnicas consensuais de resolução de conflitos e de terminação consensual de processos, a exemplo a celebração de termo de ajustamento de conduta (TAC). Nessa linha, o art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) também confere suficiente competência à ANATEL para a celebração de TAC:

“Lei n.º 7.347/85, art. 5º, §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.* (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)”.

Atualmente o TAC no âmbito da ANATEL é disciplinado pela Resolução n.º 629, de 2013, conhecida no setor como *Regulamento do TAC – RTAC*. Trata-se de um **acordo substitutivo**, cuja funcionalidade é terminar consensualmente o processo administrativo sancionador, trazendo economia de tempo e recursos, por meio de *acordo* que vincule precipuamente ANATEL e regulado compromissário ao cumprimento de obrigações recíprocas para plena eficácia do pacto<sup>44</sup>. No âmbito da ANATEL, o TAC pode ser celebrado para evitar a instauração de Pado – diante de um auto de infração, por exemplo –, arquivar o processo sancionador ou substituir a decisão de multa recorrível. O mais relevante aspecto dos acordos substitutivos, do qual é exemplo o TAC da ANATEL, corresponde à terminação do processo por meio de um acordo, sem se verificar qualquer exercício unilateral de prerrogativas públicas por intermédio de atos administrativos.

O RTAC é fruto de aprofundado e longo trabalho de desenho do acordo administrativo, que tem a sua origem já nos debates sobre o então novo regulamento de sanções do setor que viria a substituir a Resolução n.º 344/2003. Na Consulta Pública n.º 847/2007, por exemplo, prestadoras de serviço público e associações de prestadoras apresentaram diversas manifestações para incluir o termo de ajustamento de conduta no futuro Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas<sup>45</sup>. A construção do RTAC resultou de robusto processo normativo<sup>46</sup> em que se verificaram autênticos debates públicos e diálogos institucionais, permeado por pareceres e dados técnicos<sup>47</sup>. Assim, a Consulta Pública n.º 13, versando sobre o TAC, foi realizada no ano de 2013. Foram quase dez anos de gestação do RTAC. Como resultado, o RTAC da ANATEL é a normativa mais avançada sobre acordos administrativos na Administração Pública brasileira. É notável o avanço da disciplina normativa do TAC na ANATEL frente aos demais acordos administrativos nos outros setores regulados que dispõe regulamentos específicos para celebração de termos de compromisso ou de termos de ajustamento de conduta<sup>48</sup>.

### 3.3. A derrogação lógica (parcial) da Lei nº 8.444/92 pela LGT

Na qualidade de Lei-Quadro das telecomunicações no Brasil, a Lei Geral de Telecomunicações traz as normas que se aplicam ao seu específico setor. É o que se depreende do art. 9º da LGT, que expressamente indica ser a LGT a **norma definidora da ANATEL e do exercício de suas competências**:

---

<sup>44</sup> “Os acordos substitutivos de actos administrativos são os que põem termo a um procedimento, em substituição de um acto administrativo com o mesmo conteúdo da perspectiva dos efeitos derivados do exercício do poder administrativo. Nestes casos, a regulação imperativa de uma determinada relação jurídico-administrativa é exclusivamente feita por via contratual, em detrimento da prática de um acto administrativo unilateral”. MARK BOBELA-MOTA KIRKBY, *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos. O exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*. Lisboa: Coimbra, 2011, p. 282.

<sup>45</sup> Cf. JULIANA BONACORSI DE PALMA, *Processo Regulatório Sancionador e Consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da ANATEL* in *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, vol. 8. Belo Horizonte: Fórum, jan./jun. 2010.

<sup>46</sup> Trata-se do Processo n.º 53500.016839/2012.

<sup>47</sup> Parecer n.º 1.071/2013/PFE-Anatel/PGF/AGU, de 6 de setembro de 2013, do Informe n.º 33/2013/COQL/SCO-PRRE/SPR, de 11 de outubro de 2013, e da Análise n.º 454/2013-GCRZ, de 22 de novembro de 2013.

<sup>48</sup> Para um panorama dos acordos administrativos nos setores regulados, cf. JULIANA BONACORSI DE PALMA, *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 187-257.

“LGT, art. 9º A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, **nos termos desta Lei**, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência”. Destacamos.

A LGT se caracteriza por ser uma lei ordinária federal de natureza especial, pois que destinada à disciplina do setor de telecomunicações. Editada no dia 16 de julho de 1997, a LGT é posterior à LOTCU, editada exatamente cinco anos antes, no dia 16 de julho de 1992. Sendo a LOTCU e a LGT leis com o mesmo status hierárquico – leis ordinárias –, aplica-se a regra de direito intertemporal de que a *lei posterior revoga a lei anterior* (art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – Decreto-Lei n.º 4.657/42). No caso prático, sendo a LGT posterior, as competências do TCU em face da ANATEL devem ser moduladas para se conformar ao novo regime de órgão regulador das telecomunicações.

Tanto a LGT quanto a LOTCU têm lastro constitucional, com competências decorrentes de modo direto da Constituição Federal<sup>49</sup>. No entanto, ao contrário da LGT, a LOTCU não tem natureza de lei especial. Suas normas são aplicáveis ao TCU e ao controle externo por ele praticado, que se aplica de modo geral a “*qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária*” (art. 70, *parágrafo único*, Constituição Federal). Em síntese, qualquer pessoa que lide com quantia pecuniária pública da União federal está submetida ao controle pelo TCU, independentemente da matéria envolvida. No caso da LGT, porém, a materialidade é bem definida: telecomunicações. Não por outra razão o art. 7º da LGT reforça a sua natureza de lei especial:

“LGT, art. 7º *As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei*”.

O art. 7º da LGT é claro em definir como *normas gerais* aquelas pertinentes à defesa da ordem econômica, que se aplicam independentemente da materialidade envolvida, e *normas especiais* aquelas relativas ao setor de telecomunicações. Na medida em que a *lei especial prevalece sobre a lei geral*, o referido preceito já aplica a regra de preponderância da lei especial sobre a lei geral, em caso de antinomia entre essas normas, prevalecerão as normas do setor de telecomunicações por serem elas especiais. O mesmo se passa com relação ao controle da ANATEL e de sua regulação, determinando a incidência preponderante da LGT, a Lei-Quadro do setor de telecomunicações, frente à LOTCU, de natureza geral.

### **3.4. Conclusão do tópico: a capacidade institucional da ANATEL para a regulação**

Há várias razões que justificam a competência privativa da ANATEL para exercer as atividades-fim no setor de telecomunicações.

---

<sup>49</sup> A Lei Geral de Telecomunicações decorre diretamente do art. 21, inc. XI, da Constituição Federal: “XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;”. Destacamos.

Como contrapartida à liberalização do setor de telecomunicações, seria instituída uma autoridade regulatória estatal com a finalidade de zelar pelo seu equilíbrio sistêmico e de promover o alcance das finalidades públicas regulatórias. Trata-se de função da mais profunda relevância, pois que o seu sucesso, ou fracasso, pode impactar significativamente na vida das pessoas, que hoje fazem uso maciço das telecomunicações, na atração de investimentos para o setor, bem como no incremento da qualidade técnica do serviço prestado. Assim, a regulação das telecomunicações não seria relegada a qualquer autoridade pública, uma simples autarquia. Entendeu-se à época que o *desenho institucional* da Agência associado à *procedimentalização* de suas competências garantiria o necessário equilíbrio entre autoridade regulatória e defesa de direitos e interesses econômicos. Por essa razão, a ANATEL foi minuciosamente modelada para o exercício das competências regulatórias, de modo que a instituição apresentasse essas principais características: independência, capacidade técnica, funcionamento em regime de colegiado, composição deste colegiado por dirigentes com diferentes visões sobre o setor, neutralidade da regulação para que ela seja livre de capturas e reputação institucional, assegurada por um processo de nomeação complexo envolvendo Executivo e Legislativo no qual se averigue a expertise técnica e reputação ilibada do indicado.

Esses pressupostos foram positivados na LGT em diversos de seus preceitos<sup>50</sup>. Tanto assim é que o art. 9º é categórico em afirmar que a “*Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência*” (destacamos). O que se evidencia ao longo do texto legal da LGT é uma sucessão de prerrogativas, atributos, sujeições e preferências que terminam por conferir à Agência a **capacidade institucional** necessária para regular o setor de telecomunicações.

A independência é assegurada, por exemplo, quando a LGT assegura as autonomias administrativa, financeira e orçamentária à ANATEL e expressamente determina a “*ausência de subordinação hierárquica*”<sup>51</sup>. Relevante é o artigo 23 da LGT<sup>52</sup>:

LGT, art. 23. “*Os conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal*”.

Neste preceito podemos evidenciar que a ANATEL é comandada por dirigentes com características específicas que favorecem uma regulação técnica e desinteressada. Ademais, o processo de nomeação deles é mais robusto, não se confundindo com a

---

<sup>50</sup> Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, *Direito das Telecomunicações e a ANATEL* in CARLOS ARI SUNDFELD (coord.), *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 306-308.

<sup>51</sup> Cf. art. 8º, § 2º, da LGT: “[a] natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”.

<sup>52</sup> Preceito equivalente é reproduzido na Lei n.º 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras federais. Art. 5º. “*O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal*”.

nomeação de um dirigente de autarquia comum, mais simples exatamente porque pode ser demitido *ad nutum*. Uma vez que os Conselheiros da ANATEL exercem mandato e eles tomarão deliberações públicas da mais alta importância, foi previsto um processo especial de nomeação que passa pela indicação pelo Presidente da República, sabatina de escrutínio do Senado Federal (tanto na Comissão de Infraestrutura quanto no Plenário) e posterior nomeação presidencial, se aprovado no Senado Federal.

Sem a pretensão de indicar à exaustão as prerrogativas necessárias ao exercício das competências regulatórias a que faz alusão o art. 9º da LGT, convém indicar os seguintes instrumentos: (i) tomada de decisão regulatória de primeira grandeza por um Colegiado; (ii) exercício de mandato pelos Conselheiros; (iii) dever de realizar consulta pública em seus processos normativos<sup>53</sup>; (iv) garantia de independência administrativa e autonomia financeira, orçamentária e patrimonial; (v) dever de publicidade das decisões regulatórias, ressalvados os casos de sigilo; (vi) dever de motivação dos atos regulatórios; (vii) indicação de impedimentos aos conselheiros; (viii) previsão de quarentena; (ix) dever de realização de processo administrativo, com instância recursal administrativa; (x) delimitação de parâmetros em matéria sancionatória; (xi) previsão dos princípios setoriais específicos a conduzir a deliberação da Agência; (xii) dever de tomada de decisão técnica; (xiii)

Nessa linha, é oportuno indicar todo o regime de normas regulatórias que foram construídas ao longo de 20 anos e o acúmulo de experiência institucional, fundamentais ao desenho de processos e à tomada de decisão mais eficiente. Some-se a isso a introdução de instrumentos específicos de governança regulatória em sintonia com os debates mais avançados em regulação, como a agenda regulatória, as análises de impacto regulatório e os acordos substitutivos de sanção. O Regimento Interno da ANATEL ao lado das diversas Resoluções – muitas delas já revisitadas e aprimoradas – participam da construção da capacidade institucional da ANATEL para o exercício das competências regulatórias.

Temerário, portanto, o deslocamento de competências regulatórias da ANATEL para o TCU. Primeiramente, a avocação de competência regulatória pelo TCU com base em princípios e conceitos jurídicos indeterminados – e não com base em regra expressa – afronta diretamente a LGT, que confere competências regulatórias privativas à ANATEL e a reconhece como instância decisória final em matéria de telecomunicações. Porém, é o fato de o TCU não ter sido concebido para exercer competências regulatórias que, de fato, causa legítimas preocupações. O TCU **não dispõe da capacidade institucional necessária para exercer competências regulatórias**. Tanto a Constituição Federal quanto a LOTCU estruturaram um TCU voltado ao **controle externo**, e não ao exercício de atividades-fim regulatórias. As mais relevantes prerrogativas necessárias ao exercício de competências regulatórias (art. 9º da LGT) não estão previstas nas normas que estruturam o TCU. Ainda que bem-intencionado, o TCU pode terminar por causar impactos adversos no setor de telecomunicações, majorar custos negociais, potencializar a insegurança jurídica e, o pior, deixar o setor desregulado na medida em que regulados e usuários não saberão qual comando seguir: o da Agência Reguladora ou o do TCU.

Pode-se argumentar no sentido de que a unidade técnica dispõe da *expertise técnica* necessária para analisar o conteúdo da regulação. Esta é uma **afirmação falaciosa**. Por

---

53 Cf. art. 42 da LGT.

mais que um conjunto de servidores receba treinamento para lidar com assuntos regulatórios, fato é que eles não estão **vivenciando o específico setor em que a regulação é praticada**. Há uma expertise que não vem dos livros, mas que somente pode ser alcançada pela experiência concreta com a passagem dos anos que familiarizam seus interlocutores aos mais sofisticados desafios do setor. Os auditores e técnicos da unidade técnica do TCU interagem pontualmente com o setor, de um *ponto de vista externo*, como próprio da função do controlador. Esses sujeitos não estão na linha de frente regulatória e, assim, perdem relevantíssimas informações que dinamizam o setor, como a criação de novas técnicas, cujo debate ainda esteja restrito aos seus pares, e diálogos de bastidores. A expertise técnica do TCU é, assim, meramente *relativa* – falta a vivência setorial, a relação direta com o mercado e seus atores, a familiaridade com os assuntos que só tem aquele que está imerso neste universo setorial. Não se quer aqui tecer qualquer crítica à capacidade de aprendizado dos técnicos e auditores do TCU, mas apenas reforçar que a inata posição de controlador impede o pleno desenvolvimento da expertise técnica necessária ao exercício das competências regulatórias. Substituir a decisão técnica da ANATEL por uma pretensa decisão técnica do TCU é subverter a lógica da LGT.

Como se isso não bastasse, reforça-se o domínio da interpretação das normas de telecomunicações pela ANATEL, conforme o art. 19, inc. XVI, da LGT:

LGT, art. 19, inc. XVI – “*deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos*”.

O exercício de competências regulatórias requer necessariamente a interpretação das normas que informam o setor regulado, pois este é eminentemente um trabalho de aplicação de instrumentos regulatórios definidos em norma à situação concreta. No exemplo da atividade sancionadora, por exemplo, cabe à autoridade reguladora analisar os desdobramentos do caso concreto, buscando a autoridade e a materialidade que permitam caracterizar a tipicidade da conduta questionada em uma das infrações definidas em norma ou contrato. Esta é uma interpretação eminentemente técnica na medida em que também são técnicas as hipóteses de infração administrativa em telecomunicações, a exemplo da infração de uso de interconexão para encaminhamento de chamadas com dados falseados, segundo o Regulamento de Remuneração pelo Uso de Redes de Prestadoras de STFC (art. 17). Estamos, aqui, no campo da discricionariedade técnica, que a doutrina brasileira mais tradicional reconhecer ser um espaço próprio da Administração Pública. No caso das telecomunicações, porém, o argumento é mais forte na medida em que a atividade de interpretação das normas de telecomunicações é atribuição exclusiva da ANATEL.

#### **4. O controle jurisdicional do mérito administrativo**

Fatores históricos brasileiros atrelados ao trauma de ditaduras e à corrupção explicam o fortalecimento do controle externo da Administração Pública<sup>54</sup>. No campo legislativo, desde a redemocratização foram crescentemente criados novos mecanismos processuais de judicialização de atos e contratos administrativos, como investida para aumentar o

---

<sup>54</sup> Cf. CARLOS ARI SUNDFELD, *Direito Administrativo para Céticos*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 74 e ss.

controle da Administração pelo Judiciário. São exemplos a ação civil pública (Lei 7.347/85) e a ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/92). Também podem ser mencionadas as normativas editadas para atualizar e fortalecer o manejo de tradicionais instrumentos processuais de controle da Administração, como o mandado de segurança (Lei 12.016/2009) e o *habeas data* (Lei 9.507/97).

Também a teoria do Direito Administrativo se desenvolveu quanto às teses de controle judicial da Administração Pública, em grande parte pela incorporação de leituras doutrinárias estrangeiras<sup>55</sup>. A tese da rígida separação de Poderes foi matizada pela leitura da *insindicabilidade do mérito administrativo*, pela qual ao Judiciário é interdita a revisão do mérito administrativo. Partindo do pressuposto de que o Legislador confere margem de liberdade para a Administração analisar a oportunidade e a conveniência de um determinado exercício de competência, o conteúdo final da decisão administrativa seria uma atribuição reservada à Administração. Ao Judiciário caberia tão somente o exame da *legalidade*, e não do mérito. Por esta razão, outras teorias de controle foram desenvolvidas para ampliar os espaços de legalidade e reduzir a dimensão do mérito, como a *teoria dos elementos do ato administrativo*, a *teoria dos motivos determinantes* e o *desvio de finalidade*. O maior recurso aos princípios nos dias de hoje faz colocar em xeque a própria noção de mérito administrativo, tamanha a amplitude do controle jurisdicional.

Todavia, é fato que o controle jurisdicional se ampliou?

Responder a essa pergunta demanda pesquisas empíricas, que aos poucos são produzidas no Brasil. No geral, elas apontam para o fato de que nem mesmo a jurisdição judiciária tem tal desabrida pretensão de controlar o mérito das decisões administrativas, e menos ainda as regulatórias.

#### **4.1. Revisão de mérito do ato administrativo**

O tema do controle jurisdicional do ato administrativo, que configura um dos tópicos mais relevantes da teoria do Direito Administrativo, tradicionalmente toma como ponto de partida a diferenciação entre vinculação e discricionariedade. Os atos administrativos vinculados, exatamente por traduzirem a única solução jurídica já tomada em lei, seriam plenamente controláveis pelo Poder Judiciário. Por sua vez, a discricionariedade pressupõe o exame de oportunidade e de conveniência pela autoridade pública competente. Isso porque, nos casos de discricionariedade, admite-se mais de uma solução jurídica para essa dada situação concreta, seja porque a própria lei confere um leque de opções – a exemplo das sanções previstas no art. 173 da LGT – ou porque a inerente abertura semântica ou estrutural da norma enseja diferentes alternativas decisórias, todas admitidas pelo Direito.

