

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO



CULTURA E EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA

# **OBSERVATÓRIO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

## **RELATÓRIO DE ATIVIDADES**

Primeiro semestre de 2016

*Relatório de observação parcial referente às atividades do Observatório do Controle da Administração Pública desenvolvidas no primeiro semestre de 2016. Coordenação: Professor Titular Floriano de Azevedo Marques Neto.*

Faculdade de Direito da USP

São Paulo, 30 de julho de 2016.

## SUMÁRIO

1. O OBSERVATÓRIO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	3
2. ESCOPO DO OBSERVATÓRIO E METODOLOGIA .....	5
3. ESTRUTURAÇÃO E MEMBROS DO GRUPO .....	9
4. ALUNOS DA GRADUAÇÃO COM DIREITO A CRÉDITO .....	11
5. REUNIÕES PRESENCIAIS.....	13
6. RESULTADOS PRELIMINARES.....	15
6.1. Seleção para participar do 6º Encontro de Pesquisa Empírica em Direito (REED).....	15
6.2. Destaque dos resultados da observação do Observatório em matéria no Estadão .....	15
6.3. Relatórios de observação parciais.....	16
6.4. Sumário executivo .....	16
6.5. Artigo .....	16
ANEXO I – Tabela de controle .....	17
ANEXO II – Tabela de reação .....	18
ANEXO III – Tabela de checagem.....	19
ANEXO IV – Orientação de preenchimento das tabelas.....	20
ANEXO V – Relatório parcial – ANATEL .....	27
ANEXO VI – Relatório parcial – ANVISA.....	36
ANEXO VI – Relatório parcial – ANEEL.....	43
ANEXO VI – Relatório parcial – ANAC, ANTT e ANTAQ.....	52

## 1. O OBSERVATÓRIO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Diante do atual cenário de incremento dos mecanismos de controle da gestão pública juntamente com o maior engajamento de instituições controladoras, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas, o OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA tem por finalidade capacitar os alunos para se posicionarem criticamente sobre a atual dinâmica de controle da Administração Pública.

Para tanto, a presente atividade de extensão tem por escopo acompanhar e avaliar as práticas dos órgãos de controle a partir da *experiência do controle externo das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União (TCU)*.

Pela preparação prévia aos encontros semanais, os alunos *adquirem o nível de informação* necessário para se inserirem nas discussões sobre o controle da Administração Pública. Conduzidas fundamentalmente pelo método de diálogo socrático, as aulas desenvolvem *habilidades* essenciais à atividade profissional no campo do Direito, particularmente a capacidade de síntese, a expressão verbal e a habilidade argumentativa. Na medida em que os encontros se realizem, os alunos *aprimoram a sua capacidade crítica e de análise de panorama*.

Ademais, os alunos foram divididos em frentes de análise com a finalidade de investigar como o TCU controla a estrutura e o funcionamento das Agências Reguladoras. Esta investida propicia, a um só tempo, efetivo desenvolvimento do aluno no campo da observação e da observação crítica das práticas profissionais enquanto gera informação de utilidade pública. De fato, os resultados preliminares são reveladores e já têm embasado debates sobre o papel do TCU no controle da regulação no Brasil.

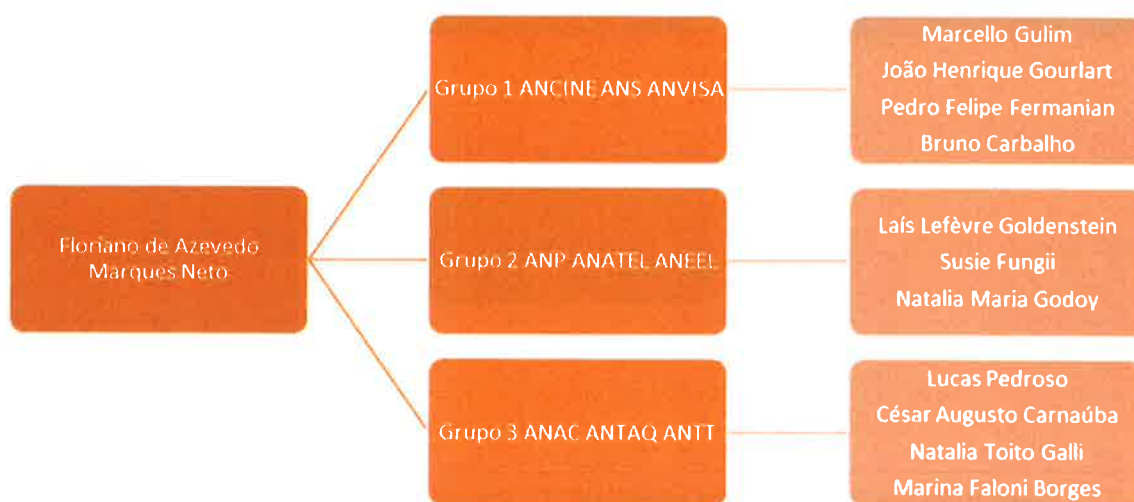
O OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA é coordenado pelo Professor Titular Floriano de Azevedo Marques Neto e é formado por alunos da graduação e da pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, bem como por membros externos que enxergam neste projeto uma oportunidade de trabalhar com observação e construir conhecimento empírico de primeira importância. Iniciado em 28 de março, o projeto encontra-se em sua segunda fase, correspondente à depuração dos resultados empíricos alcançados na primeira fase.

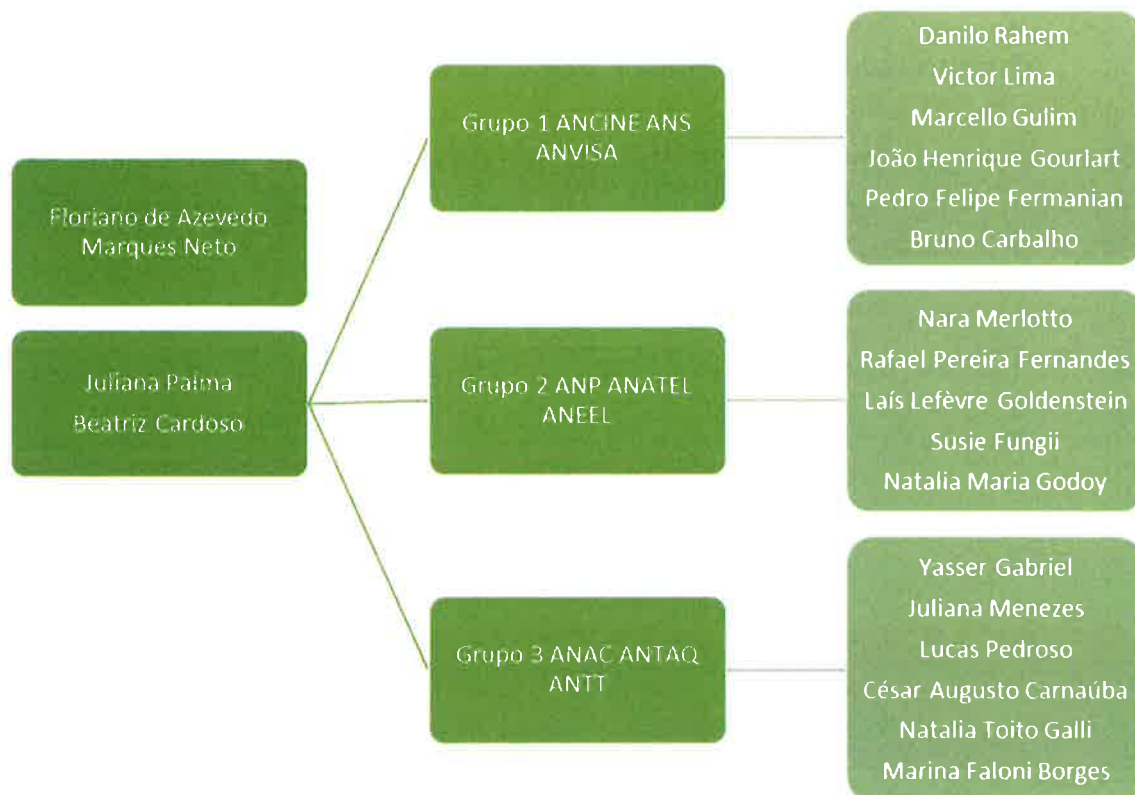


O principal objetivo do Observatório é acompanhar e avaliar as práticas do Tribunal de Contas da União (TCU) no controle das Agências Reguladoras.

## 2. ESCOPO DO OBSERVATÓRIO E METODOLOGIA

A hipótese adotada pelo grupo é a de que a independência e a autonomia das Agências Reguladoras são significativamente condicionadas pelo controle do TCU. Assim, foram selecionadas nove Agências Reguladoras federais para analisar esta dinâmica institucional permeada pelo TCU: ANAC, ANS, ANCINE, ANVISA, ANATEL, ANEEL, ANTT, ANTAQ e ANP.





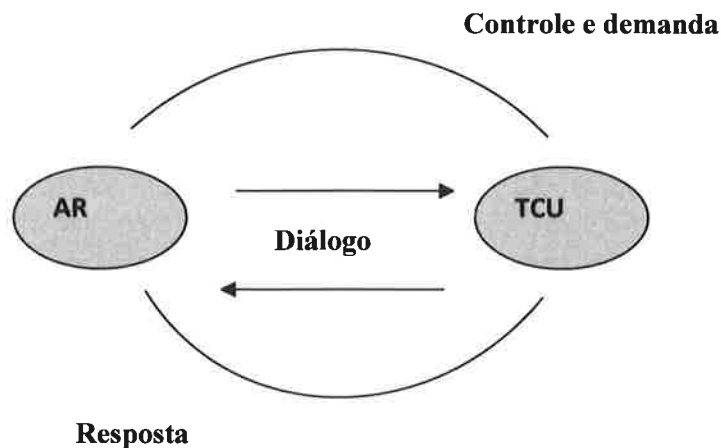
Delimitou-se como marco temporal da atividade o ano de 2014, de modo que foram analisadas todas as decisões de auditoria relativas às referidas Agências Reguladoras proferidas pelo TCU em 2014. Em complementação, outras fontes foram avaliadas, como contratos de gestão firmados pelas Agências Reguladoras, relatórios de gestão, decisões concretas das Agências Reguladoras, leis formais, regulamentos, contratos e convênios.

A observação do controle das Agências Reguladoras pelo TCU deu-se do seguinte modo: (i) levantamento das decisões de auditoria relativas às ARs selecionadas no ano de 2014; (ii) análise categorizada das decisões de auditoria; (iii) levantamento e avaliação da resposta das ARs às demandas de controle do TCU a partir da análise dos relatórios de gestão elaborados pelas ARs e de decisões concretas relativas à pauta do TCU.

Assim, para analisar a hipótese de observação – a independência e a autonomia das Agências Reguladoras são significativamente condicionadas pelo controle do TCU – o grupo mapeou o diálogo institucional entre Agências Reguladoras e TCU. Por este mapeamento foi possível identificar quais são os parâmetros de controle praticados, incluindo os instrumentos de controle e as atividades objeto de análise. Também

verificamos como as decisões do controlador impactaram, ou não, a gestão e as atividades-fim das Agências Reguladoras.

O diagrama abaixo sintetiza a dinâmica de diálogo institucional:



A fim de conferir maior clareza e racionalidade na análise, foram estabelecidas três frentes de investigação. Para cada uma dessas frentes foram elaboradas tabelas específicas de tratamento dos dados, cabendo aos alunos, preenchê-las a partir das fontes primárias levantadas.