Os atos administrativos discricionários são caracterizados pelo conteúdo decisório informado no *mérito administrativo*. Os atos discricionários apenas admitiriam o controle de seus elementos vinculados desse ato, como a competência predefinida em lei ou a formalização específica determinada por um dado regulamento. O mérito do ato

---

<sup>55</sup> Para uma análise mais aprofundada do desenvolvimento do controle judicial, cf. GUSTAVO BINENBOJM, *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 143 e ss.

discricionário seria *insindicável* e, assim, ao Poder Judiciário seria defesa e sua revisão do mérito. Toda essa construção teórica se presta a resguardar o espaço de deliberação e de interpretação da Administração Pública. Entende-se que haveria verdadeiro desrespeito ao princípio da separação de Poderes insculpido na Constituição Federal se o mérito do ato administrativo pudesse ser examinado pelo Judiciário e, eventualmente, se a decisão judicial pudesse substituir a decisão administrativa final.

O STF tem vasta jurisprudência no sentido de que o controle judicial do mérito administrativo afronta o princípio da separação de Poderes e entendimento sedimentado no sentido de que o exame de legalidade e de abusividade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não violam a separação de Poderes na medida em que não envolvem a apreciação do mérito administrativo<sup>56 57</sup>. Nesse sentido, mostra-se útil a transcrição da síntese dessa jurisprudência pelo MIN. LUIZ FUX:

*“a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o exame da legalidade e abusividade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não implica violação ao princípio da separação dos Poderes, porquanto não se trata, nessas hipóteses, de análise das circunstâncias que circunscrevem ao mérito administrativo”<sup>58</sup>.*

É sólida a orientação do Supremo de cautela do Judiciário em rever o mérito administrativo. A margem de livre apreciação e convicção da autoridade administrativa é tutelada pelo Direito e assim tem reafirmado o STF em suas sucessivas decisões envolvendo o controle judicial da Administração Pública. O mais recente debate jurisprudencial sobre os fundamentos e os limites ao controle das decisões administrativas se deu na Repercussão Geral do RE 632.853/CE, com mérito julgado no dia 23 de abril de 2015. O precedente é tido pelos Ministros como autêntico *leading case*<sup>59</sup> e firmou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 485): **“os critérios adotados pela banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário”**.

No caso concreto, juiz reexaminou as questões impugnadas de prova de múltipla escolha de concurso público para cargo de enfermeiro na Secretaria de Saúde do Estado de Ceará sob o argumento de que elas possuiriam mais de uma alternativa correta, considerando leis federais, conceitos oficiais do Ministério da Saúde e da ANVISA, bem como manuais técnicos de enfermagem e da doutrina indicada no edital do certame. Vencido o MIN. MARCO AURÉLIO, a maioria do Plenário do STF entendeu pela inconstitucionalidade de o Judiciário substituir a banca examinadora para, assim, interpretar e avaliar o conteúdo das questões de prova, o que está compreendido no conceito de *mérito administrativo*.

---

<sup>56</sup> Cf. ARE 866.620/RJ.

<sup>57</sup> Nesse sentido, cf. RE 629.574/AgR; AI 805.121-AgR; e ARE 702.933-AgR; ARE 831.211-AgR; e SL 885/RJ.

<sup>58</sup> Cf. ARE 926.687/AC.

<sup>59</sup> “(...) a questão jurídica específica ao presente recurso extraordinário diz respeito aos limites e às possibilidades de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o mérito das questões de concurso público. O pano de fundo, porém, é mais geral e tem que ver com as próprias fronteiras da intervenção judicial sobre os atos administrativos, controversia essa que contrapõe os valores constitucionais sensíveis como a Separação de Poderes (CRFB, art. 2º) e a inafastabilidade da tutela jurisdicional (CRFB, art. 5º, XXXV), Destarte, muito embora voltado a questão pontual e específica, o presente julgamento – sobretudo suas premissas teóricas (ratio decidendi) – projeta-se para muito além e servirá para demarcar dos campos de atuação judicial e administrativa”. Voto do MIN. LUIZ FUX no RE 632.853/CE.

Alguns argumentos dos mais significativos no atual debate teórico sobre o controle judicial dos atos administrativos foram analisados pelos Ministros. Primeiramente, a questão da *capacidade institucional* colocou em xeque a *expertise técnica* do Judiciário para se posicionar sobre assuntos eminentemente técnicos, como a enfermagem. O MIN. TEORI ZAVASCKI não apenas entendeu pela ausência de capacidade institucional para rever as questões do concurso público, como também consignou que os peritos não poderiam fazer esse trabalho de capacitação técnica em favor do julgador, o que inclusive seria ilegal por ofensa ao “*princípio do edital*”, aqui compreendido como a regra de competência para a tomada de decisões administrativas:

“Não se pode dizer que o Judiciário seja um especialista na área de enfermagem. Ele vai depender necessariamente de outros especialistas. Em outras palavras, o juiz vai substituir a banca examinadora por uma pessoa da sua escolha, e isso deturpa o princípio do edital”<sup>60</sup>.

Ao enfrentar o “*dilema do controle judicial da Administração Pública*”, o MIN. LUIZ FUX busca o ponto de equilíbrio ótimo entre o exercício de prerrogativas de controle dos atos estatais e a separação de Poderes pela diferenciação da coexistência entre duas teorias de controle aparentemente contraditórias: a teoria da insindicabilidade do mérito administrativo e a juridicidade administrativa. Pela juridicidade administrativa, a Administração Pública se vincula ao bloco de juridicidade matizado pela Constituição Federal em diferentes graus conforme a *densidade normativa*. Para o MIN. LUIZ FUX, o grau de vinculação da Administração à juridicidade determina um maior, ou menor, controle judicial de suas decisões, a depender do “*peso das normas*”. Assim, enquanto os princípios predicam um controle judicial mais constricto, as regras viabilizam um controle judicial mais robusto<sup>61</sup>.

No entanto, pela insindicabilidade administrativa, porém, o mérito administrativo se configuraria autêntica reserva de administração, excepcionados os elementos vinculados. Assim, no caso concreto, o MIN. LUIZ FUX entendeu que o Judiciário adentrou em espaço próprio da Administração Pública porque *interpretou* a doutrina prevista no edital para avaliar o acerto das questões do certame. Apenas em duas situações o controle judicial da *decisão administrativa* poderia se verificar, segundo o Ministro: (i) no caso de questões evidentemente teratológicas ou (ii) quando flagrantemente incompatíveis com as regras do edital. Ao final de seu voto, o MIN. LUIZ FUX apresenta a minuta de tese de repercussão geral abaixo transcrita:

“O controle jurisdicional de questões de concurso público é admitido *prima facie* como corolário da garantia constitucional da

---

<sup>60</sup> “Voto do MIN. TEORI ZAVASCKI no RE 632.853/CE. Esse entendimento foi acompanhado pela MIN. ROSA WEBER, para quem “*não cabe ao Judiciário se substituir à banca examinadora no controle do mérito propriamente do ato administrativo, e que há, sim, de o exame se fazer, do meu ponto de vista – como agora destacou também o Ministro Teori Zavascki –, de forma minimalista*”. Nessa linha, o Min. Luiz Fux compreende que a necessária separação de Poderes, que baliza o controle judicial da Administração Pública, tem outra importante razão de ser para além da racionalização do emprego do poder em um Estado de Direito: “*a separação de poderes responde a um imperativo de eficiência administrativa, pugnado pela especialização funcional. Ao dividir as atribuições do Estado e alocá-las a órgãos distintos com competências particulares, estimula-se o refinamento técnico e o aperfeiçoamento profissional*”.

<sup>61</sup> “O controle judicial via princípios constitucionais deve ser exercido com extrema cautela, haja vista a baixa densidade semântica do programa normativo e especificidade técnica dos temas versados em diferentes concursos públicos; o controle judicial exercido com base em regras, porém, autoriza uma intervenção mais incisiva do Poder Judiciário, sobretudo se tais regras estiverem previstas no Edital, ‘lei interna’ do concurso público”. Voto do MIN. LUIZ FUX no RE 632.853/CE.

*inafastabilidade da tutela judicial efetiva (CRFB, art. 5º, XXXV), sendo certo, porém, que a densidade da intervenção judicial dependerá, em cada caso, do maior ou do menor grau de vinculação da Administração Pública à juridicidade, em respeito ao postulado da separação de Poderes (CRFB, art. 2º). Em todo caso, não compete ao Poder Judiciário interpretar a doutrina prevista no edital para avaliar o acerto das questões formuladas pela banca examinadora, reservando-se a anular questões evidentemente teratológicas ou flagrantemente incompatíveis com o conteúdo previsto no Edital”<sup>62</sup>.*

O grande valor do RE 632.853/CE analisado não está propriamente no aprimoramento da jurisprudência sobre os concursos públicos, a despeito de sua abrangência e impactos orçamentários. Trata-se de evidenciar que, nesta oportunidade, o Supremo **receptionou a teoria da deferência administrativa**. Ao analisar a Constituição brasileira e as especificidades de um caso concreto representativo dos conflitos de direito administrativo na burocracia brasileira, o STF termina por construir um **teste de deferência brasileiro**, que pode ser assim sintetizado: *o Judiciário deve prestar deferência à interpretação administrativa razoável alcançada no curso de processo administrativo em que tenha sido observado o devido processo legal*.

A deferência brasileira construída pelo Supremo parte de pressupostos bem definidos: (1) em abstrato, o controle judicial é sempre admitido em função da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF); (2) o controle jurisdicional não é ilimitado, considerando a separação de Poderes (art. 2º, CF); (3) a Administração Pública interpreta, e esta interpretação tem preferência à interpretação judicial em razão da especialização de funções e da regra de competência; (4) em casos de baixa densidade normativa, ensejadas essencialmente pela fundamentação com base em princípios, o mérito administrativo não pode, *a princípio*, ser revisto pelo Judiciário; (5) porém, o mérito poderá ser revisto pontualmente nos casos em que a interpretação administrativa não puder decorrer logicamente das normas e dos fatos em subsunção; (6) em qualquer caso, sempre cabível o controle do ato administrativo tendo em vista o seu correspondente processo administrativo.

O desenho da deferência brasileira reconhece, portanto, o mérito administrativo e o resguarda da revisão judicial para prestigiar a separação de Poderes. No RE 632.853/CE há longos debates sobre a impossibilidade de o Judiciário substituir a banca examinadora, ou seja, a autoridade administrativa competente. Isso não significa, na visão do STF, que qualquer conteúdo do ato discricionário seja válido. Se o mérito corresponde a um livre espaço de análise subjetiva com base nos critérios de oportunidade e conveniência, esta liberdade não é absoluta. Primeiramente, a interpretação que conduziu à tomada de decisão administrativa não pode ser absurda, desconectada, ilógica ou desarrazoada às normas e às situações concretas. Por essa razão o STF decidiu que questões teratológicas em concurso público podem ser revistas pelo Judiciário. Nessa linha, o processo administrativo também deve ser considerado na conformação da decisão administrativa final; do contrário, o valor do processo administrativo se esvazia por completo. Não pode a autoridade administrativa simplesmente desconsiderar as provas deduzidas no processo, os fatos narrados, eventuais debates de audiências e de consultas públicas, pareceres técnicos e jurídicos e motivação para tomar uma decisão incompatível com seu processo. Isso explica a posição do STF em rechaçar questões de prova de concurso público que

---

62 Voto do MIN. LUIZ FUX no RE 632.853/CE.

não guardem pertinência com o edital, o ato inaugural do processo competitivo de seleção pública.

Em suma, **havendo margem de liberdade para a tomada de decisão discricionária pela Administração Pública, seu mérito não pode ser revisto salvo se absolutamente incompatível com as normas jurídicas ou com o seu correspondente processo administrativo ou, ainda, se este processo administrativo não obedecer seu devido processo legal.** Vale enfatizar que o caso foi decidido com base em caso concreto cujo controle judicial foi orientado pela aplicação de princípios (legalidade, razoabilidade e moralidade), sem a invocação de regras.

#### 4.2. Deferência pelo Poder Judiciário às decisões das agências reguladoras

Analisamos que recentemente o STF sedimentou o teste brasileiro de deferência judicial às decisões tomadas pela Administração Pública no *leading case* RE 632.853/CE, pelo qual o mérito administrativo apenas pode ser revisto pelo Poder Judiciário nos casos de absoluta incompatibilidade entre a interpretação dada e a subsunção ou se o processo administrativo for desconsiderado, no todo ou em parte, da delimitação do ato discricionário final. Outra relevante questão corresponde em analisar o comportamento judicial no controle dos atos regulatórios das Agências Reguladoras. Em uma pergunta: o Judiciário revisa as decisões de regulação tomadas pelas Agências Reguladoras?

A primeira pesquisa empírica sobre a pergunta foi desenvolvida por JULIANA PALMA, DANIEL WANG e DANIEL COLOMBO, em que se analisou 321 decisões judiciais – todas envolvendo atos regulatórios da ANP, ANATEL, ANTT, ANEEL, ANTAQ e ANAC – proferidas pelos Tribunais Regionais Federais brasileiros, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal até o ano de 2010<sup>63</sup>. Denominaremos esta como a *Pesquisa da FGV Direito SP*. A pesquisa *Inter-Relações entre o Processo Administrativo e o Judicial sob a Perspectiva da Segurança Jurídica no Plano da Concorrência Econômica e da Eficácia da Regulação Pública*, encomendada pelo CNJ, coordenada por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO e PAULO FURQUIM DE AZEVEDO, também traz importantes subsídios empíricos acerca do controle judicial da regulação<sup>64</sup>. Esta será a *Pesquisa CNJ*.

Após a descrição do cenário de judicialização<sup>65</sup>, a Pesquisa da FGV Direito SP apresenta dados quantitativos sobre a revisão judicial dos atos das Agências Reguladoras, a qual de fato se verificou em apenas **19%** dos casos. Considerando os tipos de atos, a fiscalização e a sanção são os mais revisados (43%), seguido por autorização (20%) e atos normativos (16%). Também se constatou que a primeira instância tende a ser mais “ativista” que a

---

<sup>63</sup> Cf. JULIANA PALMA, DANIEL WANG e DANIEL COLOMBO, *Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira* in MARIO GOMES SCHAPIRO (coord.), *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>64</sup> Disponível em: <http://www.niajajuris.org.br/images/documentos/rfusp.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2017.

<sup>65</sup> Com relação à judicialização da regulação, os autores constataram que a ANP é a Agência Reguladora cujos atos são mais judicializados (72,6%), seguida pela ANATEL (17,4%), ANTT (5,6%), ANEEL (3,4%), ANTAQ (0,6%) e ANAC (0,3%). O ato regulatório mais judicializado é o ato normativo (65%), seguido por atos de fiscalização ou sancionatórios (27%) e autorização (5%). Em regra, o litígio se estabelece entre Agência Reguladora e empresa regulada, totalizando 96% dos casos. *Idem*, p. 281 e ss.

segunda instância no que tange à revisão dos atos regulatórios das Agências. Houve revisão de 43% das decisões dos juízes de primeiro grau, sendo 75% destas reformas voltadas à preservação dos atos das Agências Reguladoras. Os números sugerem que a segunda instância tende a ser mais deferente às decisões regulatórias. Em termos de argumentação, legalidade, competência e princípios foram utilizados na maior parte das vezes para tanto manter quanto revistar os atos das Agências Reguladoras. Este dado foi confirmado e sofisticado pela Pesquisa do CNJ, que constatou o grande número médio de mudanças de *status* por caso, entre liminares, decisões interlocutórias e decisões finais<sup>66</sup>. O denominado *indicador de incerteza jurídica* aponta para a menor deferência das varas de primeira instância aos atos regulatórios das Agências Reguladoras<sup>67</sup>.

Outra importante constatação da Pesquisa da FGV Direito SP diz respeito à fundamentação do *ônus da competência*<sup>68</sup>, ou seja, à apresentação pelo julgador dos pressupostos jurídicos que o legitimariam a analisar a legalidade de um determinado ato regulatório. A base da deferência judicial às decisões administrativas está exatamente no reconhecimento do espaço decisório das Administração Pública, ao qual o Judiciário não pode se imiscuir. Em situações como essas, o Judiciário simplesmente não analisa o mérito da decisão administrativa, sem invocar qualquer razão para este comportamento de deferência, ou aduz algum argumento para justificar a sua legitimidade para proceder à revisão do ato administrativo. No caso dos atos das Agências Reguladoras, constatou-se que em apenas 20 casos os julgadores acataram o ônus da competência e, para manutenção dos atos regulatórios e apresentaram argumentos para justificar a ilegitimidade da revisão judicial: delegação de competência para as Agências Reguladoras regularem, ilegitimidade do Poder Judiciário, especialidade técnica, discricionariedade, previsibilidade e segurança jurídica, separação de Poderes e qualidade do serviço público<sup>69</sup>.

Muito embora haja argumentos de ordem geral que poderiam facilmente estarem presentes em qualquer discussão sobre o controle judicial da Administração Pública, como o princípio da separação de Poderes, há outros argumentos que são específicos à situação concreta de ter a Agência Reguladora como produtora do ato questionado. Assim, mencione-se a delegação de competência regulatória, a especialização técnica e a qualidade do serviço público regulado pela Agência Reguladora, e não pelo Judiciário. Isso demonstra que o Judiciário é *sensível ao papel institucional das Agências Reguladoras no Brasil*. Ao não as relegar ao lugar comum das autarquias, o Judiciário respalda as competências regulatórias, bem como a autonomia interpretativa e decisória das Agências Reguladoras. Em análise sobre o cenário de deferência judicial às decisões regulatórias das Agências, JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO afirma que:

---

<sup>66</sup> TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO e PAULO FURQUIM DE AZEVEDO (coord.), *Inter-Relações entre o Processo Administrativo e o Judicial sob a Perspectiva da Segurança Jurídica no Plano da Concorrência Econômica e da Eficácia da Regulação Pública*, 2010, p. 159.