### **Frente 1 – como o TCU controla as Agências Reguladoras?**

Análise das decisões do TCU com a finalidade de depreender, dentre outras, as seguintes informações: instrumento de controle; objeto; demanda do TCU; racionalidade da decisão; e mecanismos de controle para conferir efetividade à decisão. Trata-se da etapa de preenchimento da *Tabela de Controle*.

### **Frente 2 – Como as Agências Reguladoras respondem às demandas do TCU?**

Análise das respostas das Agências Reguladoras às demandas do TCU, as quais podem ser formalizadas em ofícios, memorandos, relatórios de gestão, relatórios de atividades específicas, relatórios de auditoria interna, relatórios de prestação de contas, dentre outros. Por esta análise foram depreendidas: as respostas formais das Agências Reguladoras; as respostas operacionais, como a mudança de uma prática, a edição de uma norma específica etc.; as resistências e como os conflitos foram

tratados (no âmbito judicial, por exemplo); e as respostas informais. Houve preenchimento da *Tabela de Reação*.

### **Frente 3 – Como o TCU avaliou as respostas das Agências Reguladoras ao controle?**

Análise das decisões do TCU sobre as respostas fornecidas ou praticadas pelas Agências Reguladoras ao controle, com especial ênfase sobre a racionalidade da decisão. Foi preenchida a *Tabela de Checagem*.

---

<b>OBSERVATÓRIO</b>	
<b>Frente 1 – como o TCU controla as Agências Reguladoras?</b>	<b>Documentos de 2014</b>
<b>Frente 2 – Como as Agências Reguladoras respondem às demandas do TCU?</b>	Documentos relacionados
<b>Frente 3 – Como o TCU avaliou as respostas das Agências Reguladoras ao controle?</b>	Documentos relacionados

---

Para cada Agência Reguladora foram preenchidas tabelas dos três tipos mencionados. Ao final do processo, os observadores, monitores e alunos confeccionaram relatórios parciais de análise com apresentação dos principais achados de observação, que serviram de subsídio para redação do sumário executivo. Todas as tabelas preenchidas e todos os relatórios de observação estão disponibilizados no anexo do presente Relatório de Atividades, assim como o sumário executivo.



### **3. ESTRUTURAÇÃO E MEMBROS DO GRUPO**

O OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA tem a seguinte composição:

#### **Coordenador-Geral**

Professor Titular da FADUSP Floriano de Azevedo Marques Neto

#### **Professora Convidada**

Juliana Bonacorsi de Palma, ex-aluna da pós-graduação da FADUSP

#### **Agregadores**

Nara Merlotto, aluna de pós-graduação da FADUSP

Danilo Rehem, ex-aluno de graduação da FADUSP

Yasser Gabriel, ex-aluno de pós-graduação da FGV Direito SP

#### **Monitores**

Beatriz Cardoso, ex-aluna da FADUSP

Juliana Menezes, ex-aluna da FADUSP

Victor Bastos Lima, ex-aluno da FADUSP

Rafael Pereira Fernandes, ex-aluno da FADUSP

#### **Alunos de graduação matriculados na atividade**

Bruno Carvalho, aluno de graduação da FADUSP do V semestre

César Carnaúba, aluno de graduação da FADUSP do VII semestre

João Henrique Goulart, aluno de graduação da FADUSP do V semestre

Laís Goldenstein, aluna de graduação da FADUSP do VII semestre

Lucas Pedroso, aluno de graduação da FADUSP do IX semestre

Marcello Gulim, aluno de graduação da FADUSP do IX semestre

Marina Borges, aluna de graduação da FADUSP do V semestre

Natália Godoy, Natalia Galli, aluna de graduação da FADUSP do V semestre

Pedro Felipe Fermanian, aluno de graduação da FADUSP do III semestre

Susie Fungii, aluno de graduação da FADUSP do V semestre

Talita da Rocha, aluno de graduação da FADUSP do IX semestre

#### **4. ALUNOS DA GRADUAÇÃO COM DIREITO A CRÉDITO**

**César Augusto Martins Carnaúba**

N.º USP 8592490

**João Henrique de Moraes Goulart**

N.º USP 8996354

**Lais Lefèvre Goldenstein**

N.º USP 8592997

**Lucas Alúcio Scatimburgo Pedroso**

N.º USP 8047491

**Marcello de Oliveira Gulim**

N.º USP 8047848

**Marina Faloni Machado Rodrigues Borges**

N.º USP 8996761

**Natalia Toito Galli**

N.º USP 8995631

**Pedro Felipe de Carvalho Fermanian**

N.º USP 9353397

**Susie Fungii**

N.º USP 8997571

## **5. REUNIÕES PRESENCIAIS**

As reuniões do OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA são realizadas quinzenalmente, na sala de reuniões do Departamento de Direito do Estado (DES-FADUSP), às segundas-feiras, das 16h e 30min às 18h. Foram programados 16 encontros ao longo do período de atividades referente ao ano de 2016.

Os encontros têm por finalidade debater o controle das Agências Reguladoras pelo TCU e qualificar a leitura deste diálogo institucional pelos membros do grupo. Assim, os encontros são fundamentalmente de quatro tipos:

### **Metodologia em Direito & Burocracia**

Debate dos métodos de análise na linha Direito & Burocracia, como análise documental, análise de jurisprudência administrativa e análise de dados, com enfoque para a relação entre controle das ARs pelo TCU.

### **Diálogos Regulatórios**

Conversa com especialistas sobre a seguinte questão: a independência e a autonomia das Agências Reguladoras são significativamente condicionadas pelo controle do TCU? Podem ser objeto de discussão também os resultados preliminares alcançados pelo Observatório.

### **Seminários de Observação**

Encontros de apresentação dos achados de observação e ajustes da análise.

### **Rodadas de Apresentação dos Achados de Observação**

Exposição dos achados de observação obtidos a partir da atividade de observação do TCU quanto às decisões de controle das ARs.

A tabela abaixo sistematiza as reuniões presenciais realizadas, incluindo a data do encontro, o mote do diálogo e os responsáveis pela condução dos diálogos ou

convidados, sendo que neste caso a atividade se desenvolveu sob a coordenação dos professores:

<b>28/03</b>	Apresentação do Observatório	Floriano de Azevedo Marques Neto Juliana Bonacorsi de Palma
<b>04/04</b>	Metodologia em Direito & Burocracia	Juliana Bonacorsi de Palma
<b>18/04</b>	Diálogos Regulatórios	Fernando Dias Menezes de Almeida
<b>02/05</b>	Diálogos Regulatórios	Marcos Perez
<b>16/05</b>	Seminário de Análise	Juliana Bonacorsi de Palma
<b>30/05</b>	Metodologia em Direito & Burocracia	Juliane Erthal André Janjácómo Rosilho
<b>06/06</b>	Primeira rodada de apresentação dos resultados	Floriano de Azevedo Marques Neto
<b>27/06</b>	Diálogos Regulatórios	Juliana Bonacorsi de Palma
<b>11/08</b>	Plenária de apresentação dos resultados	Floriano de Azevedo Marques Neto

## 6. RESULTADOS PRELIMINARES

Apesar de recente, o OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA já alcançou resultados expressivos:

### 6.1. Seleção para participar do 6º Encontro de Pesquisa Empírica em Direito (REED)

O resumo do artigo em elaboração foi selecionado para participar do 6º Encontro de Pesquisa Empírica em Direito, a ser realizado entre os dias 31 de agosto e 2 de setembro de 2016 em Canoas, Rio Grande do Sul. O artigo será exposto no dia 1º de setembro, no GT *Direito e Economia*. Link: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2016/06/Programac%CC%A7a%CC%83o-6%C2%BA-EPED.pdf>

### 6.2. Destaque dos resultados observação do Observatório em matéria no Estadão

O Jornal *O Estado de São Paulo* publicou, no dia 25 de abril de 2016, matéria intitulada *TCU toma lugar das Agências Reguladoras*, em que há expressa menção ao Observatório e suas atividades de análise:

“Na lista de interferências que causaram polêmica no mercado, estão a atuação do TCU na fixação do preço para uso de radiofrequência e a posição sobre a prorrogação de contratos de arrendamento na área de portos, afirma o **professor do Departamento de Direito Público da Universidade de São Paulo (USP), Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto**. Ele conta que o **impacto do controle do TCU sobre as agências reguladoras virou tema de um trabalho que está sendo tocado pelo Observatório do Controle da Administração Pública, grupo regular de extensão da faculdade de direito.**

Um dos primeiros resultados do trabalho, que só será concluído ao final deste ano, é que **as agências não têm resistido às recomendações do TCU**. A experiência dos últimos anos mostra que os reguladores quase sempre acatam as observações”. Destacamos.

*Link:* <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,tcu-toma-lugar-das-agencias-reguladoras,10000027856>

### **6.3. Relatórios observação parciais**

Os diálogos ensejaram relatórios observação parciais pelos grupos do Observatório, os quais podem ser objeto de futura divulgação autônoma.

### **6.4. Sumário executivo**

A reflexão deste período ensejou a confecção de sumário executivo, que se encontra anexado.

### **6.5. Artigo**

O artigo que será apresentado no REED está em elaboração.





## ANEXO II – Tabela de reação

Documento	Identificação do documento	Agência	Data	Decisão relacionada	Autoridade respondente	Manifestação da Procuradoria?	Órgão competente	Tipo de resposta (formal, operacional ou de resistência)	Resposta a todas as demandas?

Motivação fraca	Motivação forte	Implementada de pronto?	Período de transição?	Mudança operacional?	Encaminhamento do conflito	Seleção de passagens

**ANEXO III – Tabela de checagem**

Nº acórdão	Link do documento	Agência	Data	Acórdão relacionado	Relator	Resposta acatada (recomendação implementada)?	Motivação fraca

Motivação forte	Outros	Novas determinações às Agências Reguladoras?	Aplicação de sanção?	Encaminhamento de conflito?	Outros mecanismos de enforcement?	Seleção de passagens

## OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### *Orientações para o preenchimento das tabelas*

#### 1) Orientações gerais

- a observação tem por objetivo mapear o diálogo institucional entre Agências Reguladoras e TCU, a fim de identificar se a independência e a autonomia das Agências Reguladoras (especificamente, ANAC, ANS, ANCINE, ANVISA, ANATEL, ANEEL, ANTT, ANTAQ e ANP) são significativamente condicionadas pelo controle do TCU.
- a primeira fase da observação (Análise Retrospectiva) tem por escopo identificar os padrões de controle pelo mapeamento do diálogo institucional entre Agências Reguladoras e TCU referente ao controle praticado em 2014
- para tanto, será feito o levantamento de decisões do TCU que envolvam as Agências Reguladoras envolvidas na observação, no controle de sua atividade fim. Foram adotados recortes temporais (decisões emanadas pelo TCU em 2014) e temáticos (relatórios de auditorias). Tais decisões deverão ser mapeadas na **Tabela de Controle**.
- em seguida, será feito o levantamento das respostas das Agências Reguladoras às demandas do TCU identificadas na Tabela de Controle, levando ao preenchimento da **Tabela de Reação**.
- por fim, será feito o levantamento das decisões do TCU relacionadas às respostas das Agências Reguladoras. Tais decisões deverão ser mapeadas na **Tabela de Checagem**.
- o preenchimento das tabelas deverá ser feito da maneira mais clara e objetiva possível, facilitando sua leitura e compreensão por aqueles que não tiveram contato direto com o documento analisado. Contudo, é fundamental que os observadores se atentem para não deixar de fora nenhuma informação relevante.
- para a identificação das informações relevantes durante a leitura e análise dos documentos, o observador deverá ter sempre em mente a pergunta central observação (a independência e a autonomia das Agências Reguladoras são significativamente condicionadas pelo controle do TCU?), bem como outras perguntas que podem auxiliar na busca pelas informações necessárias (qual a atividade fim exercida pela Agência no caso? Qual o objeto do controle do TCU? O TCU confirmou ou rejeitou a competência da Agência? Ou, ainda, houve ampliação ou limitação de competências pelo TCU? Quais os fundamentos da decisão? Etc.).
- o observador deverá observar atentamente os critérios de preenchimento abaixo relacionados, de modo a facilitar a uniformização das tabelas de todas as Agências Reguladoras, bem como a utilização de filtros de análise.