<sup>67</sup> Por critério de indicador de incerteza jurídica, temos a seguinte ordem de insegurança jurídica por Agência Reguladora: ANAC (2,69); ANVISA (2,53); ANA (1,49); ANATQ (1,16); ANEEL (0,98); CADE (0,80); ANTT (0,59); ANCINE (0,57); ANS (0,55); ANATEL (0,38); ANP (0,23); e CVM (0,14). *Idem*, p. 164.

<sup>68</sup> CARLOS ARI SUNDFELD, *Direito Administrativo para Céticos*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 225.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 301.

“(…) podemos adicionar uma consideração qualitativa sobre essas decisões, especialmente nos tribunais superiores, que frequentemente enfatizam a “complexidade” ou o “caráter estritamente técnico” dos entes públicos autônomos. Isto é, o Judiciário demonstra uma grande deferência e hesitação em supervisionar o aspecto material das decisões das agências regulatórias”<sup>70</sup>.

O que explica esse panorama jurisprudencial é a conferência de valor à noção de mérito administrativo pelo Judiciário, como destacado na Pesquisa da FGV Direito SP:

“Cabe ressaltar que em diversos casos, ainda que o julgador não se considere capaz ou legítimo para analisar o ato da Agência Reguladora, ele efetivamente o faz, o que pode ser explicado pelo entendimento explícito entre alguns magistrados de que é possível uma diferenciação entre legalidade e mérito. Por essa perspectiva, não haveria uma contradição no julgamento em dizer que não cabe ao Judiciário analisar o ato e, concomitantemente, fazer uma análise de legalidade. Embora entendamos que a diferenciação entre mérito e legalidade seja cada vez mais tênue, a argumentação continua tendo consistência”<sup>71</sup>.

Ao se debruçar sobre os dados gerados pela Pesquisa do CNJ e desenvolver pesquisa empírica própria de entrevistas, JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO aponta para as distorções geradas pela judicialização dos atos regulatórios brasileiros, que se caracteriza pela alta taxa de deferência judicial ao final do processo, mas também por um elevado indicador de incerteza jurídica e substancial morosidade<sup>72</sup>: (i) significativos custos envolvidos na judicialização, tanto para a Agência quanto para a empresa regulada, incluindo os custos de oportunidade; e (ii) oportunismo por parte de empresas reguladas, que podem ver na judicialização uma alternativa estratégica para retardar a incidência de uma norma regulatória contrária aos seus interesses<sup>73</sup>.

Há um debate em curso, qualificado com estudos empíricos, sobre a abrangência e os limites ao controle judicial da regulação proveniente das Agências Reguladoras. O que se tem constatado é uma alta deferência judicial à decisão regulatória, especialmente pela segunda instância e pelos Tribunais superiores<sup>74</sup>, assim como problemas de capacidade

---

<sup>70</sup> Cf. *A Revisão Judicial de Decisões das Agências Regulatórias: jurisdição exclusiva* in MARIANA MOTA PRADO (org.), *O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 25.

<sup>71</sup> *Idem*, p. 302.

<sup>72</sup> *Idem*, p. 30 e ss.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 29. Para o autor, a *morosidade* é explicada pela (i) complexidade dos casos regulatórios e os incentivos – inadequados, diga-se de passagem, como as metas de produtividade – para os juízes priorizarem os casos mais simples; (ii) tempo de preparação dos laudos periciais, agravado pela ausência de engenheiros e técnicos especializados entre seus assessores; (iii) questões sobre o escopo da revisão judicial; e (iv) disputas de competência jurisdicional, especialmente de natureza federativa. *Idem*, p. 30 e ss. Por sua vez, a *incerteza jurídica* relacionada ao controle jurisdicional de atos regulatórios das Agências deve-se (i) à falta de diretrizes claras para concessão de liminares; (ii) o complexo sistema recursal brasileiro que permite a discussão de uma mesma questão no mesmo processo repetidas vezes; (iii) multiplicidade de ações judiciais discutindo a mesma matéria; e (iv) disputas sobre o escopo da revisão judicial. *Idem*, p. 34 e ss.

<sup>74</sup> Ao analisar casos do Superior Tribunal de Justiça em telefonia, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO assim se posiciona: “[e]merge desse contexto a deferência que os tribunais superiores têm tido no trato dos temas regulatórios, buscando resguardar as competências das autoridades reguladoras e reconhecendo a legitimidade de suas decisões, tomadas no âmbito de suas competências, dentro da moldura fixada pelo legislador ao editar a lei geral do setor. Trata-se, de resto, de princípio encontrável no direito comparado e que vem se firmando no direito brasileiro, inclusive como consectário do princípio da separação dos

institucional na judicialização de assuntos de natureza eminentemente técnica. O Judiciário não apenas mantém a grande maior parte da regulação das Agências Reguladoras, mas sinaliza que o espaço decisório de assuntos técnicos compreendidos nas mais diversas competências regulatórias é próprio das Agências Reguladoras.

#### **4.3. Abrangência e limites ao controle das decisões regulatórias da ANATEL pelo TCU: regime bipartido de controle**

No relacionamento institucional entre Tribunais de Contas e Agências Reguladoras, dois pressupostos devem ser tomados. Primeiro, os Tribunais de Contas detêm competência constitucional para controlar as Agências Reguladoras na medida em que estas recebem e gerenciam recursos públicos. Segundo, as Agências Reguladoras são dotadas de autonomia reforçada, gozando de autonomia administrativa, financeira, orçamentária, patrimonial e plena independência quanto ao exercício de suas competências regulatórias – tanto é assim que a LGT conferiu exclusivamente à ANATEL o poder decisório final em matéria de telecomunicações, incluindo o monopólio interpretativo das regras do setor. O atributo da independência das Agências Reguladoras e sua legislação especial predicam o desenho de diálogos institucionais em consonância com as suas regras especiais. Assim, como compatibilizar esses pressupostos aparentemente contraditórios de que os Tribunais de Contas controlam as Agências Reguladoras, mas as Agências Reguladoras gozam de prerrogativas institucionais e de regime que limitam sobremaneira o controle pelos Tribunais de Contas?

É no reconhecimento de um **regime bipartido de controle** que se procede a harmonização entre controle das Agências Reguladoras pelos Tribunais de Contas e regime jurídico especial das Agências. Isso significa que **os Tribunais de Contas controlam as Agências Reguladoras apenas quanto às suas atividades-meio, reservando as atividades-fim à esfera decisória exclusiva das Agências Reguladoras.**

##### *4.3.1. O controle de atividade-meio (gestão) com modulação*

Ainda que submetidas a um regime especial, as Agências Reguladoras foram concebidas como *autarquias de direito público*, autênticos entes da Administração Indireta. Quando da concepção das Agências Reguladoras no Brasil, entendeu-se adequado revesti-las de um formato institucional suficientemente adequado para o exercício de poderes públicos com significativas margens de autonomia. Dentre as opções institucionais em uso no Brasil, a autarquia foi o modelo de gestão preferido na medida em que o seu regime de direito público determina uma série de sujeições que resguardam direitos individuais. Por outro lado, as autarquias já dispõem de certa margem de autonomia e há farta experiência de autarquias que exercem poder de polícia.

Consequência direta da formalização das Agências Reguladoras como autarquias é a aplicação do *regime autárquico típico* a elas, ressalvadas as *derrogações* previstas em lei

---

*poderes, segundo o qual as decisões administrativas que impliquem escolhas, desde que tomadas no âmbito de competências legitimamente atribuídas à autoridade administrativa, não podem ser objeto de revisão pelo Poder Judiciário*”. As Ações do Ministério Público em Matéria de Regulação e a Importância dos Instrumentos Consensuais in *Interesse Público*, vol. 75. Belo Horizonte: Fórum, set./out. 2012, p. 45.

especial, notadamente suas leis de criação. Desse modo, os Tribunais de Contas têm competência para controlar as **atividades-meio** das Agência Reguladora, que compreendem as suas **atividades de gestão**.

Para de fato funcionarem, as Agências Reguladoras precisam efetivar diversas atividades intermediárias que viabilizam o desenvolvimento de suas atividades-fim. Desse modo, a Agência Reguladora necessita realizar concursos públicos para contratação de pessoal qualificado para concretizar as decisões regulatórias tomadas por seu colegiado, a exemplo dos agentes de fiscalização e dos técnicos de regulação. Igualmente a Agência Reguladora necessita de insumos materiais e serviços, submetendo-se ao dever de licitação previsto no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, aplicável às autarquias. Igualmente se incluem entre as atividades-meio a gestão orçamentária. Todas essas atividades de gestão são passíveis de controle pelos Tribunais de Contas, exatamente porque compreendidas em seu espectro de competência constitucional: *receitas e despesas públicas*.

Importante enfatizar que as Agências Reguladoras gozam de *autonomia administrativa*. Desse modo, as Agências Reguladoras realizam a sua *auto-organização*, fazendo escolhas administrativas que dinamizam o exercício da função administrativa propriamente dita, sem gerar efeitos externos imediatos. Trata-se de decisões administrativas de efeitos internos, voltadas à organização de seus quadros e instrumentalização para perseguir suas finalidades públicas regulatórias. Desse modo, **não cabe aos Tribunais de Contas o controle das escolhas de gestão das Agências Reguladoras**. Elas são verdadeiras expressões da autonomia administrativa das Agências, configurando-se competência privativa. Contudo, têm os Tribunais de Contas a importante atribuição de verificar se as escolhas tomadas no exercício de função administrativa em si, com margens de autonomia, seguiram o regime de direito público a que se submetem as Agências Reguladoras. Trata-se de um controle de legalidade em sua jurisdição específica, com plena capacidade de fazer determinações e de aplicar sanções nessa seara.

Em termos práticos, temos que os Tribunais de Contas têm legitimidade para verificar se a extinção de órgãos de averiguação de infrações administrativas seguiu as exigências legais, dentre as quais a específica formalização em ato administrativo próprio publicado e motivado. Porém, não tem o Tribunal de Contas qualquer legitimidade para avaliar se esta extinção de órgãos é oportuna e conveniente, se torna o *enforcement* das regras regulatórias mais efetivo ou não, bem como se essa extinção se convolará em impunidade no setor regulado. O móvel e a específica decisão da Agência Reguladora acerca do exercício de função administrativa – o seu mérito – não podem ser revistas pelos Tribunais de Contas exatamente porque as Agências Reguladoras gozam de autonomia administrativa. Em reforço à autonomia administrativa, a Lei Geral de Telecomunicações a indicou como **independência administrativa**<sup>75</sup>, nos seguintes termos:

“LGT, art. 8º, § 2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por **independência administrativa**, ausência

---

<sup>75</sup> “Impressionaram-se os opositores com o emprego, nos preceitos questionados, da palavra ‘independência’ e da expressão ‘autoridade administrativa independente’. Trata-se, no entanto, de retórica legislativa, destinada a acentuar, com ênfase, a característica essencial das autarquias: a autonomia administrativa e a titularidade de competências próprias”. CARLOS ARI SUNDFELD, *Meu Depoimento e Avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações* in *Revista de Direito da Informática e Telecomunicações*, vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, jan./jul. 2007, p. 73.

*de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira*". Destacamos.

Na prática, isso significa que o controle das atividades-meio pelos Tribunais de Contas se limita à checagem de *validade formal*, considerando as sujeições que as Agências Reguladoras estão submetidas pelo fato de serem autarquias, respeitados os contornos do regime especial definido em lei. Isso faz com que o controlador de contas se volte sobremaneira ao processo e à formalização da decisão de função administrativa em si, sem se imiscuir sobre o conteúdo da decisão propriamente dita.

#### 4.3.2. A imunidade da atividade propriamente regulatória ao controle de contas

Indicamos que as atividades-meio das Agências Reguladoras são passíveis de controle pelos Tribunais de Contas apenas no que toca à validade formal, devido à autonomia administrativa de que gozam. Assim, os Tribunais de Contas não podem analisar o mérito de uma decisão de gestão pública, mas tão somente verificar se as exigências legais foram observadas, como o dever de realizar licitação, o dever de realizar concurso público, de conferir publicidade aos seus atos, de registro e assim por diante. No caso das atividades-fim, a extensão do controle das Agências Reguladoras pelos Tribunais de Contas se torna ainda mais constricta na medida em que as competências regulatórias específicas são de **atribuição exclusiva da Agência Reguladora**, segundo expressas determinações legislativas.

Estão compreendidas nas atividades-fim todas aquelas decisões que geram efetivos externos sobre seus destinatários e viabilizam a imediata consecução de finalidades regulatórias. *Regulação* é o conceito-chave que designa essas atividades-fim. Como tal, temos as competências para emprego de instrumentos regulatórios, que terminam por modificar o comportamento dos particulares diante de sua incidência<sup>76</sup>, a exemplo das normas regulatórias, atos de fiscalização, sanções, decisões de natureza adjudicatória e assim por diante. São consideradas atividades-fim, portanto, porque se voltam à consecução imediata das finalidades regulatórias por meio de decisões cuja materialidade se atrela à razão de ser da Agência Reguladora: *regular o mercado*. Por meio da edição de normas, fiscalização, aplicação de sanções, celebração de acordos administrativos, adjudicação de concessões e permissões etc., a Agência Reguladora regula o mercado e, assim, satisfaz as finalidades públicas setoriais. No caso específico da ANATEL, as finalidades de redução das desigualdades regionais e sociais, continuidade do serviço prestado em regime público e universalização<sup>77</sup>, por exemplo, são alcançadas pelas atividades-fim que concretizam as competências assinaladas no art. 19 da LGT.

As competências da ANATEL foram alocadas por Lei e não podem ser usurpadas ou avocadas pelo controlador. Isso porque a lei, na qualidade de expressão da vontade popular, direcionou o quadro de competências acima diretamente à ANATEL, e não a qualquer outra instituição. Quando o fez, a referência ao órgão ou entidade competente é

---

<sup>76</sup> O conceito de regulação adotado nessa análise corresponde ao apresentado por VITAL MOREIRA, *Autorregulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

<sup>77</sup> Cf. a redação do art. 5º da LGT: “[n]a disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público”.

expressa, a exemplo da competência para repressão de infrações à ordem econômica verificadas no setor de telecomunicações atribuída ao CADE (art. 19, XIX, LGT). Assim, a competência decisória última em matéria de telecomunicações é da ANATEL, nos termos da LGT: compete à ANATEL “*decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada*” (art. 19, XXV, LGT).

Aqui se faz necessária a diferenciação entre *competências administrativas* e *controle*. É inquestionável que a checagem de validade das decisões administrativas envolva também a análise do exercício de competências administrativas. Assim, por exemplo, está o controlador jurisdicional apto a avaliar se determinada ação pública se encontra amparada no espectro de competências do órgão ou ente administrativo a partir da interpretação dos textos normativos. Também poderá a instância controladora judicial se manifestar sobre a extensão do exercício da competência administrativa com a finalidade de verificar se a autoridade pública extrapolou os limites de sua competência ou se foi movido por interesse outro que o público. É o que tradicionalmente se compreende com relação ao desvio de poder, ao abuso de poder e ao desvio de finalidade, técnicas de controle sedimentadas na teoria do Direito Administrativo brasileiro. Porém, isso **não legitima a substituição da decisão da autoridade competente pela decisão controladora**. Isso porque a única autoridade competente, no caso do setor de telecomunicações, é a ANATEL. Não há qualquer referência ao Tribunal de Contas como instituição com competência regulatória em telecomunicações.

O controle é de fundamental importância para o bom funcionamento das instituições públicas no Estado Democrático de Direito. Não se pretende afastar aqui o controle, mas defender que **a dinâmica de controle é modulada pela Lei**. Se a LGT atribui competências à ANATEL, e não ao Tribunal de Contas, indica ser a ANATEL a autoridade com capacidade interpretativa do setor de telecomunicações e decisora em último grau sobre as matérias de sua alçada, parece-me claro que o **mérito decisório** consiste em uma **reserva de administração**, não podendo ser exercido pelos controladores sob pena de ilegalidade e inconstitucionalidade por ferir o princípio da separação de Poderes<sup>78</sup>. É nessa linha que CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA se posicionam:

*“Também escaparia, evidentemente, de sua competência [TCU] analisar decisões administrativas de mérito dos diversos entes fiscalizados. A ninguém ocorreria, por exemplo, requerer do TCU a revisão de decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre determinado ato de concentração, ou a reforma de um licenciamento ambiental feito pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), ou ainda a anulação de um registro de medicamento realizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Esse tipo de atuação administrativa não se sujeita à avaliação de legalidade no âmbito do controle exercido pelo TCU, pois a este órgão jamais foi conferida a*

---

<sup>78</sup> Nessa linha se posiciona EGON BOCKMANN MOREIRA: “(...) o Tribunal de Contas é um órgão do Poder Legislativo com especialidade técnica, imparcialidade e independência. Isso significa que os seus atos, processos e decisões não podem abrigar quaisquer avaliações de natureza política: somente lhe é permitida a sindicância técnica especializada (jurídica, econômica, engenharia, tecnologia da informação, administração, gestão pública etc.). O que afasta a possibilidade de cogitações quanto ao mérito das decisões, atos e contratos objeto de exame”. *Notas sobre os Sistemas de Controle dos Atos e Contratos Administrativos* in *Fórum Administrativo*, vol. 5. Belo Horizonte: Fórum, set. 2005, p. 27.

*prerrogativa e o dever de revisar a atuação administrativa em geral dos entes e órgãos sujeitos à sua fiscalização*<sup>79</sup>. Destacamos.

**A atividade-fim da ANATEL não se submete a controle pelo TCU.** Primeiramente, como já analisado, essas competências são delegadas pelo legislador à Agência como *atribuições exclusivas*, pois o texto legal refere tão somente a ANATEL como ente competente para desenvolver a regulação do setor de telecomunicações. É o que claramente se depreende do *caput* do art. 8º da LGT que, na linha do art. 21, inc. XI, da Constituição Federal, indica ser a ANATEL a autoridade reguladora das telecomunicações no Brasil:

*LGT, art. 8º. “Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais”.*

Como se isso não bastasse, o art. 19 da LGT indica ser a ANATEL a instituição com capacidade decisória definitiva na matéria de telecomunicações (inc. XXV). Ora, reconhecer a competência revisional do TCU das atividades-fim da ANATEL com base nos parâmetros de legalidade, eficiência, economicidade ou efetividade, é afrontar expressamente o texto da LGT na medida em que se admitirá o deslocamento para a esfera controladora de competências atribuídas pela Lei à ANATEL. Isso seria uma clara subversão da vontade legislativa de incumbir competências regulatórias tão somente à ANATEL. Aliás, a própria SeinfraCOM reconhece a sua limitada atuação frente às decisões regulatórias, que deve transcender a esfera do discurso e ser de fato o comportamento adotado pela cúpula do TCU:

*“Cabe esclarecer que o Regulamento do TAC não determina que todos os instrumentos desse tipo sejam analisados ou aprovados em nenhum momento pelo TCU, o que de fato nem é possível, pois as resoluções da Anatel não possuem competência legal para demandar a atuação do Tribunal. Além disso, é notório que o TCU não é instância revisora ou recursal das decisões da agência”*<sup>80</sup>.

Em síntese, o TCU não pode e não deve controlar as atividades-fim das Agências Reguladoras, por ausência de previsão legal e incapacidade técnica e institucional de regulação. Tão somente o Poder Judiciário está legitimado a controlar as atividades-fim das Agências Reguladoras, por expressa previsão do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

## **5. Análise do controle do TAC da Telefônica pelo TCU (Processo nº 022.280/2016-2)**

### **5.1. Questão de fundo: a impossibilidade de controle de mérito de Termos de Ajustamento de Conduta**

---

<sup>79</sup> *O Tribunal de Contas da União e a Regulação* in *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, vol. 159. Belo Horizonte: Fórum, mar. 2015, p. 34.

<sup>80</sup> Nota Técnica da SeinfraCOM/TCU, p. 9.

Se compreendermos o Direito Administrativo brasileiro como uma técnica de ordenação das relações envolvendo o Poder Público, constataremos que há grandes instrumentos jurídico em jogo. Um dos mais clássicos mecanismos de atuação administrativa é a *sanção*, devida nos casos de descumprimento de comandos normativos que se caracterizam como infração punível na esfera administrativa (responsabilidade administrativa). A importância da sanção administrativa deve-se ao fato de a teoria do Direito Administrativo tomar como pressuposto de ação pública a técnica *comando-controle*: os destinatários das normas editadas devem obediência aos seus preceitos, o que será constantemente controlado pela autoridade pública por meio de processos de fiscalização; caso não haja a devida observância dessas normas, a sanção prevista em lei será aplicada, pois esta é a única consequência jurídica devida pela transgressão das normas que ensejam responsabilidade administrativa.

A compreensão das relações administrativas pela chave do comando e controle se pautava na crença no efeito simbólico da sanção, ou seja, ao efeito de impedir novas infrações administrativas por sujeitos outros devido ao receio de sofrer as consequências danosas da sanção experimentadas pelo sancionado. A ideia de que a sanção geraria uma mudança de comportamento do administrado, ensejada por um incentivo negativo de “*ameaça*”, tem nutrido em larga medida o desenvolvimento teórico do Direito Administrativo sancionador. Essa é a base de desenvolvimento de alguns dos mais sólidos entendimentos em matéria sancionatória. Assim, por exemplo, menciona-se a tese de que a sanção deve ser necessariamente aplicada diante de uma infração administrativa, em uma tradução *sine qua non* do dever-poder, sem admitir qualquer outro instrumento para terminação do processo sancionador. Outro pressuposto é o de que quanto mais afletiva é a sanção administrativa, mais forte também é o seu efeito simbólico. Apesar da proporcionalidade, é visto com bons olhos e recebe chancela doutrinária a aplicação de multas com valores elevadíssimos, por exemplo. Por anos o Ministério Público interpretou a aplicação “*em bloco*” das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92). Tudo isso porque a sanção tem que afligir o infrator; a consequência penosa alia-se à utilitarista comportamental como reforço da ideia de que a sanção é a única resposta a cenários infracionais.

Dever de aplicação de penas administrativas, extrema valoração do efeito simbólico da sanção, embasamento principiológico na tipificação da responsabilidade administrativa, pressuposto de que o infrator deva ser afligido pela pena, ainda que sem qualquer benefício à sociedade, e maximização do emprego da prerrogativa sancionatória são todas *presunções* em matéria de direito administrativo sancionador. E, assim como se verifica em qualquer outra presunção, trata-se apenas de uma *pressuposição*, o que nos leva à óbvia dúvida sobre a veracidade dessas assertivas. Quando consideramos os setores regulados e seu funcionamento, notamos que essas *presunções não se sustentam*. Vejamos o exemplo da *multa regulatória*.

A multa é hoje a principal sanção administrativa no Brasil. Isso se deve fundamentalmente a quatro fatores: (i) ausência de penas privativas de liberdade na esfera administrativa e especificidade de sanções de alto impacto sobre as liberdades individuais, como a desapropriação-sanção e a cassação; (ii) abrangência da resposta pecuniária, que pode ser efetivada pelas autoridades públicas em geral e se encontra em larga escala nas regras jurídicas; (iii) aproximação do regime da responsabilidade civil, que se desenvolve em torno da questão de definir a justiça da indenização e tem uma resposta pecuniária; e (iv) potencialidade de incremento do caixa público. Na prática, tem

um direito administrativo que deposita na multa toda expectativa de conformação do comportamento dos administrados às regras jurídicas. Quando entram em jogo os pressupostos, evidenciamos o entendimento de que as multas devem ser inexoravelmente aplicadas quando caracterizada a infração administrativa – qualquer que seja o tipo de responsabilidade administrativa e independentemente de haver retorno à sociedade. Também se evidencia o afã de multas pesadas, a despeito da proporcionalidade. O mais grave, porém, é o consenso geral em torno da eficiência do efeito simbólico gerado pela multa, de modo que os demais administrados mudariam o seu comportamento e passariam a seguir as normas jurídicas pelo simples fato de recearem as multas.

No entanto, analisando-se a realidade brasileira, constatamos que **as multas não são instrumentos sancionatórios eficientes**. Primeiramente, *as multas aplicadas praticamente não são recolhidas*. Há um seríssimo gargalo institucional no Brasil quanto ao recolhimento dos valores devidos de multa. Este é um problema endêmico na Administração Pública brasileira, cujas razões extravasam os limites de atuação administrativa interna dos órgãos públicos. À ineficiência do desenho dos processos administrativos sancionadores é somada a dificuldade de *enforcement* das multas por conta da intensa *judicialização* que caracteriza o sancionamento administrativo. Não por outra razão a pesquisa de JULIANA PALMA, DANIEL WANG e DANIEL COLOMBO aponta o ato sancionatório como o ato regulatório das Agências Reguladoras mais judicializado<sup>81</sup>.

De acordo com o *Relatório Anual 2015* da ANATEL<sup>82</sup>, apenas 24,1% das multas constituídas no ano de 2015 foram arrecadadas, o que corresponde a um montante pífio de R\$ 39,1 milhões<sup>83</sup>. Considerando o período de 2000 a 2015, verificamos que 64,67% das multas aplicadas foram recolhidas (67,23% se considerarmos a multas parcialmente recolhidas), o que pode sugerir um prognóstico positivo quanto ao *enforcement* regulatório no setor de telecomunicações. Porém, esse montante corresponde a somente 14,01% do total devido (14,09% se considerarmos a multas parcialmente recolhidas). Os dados são diretos: de 2000 a 2015, a ANATEL aplicou R\$ 5,0 bilhões (R\$ 5.036.061.785,78), dos quais R\$ 4,3 bilhões (R\$ 4.326.388.921,71) não foram recolhidos; reles R\$ 705,4 milhões (R\$ 705.401.757,93) de multas foram arrecadados integralmente<sup>84</sup>.

A maior parte do montante não é arrecadado porque são *suspensas judicialmente*. Muito embora o numerário de multas suspensas seja baixo (1,47% do total), elas representam nada menos que 45,86% do valor devido de multa, ou seja, R\$ 2,3 bilhões<sup>85</sup>. Como explica a ANATEL,

“Das 19,3 mil multas que não haviam sido quitadas integralmente até o final do exercício, 812 estavam suspensas judicialmente, quantitativo que responde por 45,9% do volume financeiro de multas constituídas. Este percentual se deve ao fato de que as empresas de grande porte tendem a recorrer ao Judiciário, suspendendo o pagamento. A Agência vem, por meio de sua Procuradoria, agindo na esfera judicial para a

---

<sup>81</sup> *Idem*, p. 293.

<sup>82</sup> Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=342736&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=342736.pdf>. Acesso em 23 de junho de 2017.

<sup>83</sup> *Idem*, p. 57.

<sup>84</sup> O valor de R\$ 4.271.106,14 foi parcialmente arrecadado no período. *Idem*, p. 59.

<sup>85</sup> *Idem*, p. 59.

adoção de medidas de cobrança necessárias. As multas suspensas judicialmente respondem por R\$ 2,3 bilhões”<sup>86</sup>.

Por outro lado, é igualmente alto montante de multas inscritas no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público (Cadin) e/ou na Dívida Ativa da União. Segundo o *Relatório Anual 2015* da ANATEL, 26,40% do montante não recolhido a título de multas deve-se à inscrição no Cadin e/ou Dívida Ativa, ao total de R\$ 1,98 bilhão (R\$ 1.982.767.155,58)<sup>87</sup>. Novamente aqui se evidencia a judicialização na medida em que o atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos sancionatórios é limitado, determinando à Administração Pública o dever de ajuizar ações de execução fiscal para questionar os valores devidos em juízo.

Ora, se o direito administrativo sancionador deposita das expectativas de adequação do comportamento dos regulados às normas jurídicas fundamentalmente por meio das multas, e elas não são recolhidas, podemos de fato afirmar que a multa gera efeito simbólico? Quando se evidencia que as multas de maior monta são sistematicamente judicializadas e suspensas, ao valor de R\$ 2,3 bilhões, como afirmar que a aplicação de multas pesadas afirma a autoridade da ANATEL no setor e impede a ocorrência de novas infrações de natureza grave?

Porém, as multas não são instrumentos sancionatórios ineficientes só por conta de seu baixo recolhimento, mas principalmente porque esta é uma resposta sancionatória universal, impede o endereçamento de soluções para o problema concreto, com base em obrigações de fazer e de não fazer, como o TAC. As multas são *respostas-padrão*, comuns a qualquer ordem de infração administrativa, desde um dano ambiental de sérias consequências até a mais simples perda de prazo para apresentação de um determinado documento burocrático. Ela não apresenta um comando de comportamento direcionado à superação do problema colocado no caso concreto, como a cessação de conduta, à mitigação dos efeitos deletérios ocasionados pela infração administrativa, ou determina padrões de conduta para evitar novos episódios infracionais. Simplesmente se determina a resposta pecuniária que, como analisada, dificilmente será recolhida.

Em matéria sancionatória, os acordos administrativos surgem como um instrumento de terminação consensual dos processos administrativos sancionadores, inclusive a sua fase de execução, para alcançar uma maior eficiência no *enforcement* regulatório. Parte-se do pressuposto de que a sanção não é um fim em si mesmo e muito menos encerra uma relação bilateral entre Administração Pública e sancionado, o que é ainda mais salutar em mercados regulados em função dos inúmeros usuários de serviços públicos. Processos administrativos sancionadores em curso ou em fase de execução e passivos devidos à aplicação de multas podem ser objeto de acordo visando à definição consensual de obrigações de fazer e de não fazer que favoreçam todo o setor regulado.

Os acordos substitutivos têm a função de substituir a atuação administrativa sancionatória pela consensualidade, com a negociação de cláusulas de compromisso, a exemplo de compromissos de universalização e ampliação de acesso ao serviço público, incremento da qualidade da prestação, resolução ou mitigação de problemas de interrupção, reforço

---

<sup>86</sup> *Idem*, p. 58.

<sup>87</sup> Com relação às multas em processo de inscrição no Cadin ou na Dívida Ativa, tem-se que 2,50% delas tiveram o comunicado de inscrição expedido ao devedor (totalizando R\$ 12.732.675,56) e 1,00% delas estão em fase de comunicação da inscrição em fase de notificação (R\$ 8.009.863,26). *Idem*, p. 59.

a direitos e garantias dos consumidores, deveres de investimento de infraestrutura, dever de investimento em desenvolvimento de novas tecnologias que beneficiem a qualidade e o acesso do serviço público prestado, concertação de nova metodologia de fiscalização que permita um acompanhamento mais detido das atividades prestadas, entre outros. Como próprio da consensualidade, os acordos substitutivos *endereço o caso concreto* ao trazerem compromissos de solução ou mitigação da situação-problema tipificada como infração administrativa. Nessa perspectiva, os acordos administrativos trabalham para o aperfeiçoamento do sistema, revestindo-se como o autêntico interesse público a ser perseguido. Como explica MARK BOBELA-MOTA KIRKBY,

*“(...) parece evidente que a utilização do contrato [acordo administrativo] permite, de uma forma geral, uma regulação pormenorizada da relação jurídica que dá origem (v. g. a forma, os instrumentos, o momento, o lugar da execução das prestações contratuais, as consequências do incumprimento) e oferece um regime supletivo e injuntivo mais consolidado e previsível, que contratada com o modo, o qual, enquanto cláusula acessória de um acto administrativo marcado pela tipicidade, não se presta a tanta flexibilidade, nem beneficia um regime legal que supra as insuficiências que possam resultar do seu estabelecimento num caso concreto”<sup>88</sup>.*

Nos termos do art. 3º do Regulamento do Termo de Ajustamento de Conduta (RTAC, Resolução n.º 629/2013),

*Art. 3º, RTAC. “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”.* (Destacamos)

São exemplos de acordos substitutivos os termos de ajustamento de conduta (TAC), os termos de compromisso de cessação (TCC) e os termos de compromisso (TC), hoje presentes em praticamente todos os setores regulados. Importante ressaltar que a criação desses instrumentos não depende de lei específica, considerando o permissivo genérico da Lei da Ação Civil Pública<sup>89</sup>, e podem assumir diferentes desenhos de setor a setor. No caso da ANATEL, por exemplo, o RTAC confere ao TAC a função de substituir o processo administrativo por descumprimento de obrigações (Pado) nos quais não tenha sido proferida decisão transitada em julgado na esfera administrativa (art. 1º, §1º). Em comum, esses são instrumentos voltados ao endereçamento do caso concreto, buscando soluções negociadas entre Poder Público e administrado visando a efeitos benéficos sobre todo o setor, em consonância com os valores regulatórios que se devem ser buscados.

Integra a esfera de discricionariedade administrativa a decisão de aplicar a sanção ou negociar a celebração de um acordo administrativo. Não por outra razão, o RTAC confere à ANATEL competência para propor TAC em qualquer momento do Pado até a decisão final<sup>90</sup>. O mérito do TAC é composto pelos compromissos recíprocos assumidos, no caso, pela ANATEL e concessionárias, permissionárias ou autorizatárias após o processo de

---

<sup>88</sup> *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos. O exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral.* Lisboa: Coimbra, 2011, p. 522.

<sup>89</sup> Cf. item IV.2.

<sup>90</sup> Cf. art. 4º do RTAC.

negociação<sup>91</sup>. O art. 13 do RTAC traz o rol de cláusulas obrigatórias do TAC: (i) compromisso de ajustamento de conduta orientado por 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<sup>92</sup>, como execução de projetos<sup>93</sup> e concessão temporária de benefícios diretos a usuários<sup>94</sup> tais quais redução, desconto, crédito, gratuidade em tarifas ou preços pelos serviços prestados; (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; e (viii) definição prazo improrrogável de vigência do acordo não superior a quatro anos.

---

<sup>91</sup> Para PIERPAOLO GRAUSO, o acordo administrativo se caracteriza como um intercâmbio entre a Administração Pública e o comprometente, formalizado no contraditório proposta e aceitação, de onde se retira a direta participação do particular na formação do mérito do acordo. Segundo o autor, “(...) *se l'accordo contrattuale consiste nello scambio e nell'incontro delle manifestazioni di volontà delle parti contraenti, e si ha per concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'altrui accettazione (art. 1326 c.c.), allo stesso modo il nucleo essenziale dell'accordo amministrativo va rinvenuto nell'incontro delle volontà del privato e dell'amministrazione in relazione al contenuto di un determinato provvedimento (accordo integrativo), ovvero a un programma negoziale comune (accordo sostitutivo)*”. *Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 73.

<sup>92</sup> O RTAC especifica, de modo geral, os compromissos adicionais em seu art. 18 e 19. Com a finalidade de distribuir de modo mais igualitários os benefícios gerados pelos investimentos adicionais no território nacional os compromissos adicionais têm de ser delimitados quanto à área geográfica de sua execução e os aspectos dos serviços de telecomunicações sobre os quais incidirão as obrigações assumidas. Não por outra razão é prevista a disciplina de *fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos* no art. 19, §3º, do RTAC. É facultado o endereçamento de outros fatos e serviços de telecomunicações não diretamente relacionados às irregularidades que ensejaram a celebração do TAC (art. 18, §1º, RTAC).