- caso não haja nenhuma informação relevante para ser preenchida em determinado campo (por exemplo, nos campos “outros” ou “observações”), preencher com o número “0”.

## 2) Critérios de preenchimento

### TABELA DE CONTROLE

**Nº acórdão** – número do acórdão/ano (ex: 1234/2015).

**Agência** – preencher a sigla da Agência em letras maiúsculas (ex: ANATEL).

**Data** – reproduzir a data da sessão. Preencher no seguinte formato: DIA.MÊS.ANO (01.01.2016, por exemplo).

**Instrumento de controle**– reproduzir o conteúdo do campo “tipo do processo” constante do acórdão.

**Relator** – reproduzir o nome do relator.

**Manifestação do MP** – sintetizar a opinião exarada. Ex: O Ministério Público opinou pelo...

**Unidade técnica** – identificar a unidade técnica (reproduzindo o nome por extenso) e sintetizar a opinião exarada.

Ex: Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro. A Unidade Técnica opinou pelo...

**Votação** – nos casos de deliberação colegiada, indicar se a votação se deu por maioria ou unanimidade.

**Provocação / ex officio** – preencher somente “provocação” ou “ex officio”.

**Documentos relacionados** – indicar outros eventuais acórdãos, decisões judiciais, documentos internos do TCU ou das Agências Reguladoras diretamente relacionados ao caso. Descrever entre parêntesis, muito brevemente, o conteúdo do documento.

Observação: não incluir neste campo os estudos técnicos que fundamentaram a decisão e nem precedentes judiciais, os quais deverão ser especificados em outros campos da tabela.

**Objeto do controle (descrição geral)**– descrever sucintamente a atividade-fim da agência que está sendo analisada pelo TCU.



Ex: Resolução nº 00/00 expedida pela ANATEL que institui o Regulamento de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações.

**Legislação?**– mencionar apenas os dispositivos legais pertinentes para o caso (tais como os dispositivos que embasaram o exercício de determinada competência pela Agência Reguladora e aqueles que fundamentaram a decisão do TCU).

Preencher no seguinte formato: Art. XX, § X, inc. X, alínea “X”, da Lei nº X.XXX/XX (ex: Art. 1º, §2º, inc. III, alínea “a”, da Lei nº 1.234/15).

**Constituição?**– mencionar apenas os dispositivos constitucionais pertinentes para o caso (tais como os dispositivos que embasaram o exercício de determinada competência pela Agência Reguladora e aqueles que fundamentaram a decisão do TCU).

Preencher no seguinte formato: Art. XX, § X, inc. X, alínea “X” (ex: Art. 1º, §2º, inc. III, alínea “a”).

**Regulamentos?**– mencionar apenas os dispositivos regulamentares pertinentes para o caso (tais como os dispositivos que sejam objeto de controle por parte do TCU, que embasaram a atuação da Agência Reguladora e aqueles que fundamentaram a decisão do TCU). Seguir o mesmo formato do campo “legislação”.

**Princípios?** – mencionar eventuais princípios relevantes para o caso (que embasaram o exercício de determinada competência pela Agência Reguladora ou que fundamentaram a decisão do TCU). Mencionar apenas o nome do princípio.

Ex: princípio da publicidade.

**Presunções** - mencionar eventuais presunções que sejam relevantes para o caso.

**Precedentes judiciais?** – mencionar decisões judiciais relevantes que embasaram o exercício de determinada competência pela Agência Reguladora ou que fundamentaram a decisão do TCU.

Preencher no seguinte formato: Nome da Ação, nº do processo/acórdão, órgão julgador (sigla), Câmara/Turma/Seção, rel. (nome do Relator), julgado em (dia.mês.ano).

Ex: Apelação nº 123456789, TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. João da Silva, julgado em 01/01/2016.

**Súmulas?** – mencionar eventuais súmulas que sejam relevantes para o caso.

**Estudos técnicos** – mencionar os estudos técnicos relevantes para o caso. Podem ser estudos elaborados pela Agência (ex: relatório de Análise de Impacto Regulatório) ou pela unidade técnica do TCU.

Ex: Nota Técnica ANATEL nº XXX/XX.

**Doutrinas** – mencionar a referência bibliográfica de eventuais doutrinas mencionadas que sejam relevantes para embasar a decisão do TCU. Observar as regras de citação ABNT.

**Levantamento empírico** – mencionar eventuais outros documentos e/ou informações relevantes que tenham sido encontrados a partir de levantamentos empíricos (ex: notícias de jornais, contratos, relatórios, etc.). Descrever muito brevemente o conteúdo do documento.

**Outros** – apontar outras informações ou documentos relevantes para o caso que não tenham sido mencionados nos campos anteriores.

**Atividades consideradas regulares**– listar quais atividades da Agência Reguladora foram consideradas regulares pelo TCU.

Ex: licitação para concessão dos serviços de STFC.

**Atividades consideradas irregulares**– listar quais atividades da Agência Reguladora foram consideradas irregulares pelo TCU.

Ex: expedição de Resolução alterando as metas de qualidade dos serviços de STFC.

**Determinações às Agências Reguladoras**– descrever objetivamente quais foram as determinações do TCU à Agência Reguladora. Não incluir as determinações de caráter meramente procedimentais (ex: encaminhamento de cópia do acórdão, notificação da Agência ou outro órgão interessado).

Ex: alteração da redação do art. 1º da Resolução nº 123/15, fazendo constar a exigência de anuência do consumidor para o recebimento de mensagens de cunho publicitário.

**Decisão** – descrever brevemente a decisão do TCU, bem como a sua *ratio decidendi*.

Ex: o TCU entendeu que a ANATEL não observou o princípio da motivação, pois aplicou multa sem informar quais seriam os dispositivos contratuais violados pela concessionária.

**Estipulação de sanção?**– Sim/não. Especificar as sanções, se for o caso.

Ex: Sim. Multa e suspensão temporária do direito de participar de licitação e contratar com a Administração Pública pelo prazo de 2 anos.

**Estipulação de data?**– apontar se o TCU conferiu prazo para o cumprimento das determinações do Tribunal pela Agência.

**Outros mecanismos de *enforcement*?** – mencionar outras eventuais determinações do TCU destinadas a forçar o cumprimento de suas determinações pela Agência. Ex: multa diária enquanto a determinação não for atendida.

**Seleção de passagens** – reproduzir trechos considerados interessantes para o caso (por exemplo, passagem que sintetize bem o entendimento do TCU ou que deixe evidente o tipo de controle exercido sobre as Agências Reguladoras). Especificar de onde a passagem foi extraída (ex: trecho do voto do relator; trecho de manifestação da Unidade Técnica etc.).

**Observações**– comentários, dúvidas, apontamentos.

### **TABELA DE REAÇÃO**

**Documento** –informar o tipo do documento. Ex: (nota técnica; informe; acórdão, etc).

**Identificação do documento** – reproduzir o nome e número do documento, bem como o órgão emissor (ex: Acórdão 123/15 do Conselho Diretor).

**Agência** - preencher a sigla da Agência em letras maiúsculas (ex: ANATEL).

**Data**– reproduzir a data constante do documento.

**Decisão relacionada**– acórdão de controle do TCU. Preencher no seguinte formato: Acórdão TCU número/ano (ex: Acórdão TCU 1234/2015).

**Autoridade respondente**– unidade ou órgão da Agência que emitiu o documento (ex: Conselho Diretor).

**Manifestação da Procuradoria?**– Se sim, sintetizar a opinião exarada. Se não, preencher “0”.

**Tipo de resposta**– descrever sucintamente a resposta da Agência e as justificativas dadas.

Ex: o Conselho Diretor da ANATEL afirmou que não houve violação do princípio da motivação, pois os dispositivos contratuais violados pela concessionária constavam do Auto de Infração.

**Resposta a todas as demandas?**– sim/não. Especificar quais demandas foram atendidas e quais não foram.



**Motivação fraca**– sim/não. A motivação fraca será reconhecida quando houver simples atendimento da demanda sem tentativa de estabelecer um diálogo com a instituição de controle.

**Motivação forte**– sim/não. A motivação forte será reconhecida quando se verificar uma tentativa de diálogo com o controlador.

**Implementada de pronto?**– sim/não. A informação será depreendida da resposta dada pela Agência ao TCU, sem haver necessidade de desenvolver informação empírica sobre como a Agência efetivamente implementou o comando do TCU.

**Período de transição?**– sim/não. Especificar o período, se houver, considerando a resposta dada pela Agência.

**Mudança operacional?**– sim/não. Neste caso, investigar empiricamente como a Agência de fato atendeu à recomendação, como pela edição de um ato normativo mudando o procedimento ou pela criação de um órgão específico. Para tanto, outras fontes primárias deverão ser observadas, além da decisão do TCU e da resposta da Agência.

**Encaminhamento do conflito**– descrever sucintamente as providências tomadas pela Agência a partir do documento de resposta (descrever quais as providências tomadas, eventual encaminhamento do caso para outro órgão/unidade interna etc.).

**Seleção de passagens**– reproduzir trechos considerados interessantes para o caso (por exemplo, passagem que sintetize bem o entendimento do Agência sobre o controle exercido pelo TCU).

**Observações**– comentários, dúvidas, apontamentos.

## **TABELA DE CHECAGEM**

**Nº acórdão**– número do acórdão/ano (ex: 1234/2015).

**Agência**– preencher a sigla da Agência em letras maiúsculas (ex: ANATEL).

**Data** –reproduzir a data da sessão. Preencher no seguinte formato: DIA.MÊS.ANO (01.01.2016, por exemplo).

**Acórdão relacionado** – apontar o Acórdão de controle correspondente.

**Relator**– reproduzir o nome do relator.

**Resposta acatada (recomendação implementada)?**– sim/não.

**Motivação fraca**– sim/não.

**Motivação forte**– sim/não.

**Outros** – apontar outras informações relevantes a respeito da manifestação do TCU sobre a resposta da Agência Reguladora.

**Novas determinações às Agências Reguladoras?**– sim/não. Se sim, especificar quais foram as novas determinações.

**Aplicação de sanção?**– Sim/não. Especificar as sanções, se for o caso.

**Encaminhamento de conflito?**– descrever quais as providências tomadas pelo TCU a partir da resposta da Agência (novas determinações, providências internas, encaminhamentos para outros órgãos, etc.).

**Outros mecanismos de *enforcement*?**– mencionar outras eventuais determinações do TCU destinadas à forçar o cumprimento de suas determinações pela Agência. Ex: multa diária enquanto a determinação não for atendida.

**Seleção de passagens**– reproduzir trechos considerados interessantes para o caso (por exemplo, passagem que sintetize bem o entendimento ou a motivação do TCU).

**Observações**– comentários, dúvidas, apontamentos.

## **ANEXO V – Relatório parcial – ANATEL**

### **Introdução**

Neste relatório final da Fase 1 do “Observatório de Controle da Administração Pública” analisaremos os resultados do diálogo institucional entre o Tribunal de Contas da União com a Anatel. O diálogo foi observado a partir dos acórdãos do TCU do ano de 2014 referentes às atividades fim da Agência e a resposta da Anatel às recomendações do Tribunal.