<sup>93</sup> O RTAC apresenta expressamente as diretrizes que devem ser observadas na estruturação dos projetos que integrarão o TAC para fins de compromissos adicionais: atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações; redução das diferenças regionais; modernização das redes de telecomunicações; elevação dos padrões de qualidade propiciados aos usuários; e massificação do acesso às redes e aos serviços de telecomunicações que suportam acesso à internet em banda larga. O art. 19 do RTAC especifica a cláusula de execução de projetos em TAC. Esta será admitida apenas no caso de o projeto corresponder ao mínimo de 80% do valor de referência do acordo, caso a multa já tenha sido aplicada ou tenha se verificado decisão na primeira instância administrativa ou ao mínimo de 40% nos demais casos. Essa diferença visa a estimular as empresas a proporem TACs ainda no início do processo, com economia de custos e resposta regulatória em tempo de mercado mais apropriado, o que, inclusive, pode evitar danos futuros. Em qualquer caso, cabe à ANATEL apurar o Valor Presente Líquido (VPL) do projeto apresentado pelo administrado ou selecionado dentre vários especificados pela Agência, “*conforme metodologia de cálculo usualmente empregado pela Agência*” (art. 19, §1º, RTAC). Isso porque serão admitidos apenas os projetos que tenham VPL negativo, ou seja, que não sejam autossustentáveis. É nessa toada que o art. 19, §2º, do RTAC apresenta método de cálculo do montante de compromissos adicionais na hipótese em que estes se apresentarem como projetos: “*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)*”.

<sup>94</sup> À semelhança do investimento mínimo percebido nos projetos especiais, o art. 20 do RTAC determina que a concessão temporária de benefícios diretos a usuários deve corresponder a, no mínimo, 50% do valor de referência do TAC, em relação aos Pados com multa aplicada ou decisão de primeira instância proferida, ou 25% nos demais casos. Em qualquer caso, a concessão temporária de benefícios diretos a usuários não poderá produzir qualquer reflexo direto no cálculo de reajustes de tarifas.

Ao contrário do mérito do ato administrativo unilateral e imperativo, definido unicamente pela autoridade pública competente a partir do manejo de prerrogativas públicas, o mérito do TAC é bilateral e composto por compromissos mútuos assumidos entre o Poder Público e o administrado. No caso específico, a ANATEL, por meio da Comissão de Negociação, engaja em negociação com o regulado e define, bilateralmente, o conteúdo das cláusulas obrigatórias do TAC, eventuais projetos e compromissos adicionais, bem como o desenho regulatório consensual que será imprimido para o desenvolvimento setorial. Isso tudo é mérito administrativo abrangido na atividade-fim da ANATEL, sendo insuscetível de revisão quanto à oportunidade e conveniência do TAC.

## 5.2. Sanção e Acordo na regulação de telecomunicações

A viabilidade jurídica de a ANATEL firmar termos de ajustamento de conduta é assegurada pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), cujo art. 5º, §6º, autoriza genericamente os legitimados a proporem ação civil pública – dentre eles a autarquia (art. 5º, inc. IV) – a celebrarem com os interessados compromissos de ajuste de conduta:

*Lei n.º 7.347/85, art. 5º, §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”.* (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

Ao contrário de sistemas em que a consensualidade já se configura em modo de ação pública estabelecida – como na Itália, Espanha e Alemanha –, cujas leis de processo administrativo apresentam permissivos genéricos à celebração de acordos administrativos pela Administração Pública, não há previsão equivalente nas leis de processo administrativo no Brasil. Cumpre a Lei da Ação Civil Pública o papel de permissivo genérico legal da celebração de acordos administrativos, os quais podem ser empregados desde que mediante regulamento específico que confira os elementos estruturantes do acordo no setor correspondente. A *reserva de regulamento* se coloca devido à necessidade de segurança jurídica na negociação dos termos do pacto, seja para a Agência Reguladora, seja para o administrado, seja para a sociedade como um todo. Sem a devida previsão regulamentar, os acordos poderiam ser cheques em branco para negociatas de substituição de multas ou os administrados poderiam estar sujeitos a quaisquer ordens de mandos e desmandos que deturpam o devido processo legal.

A primeira previsão dos termos de ajustamento de conduta na ANATEL veio na Resolução n.º 589/2012, o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas – RASA, cujo art. 5º assim determina:

*Art. 5º “A Anatel poderá, a seu critério e na órbita de suas competências legais, com vistas ao melhor atendimento do interesse público, celebrar, com os infratores, compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais”.*

Assim, a base legal para a celebração de acordos substitutivos no âmbito da ANATEL está na conjugação do art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública em combinação com o art. 5º do RASA. Este conjunto normativo está em consonância com a LGT, cujo art. 173 apresenta o rol taxativo de sanções devidas por infração a normas ou deveres contratuais, quais sejam, advertência, multa, suspensão temporária, caducidade e declaração de

inidoneidade. Em uma leitura apressada, pode parecer que o art. 173 interdita qualquer outro modo de terminação do Pado senão por meio da aplicação de sanção ou do arquivamento. Porém, não há qualquer proibição expressa à celebração de acordos *no curso do processo administrativo*. O que o art. 173 da LGT impede é o acordo substitutivo da sanção administrativa irrecorrível. Até que não se perceba a coisa julgada administrativa, e a qualquer tempo, poderá ser celebrado TAC no âmbito da ANATEL. Por este motivo o RTAC consignou que os TACs “*contemplarão processos nos quais não tenha sido proferida decisão transitada em julgado na esfera administrativa*” (art. 1º, §1º), de modo que “*O TAC poderá ser proposto, a qualquer tempo, de ofício pela Anatel ou mediante requerimento (...)*” (art. 4º, *caput*).

A LGT não traz qualquer proibição à celebração de acordos administrativos no curso de processo sancionador e, ainda, atribui à ANATEL competência normativa que abrange a criação de instrumentos jurídicos que viabilizem a regulação efetiva dos serviços de telecomunicações em compasso com os princípios setoriais. Por outro lado, a Lei da Ação Civil Pública confere permissivo genérico suficiente para a celebração ajustes de conduta pelas autarquias desde que observado o dever regulamentar, o que foi plenamente satisfeito com o RTAC. Saliente-se, ainda, que o RTAC é a disciplina regulatória dos acordos mais desenvolvida na comparação com os demais regulamentos de acordos regulatórios, o que nem de longe se configuraria como um cheque em branco para negociatas ou supressão de direitos arbitrariamente. No RTAC estão previstas as cláusulas obrigatórias, as competências de negociação, a funcionalidade do TAC e sua repercussão sobre os processos administrativos, bem como as formalidades essenciais.

Com base em princípios e conceitos jurídicos indeterminados, como a *proporcionalidade*, poderia o TCU rever a dosimetria de uma determinada multa? O STF expressamente diz que **não**. O Tema 845 de repercussão geral já analisado determina que, havendo margem de liberdade para a tomada de decisão discricionária pela Administração Pública, seu mérito não pode ser revisto salvo se absolutamente incompatível com as normas jurídicas ou com o seu correspondente processo administrativo. Pela mesma razão não pode rever o mérito do TAC celebrado pela ANATEL. Do contrário, funcionaria o TCU como órgão revisor de ofício de decisões administrativas por simplesmente não concordar com a aplicação de uma sanção e, por exemplo, acolher recurso sob o pálio de lesão ao erário. Se afirmar esta decisão, seriam também revisitáveis pelo TCU decisões da CVM, do CRSFN, do COAF e de qualquer outro órgão ou ente público com legitimidade para celebração de acordos – nada mais descabido e inadequado à separação de Poderes insculpida na Constituição Federal.

**O TCU não dispõe de competência e legitimidade para rever o TAC em análise.** Primeiro porque a celebração de acordos está compreendida na atividade-fim da ANATEL que, na qualidade de Agência Reguladora dotada de autonomia e independência, bem como de delegatária de competências privativas atribuídas pelo Legislador, não pode ter o mérito dessas decisões revistas. Em segundo lugar, o TAC em comento não foi tomado por liberalidade ou permissividade, mas devidamente negociado e delimitado no curso de distintos processos distribuídos por conexão ao Conselho Diretor pelo Processo n.º 53500.019039/2015. Devidamente instruído por pareceres e análises técnicas, manifestações da Procuradoria Federal Especializada, o TAC foi firmado com a devida motivação. Em eventual decisão judicial, pois **apenas o Poder Judiciário possui legitimidade para analisar o presente TAC**, certamente que o teste de deferência desenvolvido pelo STF seria aplicado para afirmar a **validade do acordo**, considerando

que o controle se dá em bases principiológicas ou indeterminadas, a decisão foi devidamente motivada e as cláusulas decorrem de interpretação possível das normas que instruem o TAC na ANATEL, bem como o processo seguiu rigorosamente todas as fases interlocutórias.

### **5.3. O risco do precedente: TCU poderia rever e desconstruir acordos de leniência, TACs firmados pelo Ministério Público ou TCCs entabulados pelo CADE**

Há que se reconhecer o valor dos precedentes no controle praticado pelo Tribunal de Contas<sup>95</sup>. Uma vez emitido entendimento em um caso concreto, a correspondente decisão passa a *autovincular* o órgão, estabelecendo um dever de exame dos precedentes em casos análogos futuros. A força dos precedentes ganha reforço com o Código de Processo Civil, cujo art. 489 incute o trabalho com precedentes no Judiciário brasileiro de modo abrangente:

CPC, art. 489. “São elementos essenciais da sentença:

(...)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Pelo Novo CPC, a sentença judicial deve necessariamente seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente apresentado pelas partes, salvo se a *situação fática for distinta daquela que ensejou o entendimento judicial*. O trabalho de diferenciação de situações fáticas recebe o nome de *distinguishing* e se apresenta como um dos maiores desafios processuais em países de tradição pretoriana, a exemplo do sistema norte-americano. Por outro lado, a superação de súmula, jurisprudência ou precedente – denominada *overruling* – mostra-se tarefa igualmente árdua. Para mensurar a dificuldade de rever, total ou parcialmente, um entendimento jurisprudencial, basta lembrarmos de quantas súmulas e enunciados foram invalidados pelo Judiciário – a quantidade é ínfima. Isso vale como alerta para a tomada de decisões que possivelmente possam ter força de precedente. É evidente que as decisões são tomadas caso-a-caso, considerando as especificidades da situação concreta, mas devemos considerar para a relativa facilidade de *estabilização da jurisprudência* com a tomada de decisões em casos paradigmáticos. A sua posterior revisão ou superação, ainda que parcial, é improvável.

No âmbito do TCU há precedentes mais ou menos fortes. O Regimento Interno do TCU indica a Súmula da Jurisprudência como a mais forte fonte de orientação jurisprudencial, a qual é constituída por “*princípios ou enunciados, resumindo teses, soluções, precedentes e entendimentos, adotados reiteradamente pelo Tribunal, ao deliberar sobre assuntos ou matérias de sua jurisdição e competência*” (art. 85). O disposto pode sugerir que apenas após reiteradas decisões o Plenário do TCU teria competência para aprovar os enunciados da Súmula da Jurisprudência (art. 15, inc. VII, do Regimento Interno do TCU). No entanto, a prática jurisprudencial do TCU indica que casos paradigmáticos podem assumir grande peso argumentativo e serem precedentes tão ou mais fortes que as Súmulas de Jurisprudência.

---

<sup>95</sup> Cf. JULIANA CRISTINA LUVIZOTTO, *Precedentes Administrativos & A Vinculação da Atividade Administrativa*. São Paulo: Juruá, 2017.

É o que se verifica no recente exemplo do Acórdão n.º 738, julgado em 12 de abril de 2017. No caso concreto, o TCU *determinou* à ANTT que se abstenha “*de prorrogar concessões de serviços públicos, ainda que em razão de reequilíbrio-econômico financeiro, sem expressa autorização no instrumento convocatório e no contrato de concessão original, em cumprimento ao disposto nos arts. 3º, 41, 55, XI, e 57, I, da Lei 8.666/1993, e 14 da Lei 8.987/1995*”. Há ao menos três grandes problemas no caso. O primeiro é que o TCU não deixou claro os limites da aplicação do precedente. Este é um caso particularíssimo envolvendo a BR-040/MG-RJ, que já sofria de sérios problemas de execução contratual. Ao enunciar um entendimento abstrato e descolado do caso concreto, fundamentado nas leis gerais de licitação (Lei n.º 8.666/93) e de concessão (Lei n.º 8.987/95), pode-se levar o intérprete ao erro de estender o precedente a qualquer outro contrato de concessão porque se depreende do Acórdão que o TCU estabeleceu vedação geral da prorrogação das concessões para fins de equilíbrio econômico-financeiro se não houver expressa previsão no edital e no contrato. Como consequência, perder-se-ia um importante mecanismo contratual para recompor o equilíbrio econômico-financeiro com menos ônus para o Poder Público concedente e maior flexibilidade contratual. A importância da prorrogação contratual é tão basilar que recentemente foi editada a Lei n.º 13.448/2017, disciplinando a prorrogação, a prorrogação antecipada e a relicitação, como pacote de fortalecimento das concessões no Brasil. Uma interpretação indevida do Acórdão 738/2017 e se mata o instrumento. Esse é o risco que se corre se a decisão do TCU for na linha da Nota Técnica.

Com base em um precedente na linha proposta na Nota Técnica, o TCU poderia rever Acordos de Leniência. Acordos de Delação Premiada, termos de compromisso de cessação, termos de ajustamentos de conduta e qualquer outro acordo administrativo. Pior: pode o TCU em tese condenar a atuação de Promotores ou de Conselheiros do CADE, por exemplo, por atos dolosos de lesão ao patrimônio público. Ora, se o próprio Supremo Tribunal Federal entendeu que o mérito dos acordos de delação premiada firmados entre delatores e Ministério Público Federal **não pode ser revisto pelo Tribunal**, que se limita a checar se o delator entregou aquilo com que se comprometeu<sup>96</sup>, como afirmar a ampla competência do TCU em rever os termos de ajustamento de conduta celebrados entre a ANATEL e sua regulada? Neste importante precedente, o STF consignou que o Min. Relator apenas pode checar os *aspectos procedimentais* da celebração do acordo, em particular a regularidade e a voluntariedade do pacto, bem como a sua legalidade no que tange à justificativa da celebração, o que está em plena sintonia com a doutrina brasileira da deferência construída pelo Supremo<sup>97</sup>. Limite mais constricto ainda se verifica após a celebração do acordo, como no TAC em análise, pois que limitado à análise de sua eficácia. Assim, o Poder Judiciário poderia rever o TAC no específico caso em que a compromitente descumpra com suas obrigações e a ANATEL não aplique as cláusulas de descumprimento estabelecidas no acordo. Fora isso, não tem o Poder Judiciário competência para analisar acordos administrativos – muito menos parece ter o TCU.

---

<sup>96</sup> Cf. QO na Pet 7074 e AgRg na Pet 7074, julgado pelo STF em 28 de junho de 2017.

<sup>97</sup> Também entendendo que as decisões regulatórias consensuais merecem deferência pelo controlador externo, cf. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, *As Ações do Ministério Público em Matéria de Regulação e a Importância dos Instrumentos Consensuais in Interesse Público*, vol. 75. Belo Horizonte: Fórum, set./out. 2012, *passim*.

#### 5.4. Pontos mais veementes de extrapolação de competências

O Acórdão 2.121/17 destoa do panorama geral da jurisprudência do TCU na medida em que o julgamento se contrapõe ao relatório de auditoria. É extremamente comum verificarmos a deferência do Plenário do TCU ao relatório produzido por uma de suas unidades técnicas, razão pela qual se mostra relevante analisar o entendimento da SeinfraCOM – a unidade técnica no caso – com a finalidade última de ajudar na reflexão em torno do controle dos acordos substitutivos com base em outra argumentação presente no Tribunal. Há quatro erros de fundo na análise apresentada pela unidade técnica que se repete ao largo em diferentes passagens: (a) *erro de discricionariedade*; (b) *erro de presunção*; e (c) *erro técnico*. Analisaremos cada um deles a seguir.

##### *a) Erro de discricionariedade*

A discricionariedade administrativa é fundamental na celebração de acordos administrativos. Pela sua própria natureza de direcionamento de soluções jurídicas ao caso concreto com base no consenso, a margem de liberdade para negociação e definição dos compromissos faz-se imprescindível. Exatamente porque essa dinâmica se desenvolve no âmbito da atuação administrativa consensual, formalizada em acordos bilaterais, é natural que o exercício da discricionariedade seja compartilhado entre a Agência Reguladora e o regulado para, assim, alcançar o consenso. Todavia, a SeinfraCOM entende que a participação da Telefônica na modelagem do acordo substitutivo é irregular:

*“Outra fragilidade bastante significativa constatada na presente análise se refere à discricionariedade dada pela Anatel à operadora para escolher em quais municípios ela prefere investir os recursos do TAC que seriam destinados ao pagamento de multas. Em uma avaliação dos fundamentos do TAC, a operadora poderia, de fato, optar pelas localidades em que gostaria de investir, cabendo à agência reguladora aceitar ou não a proposta da operadora. Entretanto, entende-se que, como possui a competência de executar as políticas públicas do setor de telecomunicações, cabe à Anatel garantir que esse acordo seja firmado somente em estrita observância do interesse público, visto que o Poder Público está abrindo mão de recursos que lhe eram devidos e os passando a entes privados”<sup>98</sup>.*

Depreende-se da passagem que apenas o ato administrativo unilateral emanado da ANATEL seria capaz de satisfazer o interesse público, razão pela qual a Telefônica não poderia participar da construção do mérito administrativo quanto à forma dos investimentos. Nada mais descabido. Primeiramente, não há qualquer delegação de competência discricionária da ANATEL à concessionária, mas a necessária participação desta na construção do mérito do TAC, o que, repita-se, inerente à consensualidade administrativa que se dinamiza por negociações com vistas à celebração de acordo bilateral. Em segundo lugar, não há espaço na consensualidade para a divisão de tarefas, como se o TAC resultasse da junção de decisões unilaterais da Agência e de decisões unilaterais da concessionária, como o trecho sugere. A dinâmica é inteiramente outra, desenvolvida com base em propostas e contrapropostas e cujo aceite de ambas as partes sacramenta a celebração do acordo administrativo. A concessionária apresentou diversos projetos de compromisso adicional, a título de *proposta*, os quais foram aceitos pela ANATEL. Isso não faz com que a decisão de escolha dos Municípios contemplados com os investimentos seja da empresa compromissária; trata-se, isso sim, de decisão bilateral,

resultante do manejo concertado da discricionariedade administrativa por meio da negociação. A decisão é de ambos os compromissários. Não compreender essa dinâmica básica da consensualidade, fruto de uma presunção de captura do regulador pela empresa infratora, pode inviabilizar por completo qualquer novo acordo administrativo.

O erro de discricionariedade é caracterizado, portanto, pelo inadequado enquadramento consensual da discricionariedade, inviabilizando uma participação mais efetiva da empresa compromissária na definição dos parâmetros do TAC. Também se reconhece o erro de discricionariedade nas inúmeras passagens em que a SeinfraCOM se manifestou favorável ao controlador se substituir no exercício de escolhas discricionárias atribuídas pelo legislador exclusivamente à ANATEL. Como analisado nos itens antecedentes, as atividades-fim das Agências Reguladoras lhes são privativas, não podendo a decisão de mérito se deslocar para o controlador, por ausência de competência e de legitimidade. Porém, o que se evidenciou na Nota Técnica da SeinfraCOM foi uma sucessão de argumentos de *revisão do mérito do TAC*, com ingerência sobre as escolhas negociadas entre ANATEL e Telefônica legitimamente alcançadas em regular processo administrativo, escolhas essas motivadas pela Agência.

Quando a SeinfraCOM determina que os investimentos de universalização devem ser priorizados “*em locais em que não haja a prestação de banda larga atualmente e nem em um futuro próximo*”<sup>99</sup>, há clara substituição do regulador pelo controlador, posto que esta é uma decisão típica da atividade-fim da ANATEL. Faz parte da regulação o planejamento e a estipulação de prioridades de investimentos, especialmente diante de um quadro de escassez de recursos, o que resulta de sopesamento setorial e arbitramento dos interesses públicos em jogo. Esta é uma atribuição privativa da Agência, cujo mérito não pode ser revisto pelas instituições de controle.

Outro exemplo de indevida revisão do mérito administrativo pelo controlador corresponde à *mensuração dos efeitos do TAC sobre o mercado regulado*. Segundo a SeinfraCOM, os investimentos bilionários poderiam impactar negativamente o mercado de telecomunicações e prejudicar pequenas e médias empresas atuantes no setor<sup>100</sup>. Porém, é de atribuição exclusiva da ANATEL buscar o equilíbrio sistêmico do setor, o que se mostra na prática regulatória um grande desafio, que demanda análise dos diversos interesses públicos representados, das peculiaridades do caso concreto e os objetivos regulatórios almejados.

---

<sup>99</sup> “Para compatibilizar os projetos de compromissos adicionais dos TACs com a política pública de universalização de banda larga, é necessário priorizar investimentos em locais em que não haja a prestação de banda larga atualmente nem em um futuro próximo. Ressalta-se que o objetivo da universalização principal é fornecer os serviços para indivíduos e comunidades que ainda não têm acesso a eles, e não simplesmente ampliar o atendimento de usuários ou a competição entre operadoras nas regiões em que o serviço já existe”. Destacamos. Nota Técnica da SeinfraCOM/TCU, p. 37.

<sup>100</sup> “Ao exigir que as prestadoras invistam em ampliação da infraestrutura de rede, em substituição ao pagamento direto ao erário dos valores bilionários de multas, a agência tem como objetivo estimular que essas empresas implantem infraestrutura em diversas cidades, inclusive de médio e pequeno porte, tendo um ganho para a operadora, se considerarmos que aqueles valores aplicados deveriam ser aportados diretamente ao Poder Público. Diante disso, caso não haja uma análise criteriosa pela Anatel, garantindo que sejam direcionados investimentos suficientes para localidades de baixa atratividade e sem infraestrutura, em concordância com o interesse público voltado para a universalização do serviço, pode haver um prejuízo à atuação de operadoras, principalmente as menores, em municípios que já possuem uma infraestrutura e onde já há competição entre elas, além haver um custo de oportunidade de não atender novos municípios em uma oportunidade única como a obrigação de investimentos por meio do TAC”. Nota Técnica da SeinfraCOM/TCU, p. 49.

A SeinfraCOM também se investiu sobre os parâmetros e critérios definidos no TAC, a exemplo da metodologia de composição da multa em caso de descumprimento integral de algum compromisso do acordo substitutivo. Pelo TAC, a penalização máxima corresponderia ao valor de referência (R\$ 2,86 bilhões) acrescido das multas diárias por atraso, o que não pode ser superior ao montante de R\$ 2,14 bilhões (o dobro do valor de referência para compromissos adicionais, definido pelo TAC como 25% do valor de referência do TAC). Porém, a SeinfraCOM entendeu ser esta uma metodologia ilegal porque “*reduz a penalização da operadora, beneficiando-a*”<sup>101</sup>. Segundo a unidade técnica, na medida em que os TACs têm dois tipos de compromissos (correção de irregularidades e ações de investimentos adicionais), o VR também deveria ser composto por duas parcelas: (i) ajuste das condutas irregulares, resultado da soma das multas aplicadas e estimadas, e (ii) compromissos adicionais, com valor definido pela ANATEL.

Em outras passagens a mesma intromissão no mérito do TAC se evidencia, como as propostas de determinação de que a atualização do valor de referência e de todas as multas diárias sejam feitas pela taxa Selic e a recomendação de que a ANATEL altere o seu regulamento para estabelecer a impossibilidade de celebrar um novo TAC enquanto ainda perdurar processo de verificação de cumprimento de TAC anterior, por exemplo. Nessa linha, a SeinfraCOM propõe que os estudos financeiros conduzidos pela Agência para cálculo do Valor Presente Líquido considerem os seguintes fatores:

*“a.1.32.1) extensão do período considerado no fluxo de caixa; a.1.32.2) distribuição e origem das receitas consideradas; a.1.32.3) distribuição e origem de todas as despesas consideradas, inclusive o comportamento no fluxo de caixa das despesas administrativas, despesas comerciais, dos custos de operação, manutenção e aluguel, e demais gastos; a.1.32.4) como são estimadas as despesas operacionais e não-operacionais; a.1.32.5) data ou ano de início do cálculo do fluxo de caixa; a.1.32.6) critérios objetivos escolhidos para a distribuição da implantação da infraestrutura nas regiões dos municípios pactuados; a.1.32.7) escolha do preço de comercialização do serviço para cada região e cidade do país a serem atendidos; a.1.32.8) previsão de investimentos, incluindo a descrição técnica dos elementos que compõem o projeto proposto; a.1.32.9) taxa de desconto, chamada pela Anatel de Custo Médio Ponderado de Capital, utilizada no cálculo do fluxo de caixa e o período considerado nesse índice; a.1.32.10) análise sobre as cidades a serem atendidas acerca da eventual presença e percentual de participação no mercado das demais prestadoras de serviços de banda larga fixa, ou mesmo da própria operadora”*<sup>102</sup>.

#### *b) Erro de presunção*

O erro de presunção caminha ao lado do erro de fundamentação na medida em que deveres e interpretações são apresentados pela SeinfraCOM *sem qualquer base normativa*, mas a partir de *presunções*. São simples suposições do órgão técnico, que não encontra nenhuma correspondência nas normas jurídicas que disciplinam a celebração de TAC na ANATEL. Sem buscar sermos taxativos, alguns exemplos ilustrativos são válidos.

---

<sup>101</sup> *Idem*, p. 74.

<sup>102</sup> Nota Técnica da SeinfraCOM/TCU, p. 147.

Vigora na Nota Técnica a *presunção de acordos aflitivos*. Segundo a SeinfraCOM, compromissos adicionais garantem o interesse público apenas quando se traduzem como um *plus obrigacional*. O órgão técnico parte do pressuposto de que a correção das irregularidades já seria exigível, razão pela qual a vantagem adicional à sociedade deve ser prevista porque o TAC não pode ser “*uma espécie de moratória, ou mesmo perdão concedido à infratora*”<sup>103</sup>. A ideia de *plus obrigacional* atende ao ímpeto de afligir o compromissário, aproximando o TAC de uma sanção. Ocorre que essa presunção de acordos aflitivos distorce a sua real funcionalidade e potencialidade, que é exatamente *resolver ou minimizar os problemas concretos*. Se há mais ou menos obrigações, essa é apenas uma decorrência do *desenho mais eficiente do TAC* considerando as particularidades do caso concreto. Repita-se: o TAC não é um *second-best* sancionatório, mas um instrumento regulatório com a finalidade peculiar de endereçar soluções concretas considerando a realidade posta.

O exposto fica evidente na passagem abaixo transcrita, em que a SeinfraCOM não aceita investimentos que visem a melhorar a qualidade dos serviços prestados pela compromitente pelo simples fato de que esses benefícios também poderão favorecê-la<sup>104</sup>. A lógica de *win-win solutions* típica da governança pública não é bem recebida pela SeinfraCOM porque lhe pesa a pecha de empresa infratora, por mais temerárias que as sanções tenham sido aplicadas no passado pela ANATEL, que, por ser infratora, não poderia se beneficiar em hipótese alguma com a consensualidade. Os acordos poderiam até existir na visão da SeinfraCOM, mas deveriam ser tão pesados quanto a mais incisiva sanção administrativa:

“(…) com a atuação do poder público de trocar as multas por investimentos, além de a operadora obter o benefício de não pagar a multa e ainda construir investimentos que permanecerão nos ativos da empresa e gerarão receitas para ela, a operadora ainda obtém uma vantagem competitiva com relação aos demais provedores de serviços de telecomunicações nas localidades atendidas pelos compromissos do TAC, podendo até mesmo ser configurada uma situação de monopólio na prestação do serviço em determinadas localidades, por não haver uma obrigação de compartilhamento de infraestrutura. Além disso, caso a agência não faça uma análise apurada, há o risco de a prestadora propor no TAC, como se fossem compromissos adicionais, parte dos seus próprios investimentos planejados e integrantes de seu plano estratégico”<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Nota Técnica da SeinfraCOM/TCU, p. 33.

<sup>104</sup> Tivemos de apresentar mais outro benefício relacionado à celebração de acordos substitutivos: “*a Agência pode ainda contar com algum ganho econômico decorrente da velocidade e da certeza do recebimento dos valores envolvidos. Provavelmente, transcorreriam ainda anos - quiçá décadas - para que esses procedimentos viessem a ser concluídos e para que fossem aplicadas as respectivas multas. Mais do que isso, uma Agência talvez enfrente ainda (ao menos isso é uma possibilidade teórica que não deve ser descartada) a resistência das prestadoras em adimplir com os valores estabelecidos ou, no mínimo, a incerteza quanto ao seu pagamento. Eis porque, também sob este aspecto, o acordo substitutivo representa evidente benefício econômico, uma vez que pode abreviar o instante do pagamento e ampliar as suas chances (maior probabilidade de compliance da operadora, já que ela mesma foi a proposta de acordo a ser celebrado com a Agência Reguladora, ou, no mínimo, assente integralmente com os seus termos)*”. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e TATIANA MATIELLO CYMBALISTA, *Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção* in *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 31. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2010, p. 33.

<sup>105</sup> Nota Técnica da SeinfraCOM/TCU, p. 52.

A presunção de acordos aflitivos também se evidencia na ideia esposada pela SeinfraCOM de que, pela própria natureza do TAC, a fiscalização e o acompanhamento do cumprimento das obrigações deve ser mais rigoroso<sup>106</sup>. Ora, não há qualquer previsão de “*maior rigor fiscalizatório*” nas normas que disciplinam a celebração do TAC. Tampouco a metodologia de composição da multa diária é em si irregular porque “*reduz a penalização da operadora, beneficiando-a*”<sup>107</sup>. Trata-se de simples presunção, sem embasamento normativo.

Outra presunção corresponde à **presunção de irregularidade pela discordância da área técnica**. O fato de o Conselheiro Relator da matéria ter alterado a proposta apresentada pela área técnica da ANATEL gerou “*incômodo*” na SeinfraCOM, que não conseguiu verbalizar exatamente qual é o fundamento de irregularidade nesse comportamento, mas deixou bastante clara a sua consequência: anulação, por ser esta uma irregularidade grave, com “*responsabilização individual de todos os conselheiros envolvidos*”. Assim se verificou, por exemplo, com a mudança do cálculo do fator de desigualdade social e regional, pois a proposta da área técnica de classificar os municípios prioritários considerando o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M), de modo que quanto maior o IDH-M, menor seria o fator associado. O Conselheiro Relator discordou do entendimento da SeinfraCOM e apresentou a seguinte justificativa:

“(…) poucos municípios mais distantes consumiriam a totalidade dos recursos disponíveis, atendendo provavelmente uma pequena quantidade de consumidores, o que contrariaria o objetivo de massificação do acesso aos serviços de telecomunicações, notadamente os de banda larga. Diante dos indícios coletados por meu Gabinete, optei por revisar o modelo de agrupamento e classificação de municípios proposto pela SPR, agregando as dimensões renda e densidade demográfica ao cálculo. Com essas dimensões e as referências de IDHM já mencionadas, fiz uso da técnica de análise de clusters para organizar os municípios em cinco agrupamentos. De posse desses clusters, a prioridade de cada um foi determinada por critérios classificatórios de quantidade de população do município, nível de competição de serviços de internet banda larga, PIB per capita e distância até a localidade com fibra acendida mais próxima. Minha proposta é incentivar as prestadoras a priorizar projetos de instalação de fibra óptica no backhaul nos clusters do grupo de municípios sem fibra, e incentivar que os projetos voltados às redes de acesso (cabeadas ou sem fio) sejam realizados prioritariamente em municípios cujo backhaul já esteja preparado para escoar adequadamente o tráfego de banda larga dos usuários”<sup>108</sup>.

A SeinfraCOM não conseguiu discernir a autoridade competente no caso para a celebração do TAC, que é o Conselho Diretor, e não a área técnica. Não há nenhuma norma estabelecendo o dever de vinculação do Conselho Diretor às sugestões da área técnica, pelo contrário: esta tem a atribuição de prestar auxílio técnico para que os Conselheiros tomem decisões cada vez mais qualificadas. Porém, não se pode esquecer que as Leis de criação das Agências Reguladoras estabelecem o requisito subjetivo de os dirigentes de Agências Reguladoras terem *expertise técnica*, o que pode naturalmente

---

<sup>106</sup> “[A] própria natureza do TAC, composto por obrigações regulatórias que já foram descumpridas pela operadora, é necessário que haja um acompanhamento mais rigoroso por parte da Anatel sobre as obrigações ajustadas, evitando-se que o instrumento se transforme em moratória ou mesmo perdão das multas aplicadas e ainda não pagas pela prestadora”. *Idem, ibidem*.

<sup>107</sup> *Idem*, p. 74.

<sup>108</sup> *Idem*, p. 42.

levar a conflitos de ordem técnico como o evidenciado no caso. A decisão do Conselho Diretor irá prevalecer porque este é o órgão competente. O fato de o Relator discordar do órgão técnico não traz em si qualquer pressuposição, além do devido exercício funcional qualificado do dirigente.

Outra presunção que pode ser relacionada é a de *incapacidade de a ANATEL acompanhar adequadamente o TAC celebrado*. Trata-se de um julgamento de valor que, na ponta, escancara a *presunção implícita de captura do regulador pela empresa infratora*. Desconfia-se que os dados que serão encaminhados à ANATEL serão manipulados; desconfia-se da contratação de empresa para fiscalizar a execução do TAC certificar as informações prestadas e elaborar relatórios para serem encaminhados à ANATEL, por mais singular que seja o presente caso; desconfia-se de não fazer uso de agentes de fiscalização concursados. Sem dúvida estamos diante de inovação na gestão pública, dado que essas fórmulas destoam do que é regularmente praticado na Administração Pública brasileira e até mesmo antagonizam com as “*boas práticas*” que tradicionalmente são mimetizadas pelos órgãos. Porém, haveria uma única fórmula infalível para a eficiência administrativa de acordo com os padrões de probidade administrativa? Seria o Poder Público brasileiro um antro de conservadorismo, pois que fadado a eternamente se ater às fórmulas de gestão pública sacralizadas pelo tempo? O risco desta presunção está exatamente em inviabilizar as soluções legais e inovadoras que tornem a gestão pública mais eficiente e favoreçam quem realmente deve ser o foco de todo o presente debate: o cidadão. Seja o cidadão que já é usuário do serviço, seja aquele que ainda lhe é negado o acesso. Desde que encontrem respaldo legal e sejam conduzidas com o máximo de transparência para viabilizar o controle, modos de trabalho como o apresentado serão sempre bem-vindos.

### c) *Erro técnico*

*Tempus regit actum* – o tempo rege o ato. Lição básica nas disciplinas introdutórias das Faculdades de Direito é a relação entre o Direito e o tempo, determinando-se quando uma nova norma terá efeitos retroativos ou não. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/42) expressamente determina que a “*lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados os atos jurídicos perfeitos, o direito adquirido e a coisa julgada*” (art. 6º). Nessa mesma linha a Constituição Federal prevê que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*” (art. 5º, inc. XXXVI). Ambos os preceitos têm por fim tutelar a segurança jurídica e impedir que atos jurídicos perfeitos, coisa julgada e direitos adquiridos sejam prejudicados. No caso em análise, a SeinfraCOM afirma que se nova regulamentação de metas de universalização for futuramente aprovada, o TAC restará prejudicado:

“Se ocorrerem, de fato, as mudanças que estão sendo propostas por diversos atores do setor, há possibilidade de o TAC ser prejudicado pela alteração da regulamentação em que foi construído, visto que passa a ser provável a anulação do regulamento que estabelecia a obrigação de cumprimento das metas de universalização utilizadas como base para a sua assinatura, podendo assim beneficiar a operadora e prejudicar o interesse público que fundamentou a assinatura do TAC”<sup>109</sup>.