Para destrincharmos o conteúdo dos acórdãos do tribunal, criamos uma tabela de “controle”. Na tabela analisamos, primeiramente, as partes formais do acórdão: qual o instrumento de controle, se a decisão é oriunda de provocação ou ex officio, se houve ou não manifestação pelo Ministério Público, qual Unidade técnica que analisou o processo, o resultado da votação e se existem documentos outros da Anatel relacionados ao acórdão. Em seguida, descrevemos o objeto do controle naquele acórdão, então qual atividade fim da Anatel que o Tribunal de Contas estava analisando. Por fim, o conteúdo do acórdão: qual a legislação que foi utilizada para embasar a decisão, se houveram princípios e doutrinas citados, quais presunções foram feitas pelo Tribunal, quais precedentes judiciais foram citados, os estudos técnicos presentes no relatório e os levantamentos empíricos feitos.

Na segunda etapa, analisamos a reação da Anatel aos Acórdãos do TCU, também preenchendo uma tabela para definir qual o tipo da resposta, se todas as questões do Acórdão foram respondidas, qual a motivação da Anatel e se houve ou não mudanças operacionais por parte da Agência.

### **1. Tabela de Controle**

#### 1.1 Objeto de Controle

No total analisamos 15 (quinze) acórdãos do TCU. Destes, três julgavam a atuação da Anatel na Copa, como é o caso do Acórdão 3422/2014, que avaliou o desempenho da Agência frente aos objetivos que haviam sido traçados para o Megaevento:

*"9.2. Recomendar à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), que:*

*9.2.1. nos próximos grandes eventos, aprimore seu planejamento de forma a viabilizar a conclusão integral, antes do início do evento, de todos os projetos necessários para a atuação da agência, com economicidade, eficiência, eficácia e tempestividade (parágrafos 246 e seguintes do Relatório);*

*9.2.2. realize ações de capacitação para os seus agentes de fiscalização:*

*9.2.2.1. em idiomas, especialmente inglês e espanhol, (...);*

9.2.2.2. para atualização e treinamento, em especial quanto às tecnologias de comunicações móveis (...)" **(Acórdão 3422/2014, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).**

O Acórdão 0340/2014, por sua vez, também se enquadra no contexto da Copa, tendo sido analisado o legado dos investimentos realizados:

*"O resultado destes investimentos é a atualização necessária de equipamentos e sistemas usados cotidianamente pela Agência, o que não seria possível suprir apenas com o orçamento ordinário da Anatel, tendo em vista o histórico de aprovação da lei orçamentária dos últimos anos.*

*Ao término do evento, a capacitação dos servidores e os equipamentos adquiridos com os recursos continuarão sendo empregados pela Anatel para desempenhar suas atribuições institucionais, seja durante outros eventos, como as Olimpíadas no Rio de Janeiro em 2016, seja no dia-a-dia da fiscalização do setor de telecomunicações por todo o país."* **(Acórdão 0340/2014, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo)**

No Acórdão 1608/2014, também relativo à Copa do Mundo, o foco é um balanço dos estágios físicos e financeiros das obras e reformas referentes à infraestrutura de telecomunicações.

Os outros acórdãos de 2014 que dispunham sobre atividade fim se referiam à licitação da faixa de 700 MHz, o acompanhamento das multas aplicadas pela Agência Nacional de Comunicações às concessionárias de telefonia fixa e a inserção de seção específica sobre o tema "arrecadação de multas" no Relatório Anual de Gestão da Agência.

Nos demais acórdãos, observamos questões relativas aos direitos dos consumidores, sobretudo no que se refere a cobranças indevidas e a exigência do Tribunal para que a Anatel tome providências a respeito da regulação dessa temática e que ela deixe difusa nos regulamentos dos serviços.

Ademais, também existe a preocupação do TCU com relação à qualidade do serviço prestado:

*"Ademais, porquanto restou sobejamente evidenciado na auditoria o não atendimento adequado às necessidades essenciais dos usuários de serviços públicos fiscalizados, o mínimo que esta Corte poderia exigir das agências reguladoras é que elas elaborassem um plano de ação para que fosse dado um tratamento sistemático ao problema."* **(Acórdão 1214/2014, Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro)**

## 1.2 Elementos Constitutivos

A. Instrumento de Controle e razão do processo.

Os instrumentos de controle com quais nos deparamos na observação foram o "Relatório de Auditoria", a "Solicitação do Congresso Nacional", o "Relatório de Levantamento", "Relatório de Monitoramento", "Relatório de Acompanhamento" e a "Desestatização". Destes, o "Relatório de Acompanhamento", foi o mais recorrente, aparecendo quatro vezes entre os acórdãos. O "Acompanhamento", como definido pelo próprio tribunal serve para "monitorar e avaliar a gestão de órgão, entidade ou programa governamental por período de tempo predeterminado", podendo nos levar à conclusão que o TCU tem uma postura de constante fiscalização das atividades-fins da Anatel, conclusão que também tivemos a partir da análise da razão de realização do controle em cada acórdão; nove dos quinze acórdãos foram realizados *ex officio*.

#### B. Manifestação do MP

Em apenas um acórdão houve manifestação do Ministério Público, o Acórdão 3023/2014:

*"Representação formulada pelo Grupo de Trabalho em Telefonia da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF), versando sobre a necessidade de se apurar a legalidade e a legitimidade de atos da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel afetos ao acompanhamento dos contratos de telefonia fixa, especificamente no que se refere à elaboração de estudos sobre sanções proferidas pela Agência em face das concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC)."*  
**(Acórdão 3023/2014, Plenário, rel. Min. José Jorge).**

#### C. Unidade técnica

Dos quinze Acórdãos analisados, treze tiveram o acompanhamento da Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação de Energia e Comunicações. Os que não tiveram a participação da SefidEnergia foram os Acórdãos 1665/2014, que apresentou como unidade técnica a Secretaria de Macroavaliação Governamental (SEMAG), e 1608/2014, que foi acompanhado pela Coordenação-Geral de Controle Externo da Área de Infraestrutura e da Região Sudeste (Coinfra). Além disso, vemos a Coinfra atuando em conjunto com a SefidEnergia no Acórdão 3422/2014. Interessante notar que a Coinfra atuou em dois dos três acórdãos referentes à Copa do Mundo de 2014.

### 1.3 Conteúdo

#### A. Diferenciação do Relatório Técnico e Voto

Cabe concluir que existe uma discrepância entre o embasamento técnico dos Relatórios e dos Votos nos quinze Acórdãos analisados. Os relatórios técnicos, em sua maioria, são análises com profundo conhecimento da área de telecomunicações, enquanto os votos, normalmente, aderiam à proposta de

encaminhamento do Relatório Técnico, sem outras argumentações. Nas hipóteses em que o Ministro-Relator trazia novas argumentações, normalmente eram baseadas em legislações ou precedentes do próprio tribunal.

Essa situação, note-se, não é diferente quando o Tribunal analisa Megaeventos e grandes projetos de infraestrutura, visto que os Votos dos três acórdãos que julgaram a ação da Anatel na Copa do Mundo também não trouxeram argumentações aprofundadas, e se basearam unicamente Relatórios Técnicos.

O Acórdão 0424/2014 é um exemplo emblemático ser usado como exemplo, uma vez que não há nenhum tipo de conteúdo que motive o voto, sendo que este se apoia integralmente no relatório técnico.

## B. Legislação

Legislação é um dos conteúdos que mais constantemente aparece como motivação, tanto nos relatórios técnicos quanto nos votos. Dos acórdãos analisados, apenas quatro não fazem menção à legislação.

A Lei mais recorrente, nos Votos e nos Relatórios Técnicos, é a 9.742/97, a Lei Geral de Telecomunicações, a qual dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, além da criação e do funcionamento de um órgão regulador, nos termos da Emenda Constitucional, de 1995.

Especificamente em relação à Constituição Federal, observamos poucos acórdãos que a citam, havendo somente quatro Votos e cinco Relatórios Técnicos que mencionam a CF/88. Estão presentes entre os artigos da Constituição mais utilizados na argumentação os que figuram no Título VIII, Capítulo V, da Carta de 1988, que dispõem sobre a Comunicação Social, bem como o artigo 37, tanto seu caput que dispõe sobre a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como inciso XXI que fala das compras e alienações serem contratadas mediante licitação pública.

Quando nos referimos ao conteúdo constitucional presente nos votos, apenas quatro deles apresentam esse tipo de motivação, sendo que o artigo utilizado depende muito do caso em questão.

## C. Regulamentos

Com relação aos regulamentos utilizados nos relatórios técnicos, a predominância é da utilização do Regulamento Interno do TCU. Há também, no entanto, a utilização do Regimento interno da Anatel, Resoluções, Portarias e Instruções Normativas. Dos acórdãos analisados, sete contemplam Regulamentos em seus relatórios técnicos.

Nos votos, apenas cinco acórdãos apresentam conteúdo que se enquadra como Regulamento.

#### D. Princípios

Apenas quatro acórdãos possuem princípios na argumentação de seus relatórios técnicos. Estes aparecem de forma simples e sucinta, como no Acórdão 1214/2014 em que temos “Contraditório e Ampla Defesa”, no entanto, alguns princípios foram trazidos de maneira mais elaborada e específica, no Acórdão 2301/2014:

*“Princípios estabelecidos pelo Ministério das Comunicações:  
I - promoção da digitalização dos serviços de radiodifusão de sons e imagens e de retransmissão de televisão, dada a importância de se acelerar a implantação do SBTVD-T;  
II - aceleração da cobertura de grandes regiões, zonas de periferia urbana e áreas remotas, com banda larga móvel de quarta geração; (...)” (Acórdão 2301/2014, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)*

Com relação aos votos, apenas três apresentam princípios em suas argumentações, sendo estes genéricos, como o “princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal” (Acórdão 0384/2014) ou o “princípio da prudência” (Acórdão 3023/2014).

#### E. Presunções

Nos relatórios técnicos não foram encontradas presunções. Nos votos, por sua vez, existem três casos nos quais o tribunal utilizou desse recurso.

#### F. Precedentes judiciais

Não foram utilizados precedentes judiciais para sustentar a argumentação dos relatórios e votos dos Acórdãos analisados. Nos pareceu que o TCU não pretende legitimar seu controle a partir de precedentes já preconizados pelo Judiciário.

#### G. Estudos técnicos

Nos relatórios apenas três casos de estudos técnicos foram realizados; um pela própria Anatel, um pela Consultoria jurídica do TCU (Conjur) e outro pela PBCP. Nos votos, há igualmente apenas três estudos técnicos, sendo todos da própria SefidEnergia. No Acórdão 2301/2014, além do estudo técnico da unidade técnica, a Conjur também emitiu parecer.

#### H. Doutrinas

A ocorrência de citações doutrinárias nos acórdãos analisados é baixíssima. Em apenas três relatórios técnicos foram encontradas doutrinas. Em duas foi mencionado nome do autor e data da obra, na outra houve apenas a mera menção do nome do autor. Nos votos não houve menção à doutrina.