Ocorre que, no caso concreto, o TAC observou estritamente as normas de regência e, por essa razão, caracteriza-se como um *ato jurídico perfeito* para todos os fins.

---

<sup>109</sup> *Idem*, p. 22.

Superveniência de novos regulamentos fazem parte da dinâmica regulatória e são bem-vindos, mas seus novos preceitos *jamais serão retroativos*. Basta considerar o óbvio de que as novas metas de universalização consideram o panorama presente para, a partir dele, estabelecer novas obrigações aos concessionários para consecução em período de tempo futuro. Apenas pelo entendimento da lógica do Plano Geral de Metas de Universalização se constata o absurdo da alegação. Mais sofrível ainda é considerar a retroatividade de novos deveres, os quais, inclusive, podem pressupor emprego de novas tecnologias que não estavam à disposição ao tempo passado. Se o raciocínio da SeinfraCOM estivesse correto, teríamos um cenário de absoluta insegurança jurídica.

Pior ainda, **não há qualquer proposta de regulamentação concreta de um novo Plano Geral de Metas de Universalização**. Tudo o que a SeinfraCOM dispõe é de notícias de bastidores, com base nas quais ela pretende obstacularizar a celebração de TACs envolvendo Pados de universalização, levando a uma manutenção de *status quo* por inércia:

“Dada a **ausência de interesse público** na assinatura de TACs de universalização em face das **incertezas do cenário atual**, propõe-se **determinar** à Anatel que se **abstenha de incluir nos TACs quaisquer Pados relativos ao tema de universalização**, considerando que está prevista a extinção das obrigações relativas ao tema na revisão do modelo de telecomunicações, conduzida tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo, e também pela própria agência em sua proposta de revisão do PGMU para o próximo quinquênio, o que acarretaria na **perda de objeto de parcela significativa dos compromissos de correção de conduta**, tendo em vista o disposto nos arts. 2º, 6º, inciso VII, e 15 da Resolução Anatel 629/2013, e os **princípios do interesse público, da segurança jurídica e da eficiência**, previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997”<sup>110</sup>. (Destacamos)

A consequência nefasta do raciocínio apresentado pela SeinfraCOM maculado por erro grosseiro é exatamente excluir da consensualidade significativo número de Pados, porque relativos à universalização, e impedir o endereçamento de projetos específicos para superar ou minimizar o seríssimo problema de universalização no Brasil. É um verdadeiro desserviço ao Brasil.

Outro erro crasso corresponde à aceitação de que o Ministério Público Federal pode executar o TAC firmado entre ANATEL e Telefônica em caso de descumprimento total ou parcial do acordo substitutivo. A SeinfraCOM não indica qualquer fundamento normativo para tanto, mas simplesmente o entendimento de autor em resenha eletrônica veiculada no Conjur que defende a tese de que “*os TACs firmados por um legitimado podem ser executados por qualquer outro legitimado interessado, em especial o Ministério Público*”<sup>111</sup>. Muito embora a unidade técnica do TCU não indique o raciocínio jurídico para se alcançar o referido entendimento, acredita-se que isso decorra de uma interpretação ampliativa do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) e, em particular, de seu §3º, segundo o qual “[e]m caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”. Ocorre que o preceito diz respeito apenas à *ação civil pública*, e não ao termo de ajustamento de conduta previsto no art. 5º, §6º, da Lei, tanto que a norma é

---

<sup>110</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>111</sup> *Idem*, p. 7.

bastante clara ao se referir à “ação” e, mesmo assim, em caso de abandono. Não há qualquer previsão expressa que determine que qualquer legitimado para propor ação civil pública possa executar os TACs celebrados por outro legitimado, cuja dimensão da insegurança jurídica levaria ao esvaziamento irreversível dos TACs.

Além disso, o entendimento de que o Ministério Público Federal pode executar o TAC firmado entre ANATEL e Telefônica em caso de descumprimento de seus termos vai de encontro ao caráter personalíssimo dos acordos administrativos, os quais são firmados entre a autoridade pública legitimada e o comprometente após processo de negociação do qual apenas esses sujeitos participaram, sem qualquer contribuição dos demais interessados. Importante ressaltar que os acordos administrativos são fruto de concessões recíprocas, de modo que tanto o regulado quanto a Agência Reguladora assumem obrigações, ainda que, para esta, as obrigações sejam meramente procedimentais ou instrumentais, como o compromisso de arquivar os Pados a que se relacione o TAC, compromisso de fiscalizar a comprometente nos termos do que fora pactuado, compromisso de promover os atos necessários ao desenvolvimento do projeto negociado quando envolver exercício de prerrogativas exclusivas da Agência e assim por diante. Ora, não faz qualquer sentido jurídico ou lógico determinar que, em caso de descumprimento, o Ministério Público Federal ou qualquer outro legitimado possa conduzir pacto envolvendo direitos negociados de outro órgão legitimado. O absurdo chega a tanto que uma situação como esta terminaria por subordinar ambos os comprometentes – Agência Reguladora e regulado – ao outro órgão legitimado, aproximando-se do instituto da *intervenção* prevista nas normas contratuais públicas em caso de extremo inadimplemento contratual que coloque em risco a continuidade na prestação do serviço público. Seria, na prática, a aplicação de uma sanção ao legitimado celebrante do acordo substitutivo quando ele não deu causa à inexecução.

Em caso de descumprimento dos compromissos assumidos no TAC, apenas duas alternativas se colocam, pela ordem: aplicação da cláusula de inexecução e aperfeiçoamento dos efeitos do inadimplemento previstos no acordo ou rescisão do pacto. O TAC em análise disciplinou de modo minudente a primeira hipótese. Em caso de descumprimento de metas, por exemplo, serão aplicadas multas diárias por atraso e execução do valor financeiro atribuído à meta.

Em suma, o que se evidencia é um profundo desconhecimento do instrumento dos acordos substitutivos na dinâmica regulatória, acarretando em erros graves como os indicados que maculam toda a Nota Técnica da SeinfraCOM.

#### **5.4. A improcedência da tese de que recursos de multas são recursos públicos antes de serem objeto de recolhimento**

Faz-se necessário prestar um esclarecimento sobre a tese sustentada de que o montante devido de multas são recursos públicos. Isso porque **os recursos de multa não são recursos públicos**, nem do ponto de vista da finalidade, já que a multa não se destina à arrecadação, nem do ponto de vista orçamentário, pois que apenas após o efetivo recolhimento dos valores de multa eles serão convertidos em verba orçamentária pública. Para tanto, utilizaremos a noção de *ciclo sancionatório*, que confere uma visão holística da atividade sancionatória estatal.

O ciclo sancionatório se inicia na *lei formal*, oriunda do Parlamento, que irá conferir competências sancionatórias aos órgãos públicos, dispor taxativamente sobre as sanções administrativas e, se for o caso, delegar competências normativas que abrangem a aplicação de sanções pela autoridade pública. Na sequência, a *regulamentação* apresenta novas hipóteses de infrações administrativas, detalha o processo de aplicação de sanções e dispõe sobre a dosimetria, além de poder prever acordos substitutivos. No caso da ANATEL, por exemplo, verificamos que a LGT, na qualidade de lei formal, apresenta em seu Título VI – *Das Sanções* as sanções administrativas devidas no setor de telecomunicações (art. 173) e traz os critérios basilares de dosimetria, além de expressamente atribuir competência de aplicação de sanções à ANATEL (art. 19, inc. VI, IX e XI). Na esfera regulamentar, o Decreto da LGT (Decreto n.º 2.338/97) reproduz a competência expressa da ANATEL de aplicação de sanções regulatórias no setor. Porém, é no exercício do poder normativo da ANATEL que resultam as principais normas modeladoras de sua atividade sancionatória, notadamente o seu Regimento Interno (Resolução n.º 612/2013) e o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas – RASA (Resolução n.º 589/2012).

A fase *processual* pode se evidenciar logo na fiscalização – em que se evidenciados indícios de autoria e de materialidade de infração administrativa, será lavrado auto de infração – ou no *processo administrativo sancionador*, denominado *Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações* (Pado) no âmbito da ANATEL. No primeiro caso, o auto de infração corresponde ao primeiro ato do Pado, servindo de despacho ordinatório de instauração<sup>112</sup>. Ao contrário do que se pode inferir, o processo administrativo sancionador não se destina à aplicação de sanção. Essa visão simplista compromete sobremaneira as garantias fundamentais do processo expressamente asseguradas na Constituição Federal no âmbito administrativo, notadamente o contraditório e a ampla defesa<sup>113</sup>. Por essa razão afirmamos que o processo administrativo sancionador se destina à *apuração da responsabilidade administrativa*. Com a garantia do devido processo legal e de todos os direitos processuais e materiais envolvidos, o processo sancionador analisa a materialidade da situação concreta com a finalidade de verificar se o caso concreto é tipificado como infração administrativa (*positive binding*). Se constatada a infração, aplica-se a sanção devida como medida de resposta regulatória. No curso desse processo, poderá haver a celebração de um acordo substitutivo, como o TAC. O Regime Interno da ANATEL caracteriza o Pado nos termos apresentados:

Resolução ANATEL n.º 612/2013. Art. 80. “*O Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pado) destina-se a averiguar o descumprimento de disposições estabelecidas em lei, regulamento, norma, contrato, ato, termo de autorização ou permissão, bem como em ato administrativo de efeitos concretos que envolva matéria de competência da Agência, e será instaurado de ofício ou a requerimento de terceiros, mediante reclamação ou denúncia, compreendendo as seguintes fases: (...)*”.

A *sanção administrativa* se caracteriza juridicamente como um ato administrativo unilateral aplicado pela autoridade competente o término de regular processo administrativo em que se tenha caracterizado a responsabilidade administrativa. Segundo o art. 173 da LGT, apenas as sanções de advertência, multa, suspensão temporária,

---

<sup>112</sup> Cf. art. 80, parágrafo único, do Regimento Interno da ANATEL (Resolução n.º 612/2013).

<sup>113</sup> Cf. art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal.

caducidade e declaração de inidoneidade podem ser aplicadas pela ANATEL, mas, como analisado, a multa é a principal sanção regulatória. Como se verifica em qualquer outro ato administrativo, a aplicação de sanção válida, perfeita e eficaz irrecurável gera efeitos jurídicos. No caso específico da multa, a Agência designa como “*multas constituídas*” aquelas

“(…) *apuradas e consolidadas por meio de regular processo administrativo em que não seja mais cabível qualquer recurso, encontrando-se, assim, superada a fase do contencioso administrativo. Somente após o trânsito em julgado a sanção torna-se líquida, certa e exigível e a Anatel pode adotar as ações de cobrança cabíveis*”<sup>114</sup>. (Destacamos)

Assim, depreendemos como efeito jurídico imediato da decisão final de multa a constituição de **obrigação pecuniária** do sancionado perante o Estado em função do reconhecimento da responsabilidade administrativa apurada no processo administrativo. O sancionado está em débito e tem por obrigação pagar a quantia certa estipulada na multa. Efeito conexo, portanto, é a *exigibilidade da obrigação pecuniária* decorrente da multa. Por essa razão se aplica a Lei n.º 10.522/2002, que cria e disciplina o Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (Cadin), para inscrever aquele que não recolha os valores devidos pela aplicação de multa. Isso porque não está em discussão o instrumento sancionatório em si – a multa –, mas a obrigação pecuniária que dela decorre, nos termos do art. 2º, inc. I, da Lei do Cadin:

Lei n.º 10.522/2002. Art. 2º. “*O Cadin conterá relação das pessoas físicas e jurídicas que:*  
*I - sejam responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, para com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta; (...)*”. (Destacamos)

Até a coisa em julgado administrativa, quando a decisão se torna irrecurável, a multa não é exigível – tanto é assim que ela pode ser revista pela autoridade administrativa em sede recursal. Apenas no momento em que se verifica o trânsito em julgado administrativo ela passa a ser *líquida, certa e exigível*. Não por outra razão o art. 123 do Regimento Interno da ANATEL determinar que a interposição de recurso administrativo suspende a exigibilidade das sanções de multa e de advertência<sup>115</sup>. Em termos práticos, isso significa que o processo sancionador se encerra e se inicia a execução dos valores devidos a título de multa.

A última etapa do ciclo sancionatório corresponde à *execução da sanção*, ou seja, ao cumprimento das obrigações constituídas pelo exercício da competência sancionatória. No caso da multa, como analisado, esta é uma obrigação de pagar quantia certa estipulada unilateralmente pela autoridade competente após a dosimetria.

<sup>114</sup> Cf. *Relatório Anual ANATEL 2015*, p. 58.

<sup>115</sup> Resolução n.º 629/2013, art. 123. “*Será suspensa a exigibilidade de sanções de multa e de advertência, aplicadas nos autos de Pado, em razão da interposição de recurso administrativo ou de pedido de reconsideração, nos termos do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas*”.

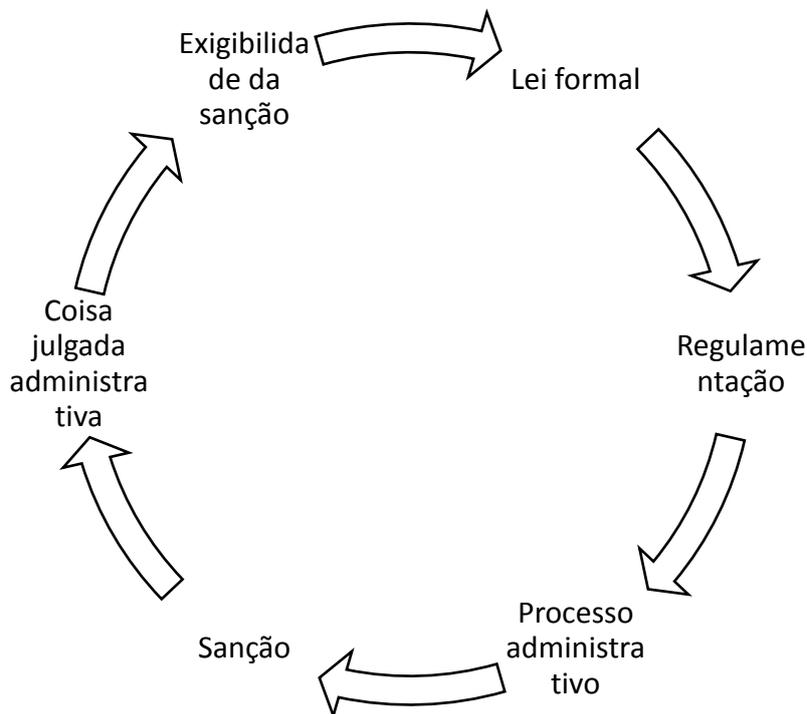


Figura 1 - Ciclo sancionatório

As multas aplicadas em processo administrativo transitado em julgado podem ser espontaneamente pagas pelo sancionado, encerrando-se a obrigação de pagar e garantindo a este particular a certidão negativa de débitos que lhe permite se relacionar em importantes frentes com o Poder Público, como o recebimento de créditos públicos e a celebração de contratos administrativos. Neste caso, **apenas quando da devida quitação dos valores de multa**, a quantia passa a compor o **erário público**. A simples constituição de obrigação de pagar decorrente da aplicação de multa não faz com que esse valor seja *per se* recursos públicos. É o **recebimento dos valores** o que determina a passagem da quantia devida do patrimônio privado<sup>116</sup> para o patrimônio público.

Se a multa não for paga no prazo estipulado pela ANATEL ao término do processo sancionador, o trânsito em julgado administrativo de processo sancionador com aplicação de multa legitima iniciar o procedimento de inscrição do sancionado no Cadin. Para tanto, a Lei n.º 10.522/2002 exige que comunicado específico seja endereçado ao sancionado – agora o *devedor* –, fornecendo-se todas as informações pertinentes ao débito (art. 1º, §2º). Apenas após o transcurso de 75 dias do comunicado (fase de notificação), o sancionado será relacionado no Cadin. Nessa toada, a exigibilidade da obrigação pecuniária constituída determina a atuação da Procuradoria-Geral Federal (PGF), inclusive judicial, para satisfazer o crédito devido por multas. Criada pela Lei n.º 10.480/2002, a PGF tem por atribuição representar judicial e extrajudicialmente as autarquias (incluídas as Agências Reguladoras) e as fundações públicas federais. O art. 10 da Lei n.º 10.480/2002

<sup>116</sup> Compreendido aqui em sentido amplo, de modo a abarcar as empresas estatais reguladas, que são regidas pelo regime de direito privado parcialmente derogado, nos termos do art. 173, §1º, da Constituição Federal.

descreve as atividades da PGF que se relacionam diretamente com a exigibilidade de créditos devidos pela inobservância da obrigação pecuniária das multas:

Lei n.º 10.480/2002. Art. 10. “À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a **apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial**”. (Destacamos)

No que tange à cobrança amigável dos créditos devidos pelas multas não quitadas, mencione-se a política de parcelamento da ANATEL em consonância com a Lei n.º 10.522/2002<sup>117</sup>, infelizmente muito pouco representativo<sup>118</sup>.

Como os demais atos administrativos, a sanção goza dos mesmos atributos listados pela doutrina, ressalvado o da *autoexecutoriedade*, o que determina um modo especial de execução dos débitos no caso da multa. A PGF procede à inscrição na Dívida Ativa da Fazenda Pública, aplicando-se, para todos os efeitos, a Lei n.º 6.830/80<sup>119</sup>, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa por meio da *ação de execução fiscal*. Antes de ajuizá-la, porém, a PGF deve emitir “*certidão de dívida ativa*” (CDA)<sup>120</sup>, cabendo seu protesto extrajudicial nos termos da Lei n.º 9.492/97<sup>121</sup>. Após esse procedimento, a PGF pode ajuizar ação de execução fiscal para cobrar os valores devidos pelas multas não adimplidas. Esses valores apenas passarão a integrar o erário público mediante o **recebimento judicial** da quantia devida ao final da ação de execução fiscal.