#### I. Levantamento empírico

Não foram observados muitos levantamentos empíricos sendo utilizados nos Acórdãos para sustentar a argumentação do Tribunal. Nos Relatórios Técnicos somente cinco trouxeram levantamentos empíricos. Dentre eles temos Relatórios de Monitoramento da Semag, Estudos de Viabilidade e Estudos de Diagramas de Verificação de Riscos Aplicados em Auditorias. No caso dos votos, somente três utilizaram levantamentos empíricos na argumentação. Ainda, no caso do Acórdão 1214/2014, o levantamento empírico foi retirado de um artigo do jornal "O Globo":

### 1.4 Voto

#### A. Determinações à Agência

Pela diversidade de recomendações e determinações expedidas pelo TCU para a Anatel nos quinze Acórdãos analisados, pode-se supor que o Tribunal tem pretensão de um extenso controle sobre as atividades fins da Agência. Observamos desde votos que decidiram pela determinação de uma seção específica no Relatório de Gestão (Acórdão 1665/2014) até votos que definiram premissas para os estudos de viabilidade econômico-financeiro das licitações de telecomunicações (2301/2014), assim refletindo essa multiplicidade de incidência do controle do TCU sobre as agências reguladoras.

Especificamente quanto às sanções aplicadas, podemos citar como um exemplo extremo o processo do qual faz parte o Acórdão 2301/2014, em que o TCU editou medida cautelar suspendendo a publicação das condições do leilão de licitação da faixa de 700 MHz, uma sanção de tamanho efeito que impossibilitou momentaneamente toda aquela atividade fim da agência. Ainda, temos outros mecanismos de enforcement, como a "aprovação com ressalvas", que é o caso do Acórdão 2301/2014, em que se exigiu que a Agência mantivesse o TCU informado da situação. Outro mecanismo utilizado pelo TCU foi a estipulação de prazos para o cumprimento das suas determinações, como visto no Acórdão 1665/2014:

*"determinar à Anatel, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que, no prazo de 180 dias, apresente relação de todos os Pados que sofreram efeitos em razão da juntada do Informe nº 149/2008 - PBCP" (Acórdão 1665/2014, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro).*

## 2. Tabela de Reação



Os últimos passos da observação foram a elaboração das tabelas de Reação e de Checagem, que seriam, primeiramente, a análise da resposta da Agência às determinações do TCU nos Acórdãos da tabela "de controle" e, em seguida, a resposta do TCU, demonstrando se o Tribunal ficou ou não satisfeito com a resposta da Anatel. Enfrentamos diversos obstáculos para a realização desta etapa, considerando, principalmente, que não foi publicado ainda o Relatório de Gestão da Anatel do ano de 2015, em que encontraríamos a resposta institucional da Anatel às determinações do TCU.

Excepcionalmente, encontramos para o Acórdão 1665/2014 a resposta institucional da Anatel, visto que o Acórdão 482/2012, havia determinado, o que o TCU também determinou no Acórdão 1665/2014:

*"9.6 determinar à Agência Nacional de Aviação Civil, à Agência Nacional do Cinema, à Agência Nacional de Energia Elétrica, à Agência Nacional de Petróleo, à Agência Nacional de Saúde, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Agência Nacional de Transportes Terrestres ao Banco Central do Brasil, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, à Comissão de Valores Mobiliários, ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e à Superintendência de Seguros Privados que incluam, nos Relatórios Anuais de Gestão referentes aos exercícios de 2012 a 2016, seção específica sobre o tema "arrecadação de multas", contemplando as seguintes informações pertinentes às questões descritas nos subitens 9.1.1, 9.1.2, 9.1.3 e 9.2 do Acórdão 1817/2010-Plenário: (...)*

*9.7 estender a determinação descrita no subitem 9.6 à Agência Nacional de Águas, à Agência Nacional de Telecomunicações e à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, exceto quanto ao subitem 9.6.4;" (Acórdão 482/2012, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro).*

*"9.1 considerar atendidas a determinação inserta no subitem 9.1 e a recomendação descrita no subitem 9.5 do Acórdão 482/2012-Plenário, e considerar em fase de cumprimento as determinações referidas nos subitens 9.3, 9.4, 9.6, 9.7 e 9.8 da mesma deliberação;*

*9.2 determinar à Agência Nacional de Águas (ANA), à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e à Superintendência de Seguros Privados (Susep) que, em relação à determinação contida no*

*subitem 9.6 do Acórdão 482/2012-TCU-Plenário (inclusão de seção específica sobre o tema "arrecadação de multas" nos relatórios de gestão relativos aos exercícios de 2012 a 2016), caso não consigam registrar todas as informações requeridas pelo mencionado comando, incluam nota explicativa, na mesma seção específica do relatório de gestão, com a justificativa pormenorizada para a ausência da(s) informação(ões);" (Acórdão 1665/2014, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro).*

E a resposta da Anatel, presente no Relatório de Gestão de 2013, a essa deliberação:

*Justificativa para seu não cumprimento: Análise da AUD: Tendo em vista a inserção dos dados solicitados no Relatório Anual de 2012 (fls. 49/52), entende-se que a demanda está sendo cumprida. Sugere-se nova avaliação da disponibilização dos dados solicitados em maio de 2014. O TCU não avaliou o teor da resposta enviada pela ANATEL. (Relatório de Gestão do Exercício de 2013, Anatel, 2013, p.187).*

Desta reação podemos analisar que a resposta foi de caráter operacional, que respondeu a todas as demandas presente no Acórdão e ensejou uma mudança operacional.

Frente ao fato de não termos acesso ao Relatório de Gestão de 2015, procuramos em outros mecanismos de busca: no site da Anatel, no site do TCU pelo processo dos Acórdãos (na tentativa de encontramos Acórdãos de depois de 2014 que mencionam a reação da Agência), e no mecanismo de busca do Google com o número dos processos e palavras-chaves. Encontramos diversas notícias a respeito dos processos, porém nenhuma que indicava uma reação da Anatel ao acórdão específico que analisávamos, o que também nos impediu de analisar a resposta do TCU à reação da Anatel.

### 3. Conclusão

A primeira conclusão a ser feita decorre de certa falta de transparência da Agência Reguladora em análise. Uma das principais barreiras para o cumprimento da metodologia proposta foi o atraso na disponibilização ao público em geral das atividades anuais da Agência e da sua relação com os órgãos de controle. A análise da relação entre o TCU e a Anatel foi, dessa maneira, bastante prejudicada, e não conseguimos analisar a fundo o nível de deferência da Anatel ao TCU, pelo simples fato de não termos acesso aos documentos que respondiam formalmente às deliberações do TCU em relação ao período analisado. O fato da Anatel não ter divulgado ainda seu Relatório de Gestão de 2015, no meio do ano de 2016, demonstra certo descomprometimento da Agência como a divulgação de sua atuação e de sua relação com o TCU. Citamos, como exemplo, os acórdãos referentes à atuação da Anatel na Copa do Mundo de 2014, em que as respostas às deliberações do TCU exigindo mudanças estruturais no serviço prestado pela Agência no megaevento ainda não foram divulgadas aos público, quando, no

segundo semestre de 2016, acontecerá os Jogos Olímpicos no Rio de Janeiro, outro megaevento que exige a adequação da Agência e aprimoramento da sua atuação.

No entanto, o conteúdo dos Relatórios de Gestão da Anatel em si é organizado e bem detalhado, fazendo com que seja um eficaz mecanismo de transparência, a partir do momento que é disponibilizado.

O Relatório de 2014, mesmo não apresentando as respostas dos acórdãos analisados pela observação, é um demonstrativo da relação da Anatel com o TCU: cento e onze (111) acórdãos presentes no Relatório, seis (6) são discriminados como deliberações do TCU atendidas no exercício", enquanto cento e cinco (105) acórdãos são "deliberações do TCU pendentes de atendimento ao final do exercício". Analisando os seis acórdãos cujas deliberações foram atendidas, podemos perceber um alto grau de deferência da Agência ao TCU, quase não vemos resistência para implementar medidas. Mesmo existindo um número enorme de deliberações não atendidas, na opinião do grupo, isso demonstra o sobrecarregamento da Agência e a sua ineficiência burocrática, e não uma real resistência às determinações do TCU. Entre os cento e cinco acórdãos cujas deliberações não foram atendidas ainda, estão presentes dois dos nossos quinze acórdãos, os outros treze estão presentes no Relatório de Gestão de 2015.

Um segundo aspecto que devemos trazer como conclusão da observação é a abrangência das determinações ou recomendações realizadas pelo Tribunal de Contas: incidindo em políticas regulatórias, processos licitatórios, organização do Relatório de Gestão, treinamento do corpo de trabalhadores entre outros diversos aspectos da atividade fim da Anatel. Cabe ressaltar que mesmo o Tribunal controlando quase a totalidade da atuação da Agência no setor de telecomunicações se observa uma superficialidade nos votos analisados. Existe uma clara disparidade na fundamentação técnica presente no relatório técnico e no voto. Assim, o voto peca na sua argumentação técnica e na sua motivação, nos fazendo questionar a legitimidade jurídica e técnica do Tribunal para deliberar sobre temáticas tão específicas da atividade fim da Anatel.

Outra conclusão a ser feita se refere ao fato do TCU apresentar melhores fundamentações em seus votos em casos de maior envergadura. Na nossa observação o exemplo mais significativo foram os acórdãos referentes à Copa do Mundo, em que o TCU apresentou uma compreensão mais completa e técnica da atuação da Agência que em qualquer outro acórdão analisado.

Por fim, o que se observa aqui é um controle exacerbado do Tribunal de Contas sobre as atividades fim da Agência Nacional de Telecomunicações, controle este que não encontra sustentação legal pela Constituição Federal nem pela Lei Orgânica do Tribunal. O TCU tem ressignificado seus mecanismos de controle para expandi-los, e tem feito uso de um poder sancionatório para que as Agências se sintam obrigadas a cumprir suas deliberações, seja elas recomendações ou determinações.

## ANEXO VI – Relatório parcial – ANVISA

Dada a observação realizada cujo enfoque é a interação, o diálogo institucional do Tribunal de Contas da União (TCU) para com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), tendo em vista, ainda, o recorte metodológico em decisões (acórdãos) do TCU que versem sobre a atividade fim da agência reguladora em estudo, foi possível constatar as diferentes atitudes tomadas por esses entes estatais.

Sem perder o foco nessa interação, cabe um parêntese. É necessário analisar quais são as competências e o que é, de fato, o Tribunal de Contas, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. O TCU, cuja delimitação institucional e jurídica é descrita na Constituição Federal, parece cumprir um papel relativamente vago e ambíguo, conforme a redação do art. 71 desta. Compete ao Tribunal, em função auxiliar, exercer o controle externo, em teoria a cargo do Congresso Nacional. Somente com esse dispositivo normativo já surge um questionamento: seria o TCU um órgão *sui generis* ou um mero apêndice do Poder Legislativo? Seguindo a leitura após o *caput* do artigo, mais dúvidas do que certezas aparecem no que tange aos efetivos poderes do TCU, nos onze incisos subsequentes.

Tal contextualização é fulcral a partir do momento em que se tem no horizonte uma efetiva interferência desse órgão na competência da agência reguladora. De 95 (noventa e cinco) acórdãos expedidos em 2014 pelo TCU que cite a ANVISA, 8 (oito) deles dizem respeito, direta ou indiretamente, à atividade fim da agência, bem descrita pela lei de criação desta<sup>1</sup>. Compete à ANVISA uma série de alçadas, dentre as quais destacam-se a ação reguladora, pela expedição de normas próprias, a fiscalização de empresas que lidem com produtos relacionados à área da saúde, *i. e.* fármacos, ou até mesmo alimentos e produtos fumíferos, atuar no controle sanitário e monitorar a fabricação de produtos que possam trazer dano à saúde pública, mantendo sempre no horizonte que a ANVISA, como agência, é promotora de política pública e está vinculada ao Ministério da Saúde (MS).

---

<sup>1</sup> Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999.

Como peculiaridade da agência em estudo, foi possível observar que em boa parte das citações à ANVISA por parte do TCU ocorreu para reforçar o cumprimento das normas por ela editadas. É possível afirmar, desta forma, que o próprio Tribunal atua como mecanismo de “enforcement” da atividade regulamentar da agência, obrigando diversos atores públicos ou privados a adotar suas resoluções e a cumpri-las. Apesar de o cerne do debate ser o diálogo institucional entre o TCU e a agência, e de que maneira aquele controla esta, é digno de nota tal comportamento do TCU, voltado a, em certa medida, “facilitar” o trabalho da agência devido ao fato de, tendo as auditorias como instrumento, fazer valer as resoluções da ANVISA nos mais diferentes âmbitos. É interessante perceber, portanto, o alcance das auditorias realizadas por esse órgão: ela pode alcançar instituições ou lugares inexplorados pela própria agência, atuando de modo a fortalecer o cumprimento das regras provenientes da atividade normativa da ANVISA.

Nestes casos, é relevante e notória a atuação do TCU, demandando à agência uma série de mudanças de comportamento, desde questões mais relativas a sua própria organização institucional até questões pontuais, como o parcelamento específico de multas ou a aprovação de projetos arquitetônicos específicos.

Um caso paradigmático são as determinações e recomendações do TCU quanto ao peticionamento eletrônico de terceirização de empresas e ainda a regulamentação de norma nova relativa às práticas clínicas<sup>2</sup>. Trata-se, portanto, de inegável interferência direta do Tribunal naquilo que seria de competência da agência reguladora: a sua própria configuração burocrática e a edição de norma. Ora, se o Tribunal de Contas provoca uma agência reguladora a alterar seu comportamento, até mesmo naquilo que lhe compete, tendo em vista sua própria especificidade técnica e que para sua própria atividade fim que foi criada, observa-se, por isso, não somente a interferência do TCU naquilo que deveria ser de exclusiva incumbência da agência; trata-se, em última análise, da verdadeira tomada de lugar do órgão controlador naquilo que toca ao controlado, tendo em vista que é ao controlado que compete emitir atividade normativa referente a seu setor. É da incumbência da ANVISA regular a vigilância sanitária a nível nacional através da atividade normativa. Se o TCU, através de seus acórdãos,

---

<sup>2</sup> Acórdão 0326/2014 do TCU.

dialoga com a agência, mas não somente auditando, mas também apontando sobre o que a agência deve regular e como é uma clara intromissão negativa que o Tribunal exerce no ente controlado, claramente invadindo a missão da agência.

Logicamente, o padrão das decisões do TCU não segue, necessariamente, sempre esse modelo, de modo que esse exemplo é, na verdade, um dos mais gritantes do controle significativo por sua parte sobre a agência em estudo. Vale ressaltar, ainda, que nesse caso, a decisão é remetida ainda ao Ministério Público e as determinações não se limitam à produção de normas para o setor regulado, mas também em mudanças em seu sistema informatizado, para facilitar a<sup>3</sup>:

[...] terceirização de empresa e da informatização das atividades de protocolo e análise das petições de concessão de Autorização de Funcionamento para as armazenadoras, distribuidoras, transportadoras, exportadoras, importadoras e indústrias;

1.7.2. sobre a regulamentação da nova norma que irá unificar os assuntos relativos à anuência de estudos clínicos e às boas práticas clínicas; [...]

Portanto, é plausível obter alguma noção sobre como o Tribunal de Contas da União age perante à ANVISA. Contudo, não deixa de ser verdade que outras decisões contidas em outros acórdãos interferem na alçada da agência, mas geralmente em questões mais pontuais. É muito comum a solicitação da atuação da agência em conjunto com o MS.

Pensando no conjunto de decisões do TCU no controle em que ele exerce, é notável o seguinte padrão: os votos dos ministros costumam ter fundamentação técnica e jurídica absolutamente pobre. Quase todo o ônus da argumentação a qual fundamenta o acórdão tende a ser proveniente do relatório do corpo técnico, cujas conclusões e fatos descobertos, bem como o embasamento jurídico (constante em leis, resoluções e portarias específicas do setor) são, geralmente, referendados pelo plenário do TCU. Talvez isso seja decorrente do alto grau de complexidade técnica do objeto da regulação

---

<sup>3</sup> Acórdão 0326/2014 do TCU.

– a Vigilância Sanitária – e o baixo grau de politização nas decisões relacionadas a esse setor da economia e da sociedade.

Todavia, é observável que esse padrão é encontrável não somente na ANVISA, bem como nas outras agências estudadas. Os relatórios são muito bem fundamentados e o plenário do TCU simplesmente faz menção a estes para proferir suas sentenças, não raro, por unanimidade. Esse modelo de acórdão pode estar conectado, também com o fato de que o TCU dispõe de um corpo técnico altamente capacitado, selecionado por concursos públicos concorridíssimos, ao passo que as nomeações dos ministros do Tribunal de Contas da União são, via de regra, motivadas por critérios políticos.

Tendo em vista as reações da agência reguladora frente aos acórdãos do TCU, estas são encontradas nos relatórios de gestão divulgados em seu *site*. Este é o instrumento comum de comunicação da agência reguladora perante a sociedade e também o TCU, já que as decisões das agências em decorrência dos acórdãos estão ali detalhadas e listas, muito embora a comunicação oficial entre esses entes de direito público ocorra, ordinariamente, através do envio de ofícios endereçados ao Tribunal.

Com relação a essas respostas publicadas, pode-se afirmar que há relativa deferência por parte da ANVISA em relação às decisões do TCU. Um sintoma dessa característica do diálogo institucional é que a agência em estudo, assim como as demais, tende a não fazer qualquer distinção entre determinações e recomendações. Nos acórdãos, há um conjunto de atitudes qualificadas como aquelas ou estas, mas a reguladora se sente obrigada a cumpri-las, ainda que não tenham caráter de irrevogabilidade terminológica. Contudo, é imprescindível ter no horizonte que, apesar do emprego do termo, o TCU cobra das agências alteração de comportamento baseado nessas “recomendações”, levando à conclusão que, de fato, as recomendações são dotadas do mesmo peso decisório que as determinações, não se tratando de meras sugestões ou conselhos, já que a agência não possui a autonomia fática de não levá-las em conta.

A leitura do relatório de gestão da ANVISA, na parte que se refere às suas reações face ao controle exercido pelo TCU transmite a sensação de que é latente o

temor da agência para com esse órgão ligado ao Legislativo. Muitas vezes as respostas são de ordem meramente formal a fim de cumprir uma mera obrigação burocrática de atender às demandas do Tribunal, ao mesmo tempo em que se preocupa em atendê-las com o objetivo de manter ao máximo sua autonomia, esquivando-se, dentro dos limites legais, do controle externo exercido.

Fazendo um exame mais detalhado dessas reações, é verificável a delegação de algumas questões a outros órgãos, por não serem assuntos constantes na sua alçada, em especial às Vigilâncias Sanitárias locais. Isso ocorre pelo princípio da descentralização da administração pública, e ocorre, de maneira geral, quando o TCU requer à agência uma atitude muito específica em relação a transgressões à lei e às próprias resoluções desta ou desvios pontuais, como a irregularidade de um lote de medicamentos ou mesmo a necessidade de aprovações de projetos arquitetônicos.

Um caso interessante e exemplificativo do tipo de resposta da ANVISA refere-se à regulamentação dos agrotóxicos<sup>4</sup>. Apesar da celeridade da resposta, tendo em vista que há casos de reações a acórdãos inclusive em anos posteriores, a resposta prevê postergação da decisão por período indeterminado, até que soluções internas sejam adotadas. Não há, contudo, questionamento quanto ao mérito: a reação da agência é completamente deferente. Coexistem, todavia, a necessidade de trazer resposta célere e deferente ao TCU com o temor da autarquia em sofrer algum tipo de sanção deste. A fundamentação não é muito extensa, convergindo com a hipótese do controle significativo do controle do Tribunal de Contas da União sobre a atividade fim da agência, como no caso, com a regulação de vigilância sanitária (em específico dos agrotóxicos, ainda que em parceria com outros órgãos, como o IBAMA e o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA).

A deferência da ANVISA em relação às decisões do TCU não é, todavia, absoluta, como ocorre com algumas agências, conforme explicitado pela resposta<sup>5</sup> dada

---

<sup>4</sup> Acórdão 2597/2014 do Tribunal de Contas da União e Ofício 92/2015 CG/GADIP/ANVISA.

<sup>5</sup> Mem. 012/2014 APLAN/ANVISA; Mem. 82/2014 AUDIT/ANVISA; Mem. 00-017 SUINP/ANVISA; Mem. 331/2014 COPEC/ANVISA; Mem. Circular 05/2014 AUDIT/ANVISA; Mem. 09/2014 SUMED/ANVISA; Mem. 07/2014 Copes/SSNVS/ANVISA; Parecer Técnico 001/2014 CICON/NEPEC; Mem. 034/2014 NEPEC; Mem. 83/2014 AUDIT/ANVISA; Mem. 005/2014 SSNVS/ANVISA.



àquele caso, já mencionado, do peticionamento eletrônico e da edição de norma<sup>6</sup>. Não somente a agência apresenta mudanças operacionais, como a criação interna de Grupos de Trabalho para satisfazer as demandas trazidas pelo TCU, como também demonstra resistência quanto aos pedidos, num rol extenso delas. Talvez a postura menos deferente neste caso decorra da excepcionalidade da questão: trata-se de um caso no qual a interferência na agência controlada é tão grande que esta se opõe a ao menos parte das determinações e “recomendações” a ela endereçadas.

Neste episódio, a agência conclui que é impertinente a adoção do peticionamento para notificação de terceirização de empresas, de modo a contrariar frontalmente o requerimento do TCU. Mesmo que esse comportamento possa ser interpretado como excepcional, e não como habitual, já se torna evidente que, apesar da usual deferência das agências perante o Tribunal de Contas (mesmo que ele não faça coisa julgada *strictu sensu*), a resposta da ANVISA não será irrestritamente convergente com determinações do TCU.

Um dos argumentos apresentados, por sua vez, com o intuito de se opor ao controle do TCU é, todavia, extremamente pobre. Trata-se da impossibilidade de realizar o trabalho devido à existência de apenas duas secretárias na biblioteca da área responsável pelo assunto. Portanto, é claríssima a intenção da reguladora em apresentar esse tipo de contraponto ao TCU: esquivar-se do controle para continuar a exercer, livremente, suas atividades à parte do poder desse órgão.

Na réplica do Tribunal de Contas da União, verifica-se menor celeridade do Tribunal em trazer as respostas ao que foi expresso nos ofícios e nos relatórios de gestão, sob a ótica do exame dos diálogos institucionais. Assim, um universo muito restrito é disposto na checagem das respostas nos acórdãos divulgados pelo TCU. Todavia, já é possível observar dois tipos distintos de decisões do TCU: ou ele acata a atuação do entre controlado e arquiva o processo ou solicita novas ações. Observamos, como paradigma<sup>7</sup>:

---

<sup>6</sup> Acórdão 0326/2014 do TCU.

<sup>7</sup> Acórdão 1995/2014 do TCU.

9.3. arquivar o processo, com fundamento nos arts. 169, V e 250, inciso I, do Regimento Interno do TCU, visto que cumpriu o objetivo para o qual foi constituído [...]

Para esta hipótese da solicitação de novas ações, retomando o caso dos agrotóxicos, os auditores do TCU observaram<sup>8</sup> descumprimento de prazo para a regulação destes produtos químicos. Para corrigir isso, o Tribunal “recomenda” à Agência Nacional de Vigilância Sanitária o alargamento do prazo, o quanto esta considerar necessário para atender às decisões deste. Segue transcrita tal recomendação:

9.2. recomendar à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, com fulcro nos artigos 237, parágrafo único, e 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que pleiteie a alteração do marco legal definidor do prazo para a conclusão das reavaliações de ingredientes ativos dos agrotóxicos, de modo que passe a refletir o tempo necessário para o referido processo, tendo por base a complexidade das análises e os prazos seguidos por agências internacionais [...]