A análise do ciclo permite evidenciar todo o desenvolvimento da atividade administrativa sancionatória e, assim, segmentando fase a fase, clarificarmos importantes aspectos técnicos. Como apresentado, a mera decisão administrativa de aplicação de multa tem o

---

<sup>117</sup> Cf. art. 37-B, da Lei 10.522/2002. “*Os créditos das autarquias e fundações públicas federais, de qualquer natureza, poderão ser parcelados em até 60 (sessenta) prestações mensais.* (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)”.

<sup>118</sup> A partir de dados disponibilizados no *Relatório Anual Anatel 2015*, calculamos que no período de 2000 a 2015 apenas 4,27% das multas constituídas não arrecadas foram objeto de parcelamento, o que corresponde a 0,30% do débito não quitado no período. Comparando-se com a suspensão judicial de multas, temos que um equivalente montante de casos (4,48%) corresponde a 53,38% do valor não adimplido no período. Isso demonstra o quanto o parcelamento de débitos, na qualidade de acordo administrativo, ainda tem a avançar no campo da regulação.

<sup>119</sup> Assim porque o art. 2.º da Lei n.º 6.830/80 c/c o art. 39, §2º, da Lei n.º 4.320/64 determina a inscrição na Dívida Ativa da Fazenda Pública de crédito tributários e de *créditos não tributários*, correspondentes aos “*os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais*” (art. 39, §2º, da Lei n.º 4.320/64).

<sup>120</sup> Lei n.º 6.830/80, art. 25. “*O termo de inscrição em Dívida Ativa da União, bem como o das autarquias e fundações públicas federais, a Certidão de Dívida Ativa dele extraída e a petição inicial em processo de execução fiscal poderão ser substituídos manualmente, ou por chancela mecânica ou eletrônica, observadas as disposições legais.* (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009). *Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se, também, à inscrição em Dívida Ativa e à cobrança judicial da contribuição, multas e demais encargos previstos na legislação respectiva, relativos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*”. Destacamos.

<sup>121</sup> Cf. art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 9.492/97.

efeito de *constituir unilateralmente o sancionado em obrigação pecuniária*, mas não faz com que o valor já seja em si considerado recurso público, o que se dará apenas pelo recebimento administrativo (pagamento espontâneo), judicial (ação de execução fiscal) ou amigável (parcelamento) da quantia devida. Enquanto não forem recolhidos, os valores de multa são passíveis de revisão judicial ou de prescrição.

Poderíamos estender mais o ciclo sancionatório para contemplar a efetividade das multas aplicadas e, assim, posicionarmos sobre o *efetivo recolhimento dos valores devidos a título de multa*. Faltam dados estatísticos cabais, mas vale mencionar a pesquisa do IPEA *Custo e Tempo do Processo de Execução Fiscal Promovido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*, que constatou que 25,8% desses processos são encerrados por pagamento<sup>122</sup>. A despeito de os autores reconhecerem nesse número um “*grau de sucesso razoável*”, parece-nos que não há êxito, especialmente se considerarmos os custos processuais envolvidos em sua tramitação.

Por outro lado, os valores de multa recolhidos pela ANATEL constituem importante fonte de receita do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL)<sup>123</sup> e, por consequência, do FUST, este voltado à universalização. Porém, esses fundos são sistematicamente contingenciados: ainda que não consolidados, dados do mercado indicam que pouco mais de 1% dos R\$ 20 bilhões arrecadados pelo FUST foram destinados à sua finalidade precípua. Nessa linha, a LOA/2015 (Lei n.º 13.115/2015) autorizou dotação de pífios R\$ 7,5 milhões para investimentos em 2015, valor este que foi contingenciado em 43,2%<sup>124</sup>. Reações institucionais são noticiadas, como a liminar concedida em ação civil pública ajuizada pela OAB para determinar a destinação dos recursos da FISTEL apenas às finalidades do fundo<sup>125</sup>, e os projetos de lei apresentados para impedir qualquer destinação dos recursos dos fundos de telecomunicações estranhas às finalidades originalmente traçadas<sup>126</sup>.

Analisado esse cenário sobre a destinação efetiva dos valores das multas aplicadas pela ANATEL, podemos concluir que **os usuários se beneficiam dos valores das multas aplicadas**<sup>127</sup>; eles simplesmente viram caixa no Tesouro Nacional. No mundo ideal, as multas aplicadas seriam proporcionais, os seus valores seriam recolhidos aos fundos e esse rendimento subsidiaria importantes projetos de investimento em melhorias no setor,

---

<sup>122</sup> Cf. Alexandre dos Santos Cunha (coord.), Nota Técnica do IPEA *Custo e Tempo do Processo de Execução Fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, 2011, p. 7. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/111230\\_notatecnicadiest1.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf). Acesso em 20 de junho de 2017.

<sup>123</sup> Cf. art. 51 da LGT.

<sup>124</sup> Cf. *Relatório Anual ANATEL 2015*, p. 113.

<sup>125</sup> Cf. liminar proferida pela Juíza Federal Substituta DIANA MARIA WANDERLEI DA SILVA da 5ª Vara Federal, em 20 de janeiro de 2017, Processo n.º 65319-70.2016.4.01.3400.

<sup>126</sup> É o exemplo do PL 7236/2017, tramitado em regime de urgência na Câmara dos Deputados, para blindar os recursos do FUST de contingenciamento, e o PL 3041/2015, para destinar valores de multas e outras fontes de receita do FISTEL exclusivamente à satisfação das finalidades públicas do setor regulado.

<sup>127</sup> Demonstra-se empiricamente a impropriedade de a SeinfraCOM indicar que o valor arrecado a título de multa seria prontamente revertido à sociedade, como fica claro na seguinte passagem: “[u]tilizando-se essa proporção como parâmetro, verifica-se que, não havendo a assinatura de TAC, **um total de 50% dos valores das multas seria destinado diretamente à política pública de universalização do serviço de telefonia prestado em regime público do setor de telecomunicações**. 240. Ainda que o centro da política pública atual seja a universalização da banda larga, e não da telefonia fixa, **a destinação ao Fust de 50% dos valores das multas arrecadadas pela Anatel deixa claro que os recursos das multas a serem incluídas no TAC já possuem, desde o início, uma vinculação a ações voltadas para o interesse público e para a concretização de políticas públicas de cunho social**”. Destacamos.

como a efetiva universalização, o aprimoramento da qualidade de acesso, o desenvolvimento tecnológico e a discrepância de qualidade de serviço regional, por exemplo. Na prática, muito pouco disso se verifica.

Os termos de ajustamento de conduta têm enorme potencialidade de reverterem aos usuários melhores serviços e reais investimentos. O TAC que a Nota Técnica da SeinfraCOM alega ser ilegal traz diversos compromissos de investimentos nas redes de telecomunicações cujo cumprimento será aferido por meio do Índice Geral de Qualidade Operacional minuciosamente parametrizado a depender da complexidade do investimento. Dentre os projetos que integram o TAC consta o *Projeto Ampliação do Serviço Móvel em Municípios que tenham cobertura*, por exemplo, que prevê a implantação de 1.200 novos sites 3G ou 4G. Em sua justificativa, são apresentados os seguintes objetivos do projeto:

*“O presente projeto visa ampliar a cobertura do Serviço Móvel Pessoal – SMP horizontal nos municípios atualmente atendidos com tecnologia 3G ou 4G. A ativação de sites adicionais do Serviço Móvel Pessoal – SMP em municípios já atendidos atualizará a abrangência de cobertura, tornando-a mais aderente à expansão e às diferentes características das áreas urbanas. O serviço estará presente para uma quantidade maior de usuários, que contarão com maior disponibilidade do serviço tradicional de voz e, também, melhor viabilidade e velocidade do tráfego de dados. Este projeto minimizará a ocorrência de zonas de sombra e permitirá o atendimento às áreas ou regiões onde houve um crescimento orgânico da população. Com isso, a Telefônica contribuirá indiretamente para o desenvolvimento econômico-social destas regiões, ao prover conectividade com potencial de viabilizar a comunicação, os negócios, o acesso à informação e o entretenimento, bem como haverá uma melhora da qualidade da prestação do serviço móvel, aumentando os níveis de acesso e fruição”.*

Como este projeto, são previstos outros compromissos de investimento no setor, como o *Projeto Modernização Core da Rede*, o *Projeto de Adequação da Planta residual de TUPs*, o *Projeto Solução 900 MHz*, o *Projeto Implantação de 3G em municípios 2G only*, o *Projeto Aplicativo Pessoa Física*, entre outros. Os investimentos contemplam 507 Municípios, e muitos deles serão beneficiados por mais de um projeto, de modo que, ao final do dia, o TAC viabilizará 761 projetos nesses Municípios. Com esses investimentos estruturantes, o Brasil saltaria 35 posições do *ranking mundial da internet* até o final da vigência do TAC (60ª posição) com aumento da velocidade média de internet dos atuais 4,5 Mbps para 7,5 Mbps. Se o TCU adotar a Nota Técnica da Seinfra, estará *ceifando todos os investimentos diretos no setor* absolutamente necessários para o desenvolvimento das telecomunicações no Brasil, especialmente diante do quadro orçamentário calamitoso que praticamente inviabiliza a ANATEL de realizar novos investimentos.

## **5.6. O despropósito de se imputar a conduta dos dirigentes da ANATEL**

Há momentos em que o curso da história nos prega peça. Somos subitamente surpreendidos por anomalias institucionais que distorcem o que compreendemos por Estado de Direito. Estamos vivendo momentos de grande conturbação política e de

confusão institucional<sup>128</sup>. O que dizer quando gestores públicos de absoluta boa-fé e movidos pelo mais genuíno interesse público para solucionar um entrave regulatório grave e colocar em funcionamento instrumento jurídico ainda incipiente no Brasil, mas de enorme potencialidade, são imputados de conduta dolosa e pessoalmente responsabilizados? Imputações rasas, arbitrárias, sem provas, sem precedentes, verdadeiramente antiéticas despontam aos montes na Nota Técnica. A imputação de conduta dolosa aos Conselheiros da Anatel é de um absurdo jurídico sem precedentes: não reúne nem os pressupostos da teoria volitiva do dolo, nem pode ser enquadrado num rudimento de *praeter dolo*.

Uma responsabilização pessoal é uma imputação seríssima, que pode trazer consequências terríveis para a vida profissional e pessoal do gestor acusado. No caso concreto não há indicação de *atos concretos*, ou seja, de atitudes pessoais dos Conselheiros de má-fé que levassem a um resultado danoso. Para uma acusação de tamanha envergadura, seria esperado que o TCU apresentasse, por exemplo, algum conflito de interesses pessoal, político ou empresarial dos Conselheiros com a Diretoria da Telefônica; pacto de favorecimento, como a oportunidade de posterior acerto de carreira na empresa em clara burla à sabatina; acertos monetários, em evidente ato de corrupção etc. *Nada disso foi apresentado*. Simplesmente se aduz que esses Conselheiros assinaram um acordo viciado, “*contrariando os princípios da legalidade, da publicidade, da motivação, da finalidade, do interesse público e da segurança jurídica*”, assim como a demais preceitos normativos escolhidos a esmo sem a devida conexão com o caso concreto. Retórica pura<sup>129</sup>. Nem ao menos houve a preocupação de caracterizar a conduta investigada como dolosa. A falta de ônus argumentativo envergonha a instituição do TCU e, isso sim, mereceria apuração.

Os gestores públicos têm hoje grande medo de tomarem decisões manejando de fato a discricionariedade administrativa exatamente por medo de controles como a aventada na Nota Técnica. É o que chamamos de “*gestão de defesa do administrador de boa-fé refém do controle*”<sup>130</sup>. Temem “*responder com o próprio CPF*”. O desenvolvimento de políticas públicas resta, assim, fortemente comprometido porque os gestores dificilmente tomarão as decisões necessárias – e difíceis ou até mesmo trágicas – por receio. Preferem esperar por uma norma que lhes dê o respaldo da vinculação. Alguém poderia argumentar que esta é uma postura improba ou uma falta disciplinar grave. Podemos ir por essa linha formalista típica da racionalidade jurídica, mas estaremos perdendo um fundamental ponto de discussão ao tentar – novamente! – culpar o gestor público ao invés de enfrentar os reais problemas do funcionalismo público no Brasil. Um deles é *o excesso de controle*

---

<sup>128</sup> Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e JULIANA BONACORSI DE PALMA. *Os Sete Impasses do Controle da Administração Pública* in MARCOS AUGUSTO PEREZ e RODRIGO PAGANI DE SOUZA (coord.), *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

<sup>129</sup> “*Mas o que interessa destacar aqui (...) [é] sim que o uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo. E por que facilitador e legitimador? Porque belos princípios ninguém tem coragem de refutar, e muita gente se sente autorizada a tirar conclusões bem concretas apenas recitando fórmulas meio poéticas (aliás, de preferência muitas delas – como se enfileirar princípios, todos muito vagos, aumentasse a força da conclusão). A verdade é que motivações e discussões que ficam nesse plano de generalidades são insuficientes para conclusões concretas. A razão é óbvia: nesse plano, quase todo mundo tem alguma razão no que diz*”. *Direito Administrativo para Céticos*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 225.

<sup>130</sup> FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e JULIANA BONACORSI DE PALMA. *Os Sete Impasses do Controle da Administração Pública* in MARCOS AUGUSTO PEREZ e RODRIGO PAGANI DE SOUZA (coord.), *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 31.

*na gestão pública regulatória e contratual e a ausência de controle onde ele se faz necessário.*

A burocracia pública brasileira apenas pode avançar se seus gestores estiverem devidamente tutelados para que possam tomar decisões difíceis, inovar, desafiar tradições, experimentar e até mesmo errar. No Brasil, o experimentalismo ainda não se desenvolveu como nos demais sistemas jurídicos avançados exatamente porque o erro honesto não é admitido pelos controladores. Não estamos advogando para que os controladores “perdoem” os erros da gestão pública “ensinem” como agir dentro da legalidade. Como analisamos, o Legislador conferiu às entidades administrativas competências privativas, o que pressupõe a atividade de interpretação legal. Espera-se que o TCU e os demais controladores se posicionem em seu devido lugar institucional, exercendo a importante atividade de controle dentro dos limites colocados pela Constituição e pelas diversas escolhas legislativas. O “controle pedagógico” é um disfarce para a substituição da Administração Pública pelo controlador em clara usurpação de competências administrativas. Cada instituição tem que ocupar o espaço institucional específico que lhe foi reservado.

## **6. Considerações finais**

Todas as multas em negociação no presente TAC somam R\$ 2.862.880.319,20. Como analisado, elas dificilmente seriam revertidas em benefícios direto ao setor, viabilizando serviços de maior qualidade e mais acessíveis aos usuários potenciais e efetivos das telecomunicações. Os compromissos definidos no acordo substitutivo, como bem apresentado na análise do Conselheiro da ANATEL IGOR VILAS BOAS DE FREITAS, viabiliza a execução de projetos de investimentos por parte da empresa compromissária que se voltam, dentre outras melhorias, à “*ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações, direcionada ao atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, [contribuindo] para a redução das diferenças regionais*”. Considerando os compromissos adicionais, os valores estimados de investimento superam os R\$ 2,86 bilhões devidos de multa.

O TAC firmado entre a ANATEL e a Telefônica recebeu a chancela do TCU. Porém, seria isso suficiente para garantir o nível de segurança jurídica necessário para que novos acordos substitutivos sejam formalizados?

No caso concreto, o TCU determinou à ANATEL que: (1) analisasse especificamente cada um dos Pados a ser incluído no TAC; (2) mesurasse o impacto de cada Pado, isoladamente, sobre o valor do TAC; (3) estabelecesse metas intermediárias para cada indicador ou índice; (4) garanta que o valor da multa por descumprimento seja superior ao montante de investimento; (5) estabeleça em cada minuta definitiva de TAC ou na norma de acompanhamento e fiscalização as condições iniciais necessárias para o acompanhamento dos compromissos pactuados, que devem necessariamente conter a relação final de Pados, a situação atualizada de cada compromisso no momento da assinatura e as metas e os marcos temporais de avaliação; (6) delimite de modo claro e prévio o objetivo do TAC; (7) não admita ações, atividades e investimentos já realizados ou em andamento; (8) abstenha-se de liberar as garantias em editais de licitação específicos; e (9) no prazo de 30 dias, apresente ao TCU as medidas que pretende adotar

para assegurar que os projetos executivos em cada município sejam representativos estatisticamente do conjunto socioeconômico e submeta as minutas ajustadas para nova aprovação pelo Conselho Diretor da ANATEL. Além dessas determinações, foram previstas recomendações e oitiva da Agência para esclarecimentos.

Todas essas determinações referem-se à atividade-fim negocial. Aliás, várias delas tocam em compromissos fundantes da natureza do acordo e determinantes de seu sucesso, como o método de seleção dos processos sancionadores, os incentivos para cumprimento da avença e a delimitação do escopo do acordo. Seria esse o papel do controlador?

No caso em análise, perdeu-se oportunidade única de investimento direto em infraestrutura. Diante do quadro de determinações no caso, que incentivo terão as empresas e a própria ANATEL em celebrar novos TACs? Conforme indica a própria unidade técnica do TCU, há 37 pedidos de celebração de TAC em curso contemplando Pados cujas estimativas de multa pode alcançar o valor de R\$ 9,1 bilhões<sup>131</sup>. Estamos diante de uma *revolução de investimentos* no setor de telecomunicações com a janela de oportunidade de conversão de multas (não recolhidas e não investidas) em investimentos diretos para a modernização das redes de telecomunicações.

Aceitar a consensualidade não se limita a indicar que o instrumento é juridicamente viável. É preciso que se reconheça o espaço da gestão pública e seja aceita a ampla margem de discricionariedade necessária à negociação de acordos. O controle da atividade-fim negocial não apenas acarreta distorções regulatórias, chegando a inviabilizar por completo negociações, mas tem o mais indesejado dos efeitos: cria incentivos negativos à consensualidade.

---

<sup>131</sup> Cf. Nota Técnica da SeinfraCOM/TCU, p 126.