---

<sup>8</sup> Acórdão 1083/2015 do TCU.

## **ANEXO VI – Relatório parcial – ANEEL**

### **INTRODUÇÃO**

A observação realizada teve como objetivo verificar se a hipótese de que a independência e a autonomia das agências reguladoras são significativamente condicionadas pelo controle do Tribunal de Contas da União (TCU). Para tanto, foram analisados os acórdãos do TCU que dizem respeito à sua atividade-fim ou à qualidade de sua regulação e possuem determinações e recomendações às agências. O recorte temporal da observação foi o ano de 2014, havendo uma exceção para os acórdãos de relação desde que o acórdão principal a que referenciam fosse também do ano de 2014, compondo o universo de 29 acórdãos.

A observação se desenvolveu em três etapas, sendo que a primeira analisou como o TCU julga os casos referentes a ANEEL, enquanto a segunda e a terceira tiveram como meta, respectivamente, descobrir como a ANEEL responde às demandas do TCU e como o TCU avaliou as respostas da ANEEL ao controle.

Passada a primeira etapa isto é, uma vez analisados os acórdãos do TCU referentes à atividades-fim e à qualidade da regulação da ANEEL que estabeleciam diálogo institucional com a agência, foram buscadas as respostas por parte da ANEEL. Nesse segundo momento da observação, deparou-se como um grande obstáculo que foi a pouca transparência dos relatórios de gestão da agência, que se mostravam incompletos.

No documento de 2015 não resta qualquer indicação de quais determinações ou recomendações foram acatadas. Por sua vez, o referente a 2014 apresenta respostas a 25 deliberações do TCU, e destas, somente 9 são referentes ao ano em questão. Ou seja, considerando o universo de observação de 29 acórdãos, tem-se que somente 50% deles foram formalmente respondidos e compilados no relatório de gestão<sup>9</sup>. Ademais, estes não especificavam os documentos pelos quais as decisões eram tomadas (ex. ofícios e sua identificação) e em três deles, no caso de acórdãos julgados mais para o fim do ano

---

<sup>9</sup> Entretanto, deve-se considerar que 16 dos acórdãos incluídos atendiam somente ao critério de controle da regulação, e não continham, propriamente, determinações ou recomendações à agência.

de 2014, a agência forneceu como resposta o fato do prazo de cumprimento não ter sido atingido.

A última etapa da observação também encontrou obstáculos, uma vez que para somente um dos casos, o da Usina Hidrelétrica de Três Irmãos, que será trabalhado adiante, houve poucas foram as resposta pelo TCU. A maioria dos casos foram encerrados sem uma resposta oficial do TCU por meio de outro acórdão, como será descrito junto à análise particularizada dos casos ou continua em andamento.

### **ACHADOS DE OBSERVAÇÃO**

De modo geral, por meio das etapas de observação, constatamos que o TCU de fato realiza um controle que condiciona as atividades realizada pelas agências reguladoras e que a ANEEL é pouco deferente em relação às determinações e recomendações do TCU.

Em todos os seis acórdãos que foram filtrados do universo inicial da observação, sempre é estabelecido um diálogo entre o Tribunal de Contas da União e a Agência Nacional de Energia Elétrica, havendo a realização de recomendações daquele a esta acerca de determinações referentes à atividade-fim e a qualidade da regulação da ANEEL. Poucas não são as vezes em que o TCU ordena alterações por parte de ANEEL de coisas como cálculo de tarifa e modificações em leilões futuros, pontos que são claramente tidos como atividade-fim da ANEEL segundo a sua própria lei de formação (9427/96).

Não seria errado afirmar que o TCU acaba por exercer as funções da agência, de forma a substituí-la, o que foi possibilitado por sua reputação institucional. Isso é algo que pode ser percebido por meio dos seguintes trechos de acórdãos julgados pelo TCU (todos os grifos foram realizados pelos autores):

#### **ACÓRDÃO 3025/2014 (Caso do Leilão de Transmissão - Aneel 4/2014)**

73. No que se refere às análises técnicas, com relação aos investimentos, **a atuação do Tribunal permitirá melhorias em processos futuros de concessões de serviços públicos realizadas pela Aneel**

78. Os benefícios do controle se referem ao aumento da expectativa de controle e à **melhoria da forma de atuação da Aneel**.

#### ACÓRDÃO 2579/2014 (Caso da metodologia das revisões tarifárias)

235. Esmiuçando um dos quesitos pertinentes à natureza dessas constatações, cita-se como exemplo desse possível entrelaçamento de interesses e **captura da Avaliadora pela Avaliada (concessionária)**, o fato do relatório daquela contemplar índices de COM e CA em desacordo com os percentuais calculados sempre previamente pela Aneel (...).

329. Por fim, registra-se que **os benefícios das ações de controle decorrentes desse trabalho são considerados qualitativos e coadunam-se com** os itens 56.5 (melhorar a qualidade dos serviços públicos prestados), 56.8 (aumentar a eficiência na estrutura, em procedimentos ou no exercício de competências e atribuições) e 56.9 (**melhorar a gestão administrativa/melhorias na organização, na forma de atuação**) do anexo da Portaria - Segecex 10/2012. (trecho de manifestação da Unidade Técnica).

O que vemos, portanto, é uma alta convicção por parte do TCU de que a interferência que ele faz na regulação, de certa forma até substituindo a regulação da ANEEL pela da unidade técnica do TCU, é benéfica para administração pública. Para o Tribunal, a sua interferência acarretará na melhoria da qualidade da regulação e na forma como é realizada a atividade-fim.

Quanto à deferência da ANEEL, a observação mostrou que ela possui um grau de deferência menor quando comparado com as outras agências reguladoras. Basicamente, os únicos meios de acesso às respostas que obtivemos foi o relatório de gestão de 2014 da ANEEL. Tentamos extrair algo do relatório de 2015 no caso dos acórdãos em que ela não respondeu às determinações pois o prazo era somente em 2015, mas não eram especificados no relatório do ano referido quais determinações e recomendações haviam sido acatadas pela agência, era apenas falado que algumas de 2015 e de anos anteriores haviam sido aceitas e aplicadas.

Também como prova da não deferência da ANEEL, tem-se as respostas aos acórdãos 2316/2014 (caso do atraso de entrega de obras e descompasso da entrega de empreendimentos de geração e transmissão) e 1587/2014 (caso da revisão tarifária da

CEMIG). Neles a agência respectivamente deixa o cumprimento da recomendação em segundo plano, condicionando sua resposta ao atendimento de outras determinações, e argumenta contra a decisão do TCU.

## **ANÁLISE DE CASOS**

Três casos foram escolhidos para demonstrar os achados de observação e o diálogo institucional existente entre o TCU e a ANEEL. O primeiro deles gira em torno do acórdão 2316/2014, denominado anteriormente de caso do atraso de entrega de obras e descompasso da entrega de empreendimentos de geração e transmissão. Além desse caso, tem-se os casos de cálculo do ciclo de reajuste tarifário e o da Usina Três Irmãos.

### **Caso do atraso de entrega de obras e descompasso da entrega de empreendimentos de geração e transmissão**

No caso do atraso de entrega de obras e descompasso da entrega de empreendimentos de geração e transmissão, o TCU avaliou a sincronia na entrada em operação dos empreendimentos de geração e transmissão de energia elétrica, os atrasos na conclusão dos empreendimentos e o descompasso entre a entrega de obras de geração e transmissão e decidiu, com base no princípio da eficiência, solicitar mudanças de comportamento de alguns entes da administração pública, dentre eles a ANEEL.

Como de praxe nos acórdãos sobre a ANEEL analisados nessa observação, o voto trata de uma mera repetição da conclusão do relatório, com muito pouco conteúdo jurídico, que costuma estar concentrado inteiramente no relatório elaborado pela unidade técnica, no caso, a Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação de Energia e Comunicações (SefidEnerg). Isso talvez seja um indicativo de que o plenário do TCU confie muito mais na qualidade da regulação da sua unidade técnica do que na da agência que está sendo analisada.

Como fundamentos para as recomendações e determinações sugeridas, a unidade técnica evocou o art. 37, caput da Constituição Federal (princípio da eficiência), a lei 10.848/2004, que dispõe sobre comercialização de energia elétrica e a lei 8.666/93.

Além disso, foram também mencionados decretos (5.163/2004 e 5.177/2004, que regulamentam a lei 10.848/2004) e resoluções da própria ANEEL.

As determinações feitas à ANEEL foram as seguintes:

1. Adoção e encaminhamento ao TCU, da decisão de Diretoria em relação ao atraso das usinas do Madeira e ao pleito da usina Santo Antônio, referente ao Processo Aneel 48500.001273/2008 (a concessionária requer a compensação do que foi pago à título de Encargo de Uso do Sistema de Transmissão e a postergação dos contratos regulados até a entrada em operação comercial do sistema de transmissão definitivo);

2. Elaboração e encaminhamento ao TCU, em ação conjunta com o Ministério de Minas e Energia e em articulação com outros agentes do setor elétrico, estudos baseados em leilões anteriores, em que sejam considerados os prazos que as concessionárias realmente têm utilizado para a implantação dos empreendimentos de geração e transmissão de energia elétrica, bem como as causas dos eventuais atrasos, de forma a possibilitar uma retroalimentação na etapa do planejamento de futuros leilões, com o objetivo de adotar prazos mais compatíveis com a realidade da execução das obras de cada tipo de empreendimento;

3. Avaliação, junto com o Ministérios de Minas e Energia (MME), acerca da pertinência de adotar critérios de aferição da exequibilidade das propostas referentes às concessões de serviços de energia elétrica, com base na aplicação subsidiária da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Por sua vez, as recomendações foram:

1. Interconexão dos bancos de dados de geração e transmissão da ANEEL- uma vez que o banco de dados da Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Geração não se vincula ao banco de dados do Sistema de Gestão da Transmissão - de modo que se torne possível verificar quais empreendimentos de transmissão têm que estar concluídos para permitir a entrada em operação de determinado empreendimento de geração;

Percebe-se, portanto, que a decisão do Tribunal de Contas da União, ao ter como intenção fazer com que a ANEEL trabalhe com prazos de entrega mais condizentes com

a realidade de forma a acabar com a situação de atraso sistêmico, visa aprimorar a qualidade da regulação e, portanto, está interferindo em uma atividade-fim da agência.

A ANEEL, em seu relatório de gestão de 2014, responde às demandas do TCU alegando que sua equipe já se reuniu com o MME, uma vez que algumas determinações requisitavam a ação em conjunto desses dois órgãos. Entretanto, ela solicita a prorrogação do prazo para cumprimento das determinações a serem realizadas em conjunto com o MME. Além disso, a agência afirma ter entrado com pedido de reexame contra a determinação acerca da decisão da Diretoria em relação ao atraso das usinas do Madeira e ao pleito da usina Santo Antônio. A ANEEL simplesmente não responde nada sobre a recomendação do TCU, apenas afirma que ela será respondida após as determinações serem atendidas.

Quanto à checagem do TCU, como já mencionado, foi de difícil verificação. Segundo o sistema de acompanhamento de processos do Tribunal, o processo do caso em questão alegava que, após o acórdão, houve recurso interposto e o mérito dele foi julgado (029.387/2013-2/R001), entretanto, não obtivemos acesso ao seu conteúdo e não sabemos exatamente quem interpôs.

Esse caso deixa de forma explícita como o TCU tem realizado um controle finalístico sobre as agências reguladoras, condicionando, portanto, a sua atividade-fim, isto é, a própria atividade regulatória. Além disso, fica também exposto nesse caso a não deferência da ANEEL, que interpõe recursos contra decisões do Tribunal e deixa recomendações para um segundo plano. Essa atitude não é característica de todas as agências reguladoras, e muito se pode perguntar de onde vem essa resistência da ANEEL. Podemos levantar como hipótese que ela derive dos fortes vínculos que a agência tem com o MME ou até mesmo que derive da sua antiguidade, pois ela foi uma das primeiras agências reguladoras brasileiras. Todavia, essas hipóteses precisariam de verificação para serem afirmadas, como, por exemplo, entrevistas com os agentes reguladores.



## **Casos cálculo no ciclo de reajustes tarifários**

Há uma série de quatro julgados nos quais o TCU avalia cálculo de revisão tarifária das distribuidoras. É necessário, para explicá-los, fazer um breve adendo metodológico: nenhum deles contém determinações ou recomendações à agência. Entretanto, foram incluídos no conjunto de decisões porque são representativos, no sentido de que podem indicar um comportamento do TCU quando este age sob provocação do Congresso.

Especificando, são casos em que a Comissão de Minas e Energia e a Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, por meio de requerimento de seus presidentes, provocam o TCU para que atenda a estas Solicitações, que consistem em um tipo processual do TCU. Como resposta, a SefidEnergia refaz os cálculos já promovidos pela ANEEL e constata a sua regularidade, posicionamento que é reproduzido nos relatórios de voto e integralmente seguido pelos Ministros, sendo que um dos benefícios do controle apontados trata-se de fornecimento de subsídios para outros órgãos, no caso, a Câmara dos Deputados. Como somente com o cálculo o TCU já dá por atendida a solicitação. De modo que, pode-se afirmar que há uma checagem dos cálculos realizados pela agência por parte do órgão técnico, o qual se mostra deferente. Porém, as Solicitações do Congresso Nacional não podem ser tidas com a única finalidade informar este órgão, porque há casos em que o pleiteado era a avaliação de níveis de perdas não técnicas pelas concessionárias, em que o TCU faz recomendações no intuito de reelaboração dos parâmetros de fiscalização para imprimir mais eficiência às concessionárias.

Há outros dez casos em que o TCU age sob provocação. Destes, somente quando o instrumento de controle refere-se a denúncia, representação e monitoramento foi que o Tribunal julgou alguma atividade irregular e adotou encaminhamento: determinação e recomendação.

## **Caso UHE Três Irmãos**

Tratam-se de três julgados sobre os Leilões n. 02/2014 e 03/2014 - ANEEL para concessão da Usina Hidrelétrica de Três Irmãos (UHE). Com o contrato de concessão vencido desde 2011, esta seria a primeira unidade a ser devolvida à União, sendo que a Centrais Elétricas de São Paulo (CESP), continuava a sua operação somente por meio de decisão judicial que determinava sua responsabilidade até que se realizasse novo leilão. Por pressuposto legal a realização destes é atividade-fim especialmente designada da agência, o que não desconsidera a ação de outros atores, principalmente o Ministério de Minas e Energia, ao qual se dirigem todas as determinações formais feitas pelo TCU. Para este caso, será descrito cada julgado, porque a partir do primeiro deles, os demais inserem-se na perspectiva de reconsideração das medidas tomadas, sendo já uma checagem do realizado pelos agentes.

A atuação do TCU iniciou-se por meio de Denúncia que indicava possíveis irregularidades na realização do Leilão, a qual foi julgada prejudicada porque o mesmo já foi realizado. Este é o único caso em que o plenário do TCU discorda de todas as assertivas apontadas pelo órgão técnico, e o faz por razões puramente processuais: enquanto aquele era pela improcedência da denúncia, este dá pela perda do objeto, o que indica alto grau de adesão ao parecer do órgão técnico – no caso, a SefidEnergia. O questionamento do denunciante era, principalmente, sobre qual seria a obrigação do concessionário de realizar obras de expansão caso não concordasse com a receita estabelecida pela ANEEL e a necessidade dessas estarem descritas no Edital de Concessão. Tais obras teriam grande impacto sobre o Canal de Nova Anhandava, que tem relevância para a navegação local e sobre a reponteciação da UHE, sendo que a respeito deste último aspecto fora realizada audiência pública em 2012 (AP 18/2012). Apesar disso, o TCU determina ao Ministério de Minas Energia (MME) que realize um estudo da viabilidade técnica da expansão da Usina e a mantém a suspensão da contratação. Assim, é possível inferir que o TCU constringe a Agência na realização da outorga, em virtude de uma análise de mérito técnico: a inclusão ou não de um conjunto de obras que seriam fundamentais para a geração de energia elétrica nos editais da agência.

Dois meses após o julgamento da Denúncia, foi pautada uma Representação , a mesma na qual fora deferida a Medida Cautelar de suspensão do Leilão 02/2014. Determinou-se a realização de estudo pelo MME em parceria com agentes setoriais, sobre a inclusão, desta vez especificamente de eclusas em Três Irmãos e no Canal Pereira Barreto, com a finalidade de julgar o mérito do processo, cuja cautelar fora julgada em 28.01.2014, avaliando as medidas implementadas pelos agentes para resolução da questão da inclusão das obras. A ANEEL defende-se da indicação de insuficiência das medidas tomadas remetendo a decisão judicial da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal para afirmar que o poder concedente não tem o dever de motivar a exclusão das eclusas e do canal da licitação da usina. Entretanto o TCU mantém a suspensão da cautelar diante da identificação de risco das estruturas que compõe o complexo não terem tratamento adequado após celebração do contrato.

Por último, foi julgada a manutenção da determinação dada em despacho para a manter a suspensão da contratação, pelo argumento de que as condições que permitiram conceder a medida cautelar persistem, fazendo nova determinação de Estudo para o MME e o Ministério dos Transportes.

Expostos os três julgados que compõe o caso, tem-se que este é representativo porque, a despeito do que ocorria em outras decisões, o grau de aderência ao despacho do TCU é alto, promovendo a suspensão da contratação. Tal resposta da agência não só ocorreu, mas ainda, foi expedido ofício no sentido de comunicar a assunção da UHE por outra empresa. Por último, a resposta do TCU não veio diretamente à reguladora, mas em avaliação de Estudos feitos pelo MME.

## ANEXO VI – Relatório parcial – ANAC, ANTT e ANTAQ

### INTRODUÇÃO

O presente relatório apresenta os resultados da primeira fase da observação desenvolvida pelo grupo *Observatório do Controle da Administração Pública*, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), coordenado pelos professores Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto e Juliana Palma. O objetivo da observação é verificar como se comporta o Tribunal de Contas da União (TCU) no que toca à interferência nas atividades fins das agências reguladoras federais.<sup>10</sup>

O relatório, em síntese, expõe como ocorreu o diálogo entre TCU e (i) Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), (ii) Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e (iii) Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com base em acórdãos da corte de contas do ano de 2014. O foco da primeira fase era verificar se o TCU fazia determinações a essas agências relativas às suas respectivas atividades fins; se essas agências acatavam ou não a essas determinações; e como fundamentavam seu comportamento face à determinação do TCU. Com isso, há uma tentativa de montar padrão de comportamento que servirá como parâmetro para a segunda fase da observação, na qual serão observadas relações *ainda em curso* entre TCU e agências reguladoras federais e verificado se essas mantêm tal padrão.

Este documento é uma versão consolidada das observações realizadas em cada agência, cujos relatórios individuais encontram-se anexados. Nele, são expostos os achados de cada caso de forma sintetizada, utilizando sempre a seguinte estrutura: (i) metodologia de seleção de acórdãos; (ii) análise do diálogo entre TCU e agência reguladora, sob os aspectos de *fundamentação da decisão do TCU, deferência da agência à determinação do TCU e transparência no acesso de dados*; (iii) conclusões parciais<sup>11</sup> sobre o diálogo do TCU com aquela agência específica.

---

<sup>10</sup> O grupo de pesquisa foi dividido em três subgrupos, cada um responsável por até três agências reguladoras. A finalidade foi permitir que a coordenação das atividades fosse facilitada e o acompanhamento de resultados feito de maneira mais acurada.

<sup>11</sup> Ressalta-se que as conclusões são *parciais* porque estão embasadas em amostra relativa a determinado recorte temporal. Dessa forma, as conclusões sinalizam que a relação entre TCU e agência reguladora tem certas características naquele período, mas não se pode traçar, neste momento da pesquisa, um diagnóstico *geral* da relação.

## 1. DETALHAMENTO DA OBSERVAÇÃO

### 1.1 TCU e ANAC<sup>12</sup>

#### *i. Metodologia*

A seleção e a análise do material para a primeira fase da observação se deu em quatro fases: (a) exploração; (b) mapeamento de acórdãos; (c) busca da reação da agência; (d) busca de manifestação posterior do TCU.

#### *i.a Exploração*

Nessa primeira etapa, realizou-se uma busca no site do TCU a fim de encontrar todos os acórdãos do ano de 2014 que citassem a ANAC. Tal busca não se deu já com a definição temporal, mas apenas pelos termos “ANAC” e “Agência Nacional de Aviação Civil”, tendo sido selecionados manualmente os acórdãos de 2014. Isso porque, desde logo, encontrou-se falhas nas ferramentas de observação do tribunal, de modo que muitos acórdãos não eram encontrados na observação que utilizava o ano como filtro de busca.

Após o levantamento de todos os acórdãos em que a agência foi citada no referido ano, estudou-se cada um deles para que se pudesse definir quais eram aqueles que tratavam da atividade fim da ANAC e que, portanto, seriam incluídos nas demais frentes da observação.

Dessa primeira busca resultou a *tabela exploratória*, na qual constam todos os acórdãos encontrados, especificando se foram incluídos ou excluídos e o motivo para tanto. Aqueles marcados como *incluídos* — seis acórdãos — foram entendidos como

---

<sup>12</sup> A aluna Marina Faloni ficou responsável por pesquisar a relação entre TCU e ANAC. O relatório individual produzido e as tabelas preenchidas correspondem ao *anexo 1*.

se tratando de atividade fim da agência e, portanto, foram utilizados nas demais etapas. Além desses, houve um julgado específico que tratava de atividade fim, mas foi transferido para a última frente de análise (*tabela de checagem*), vez que trazia manifestação do tribunal quanto ao cumprimento de determinações feitas à ANAC em anos anteriores.

Aos acórdãos marcados como *incluídos*<sup>13</sup> foi destinada tabela própria, chamada *tabela de controle*, explicada a seguir.

#### *i.b Mapeamento de acórdãos*

Nessa etapa, estudou-se mais profundamente os sete acórdãos selecionados na *tabela de controle*, buscando especialmente mapear quais eram as determinações e recomendações do TCU à agência e qual o grau de intervenção na atividade fim. Assim, preencheu-se a *tabela de controle*, com dados<sup>14</sup> encontrados em cada acórdão, que serviram de base para buscar as repostas das agências às determinações do TCU, bem como ainda eventual manifestação do tribunal quanto a esta reação.

#### *i.c Busca da reação da agência*

O terceiro passo foi buscar a reação da ANAC às recomendações e determinações do tribunal, fossem elas formais ou operacionais.<sup>15</sup> Para tanto, analisou-se os seguintes documentos.

- (i) Relatório de Gestão de 2014<sup>16</sup>;

---

<sup>13</sup> ACs-TCU 2905/2014/, 1995/2014, 1665/2014, 1608/2014, 0548/2014, 0561/2014 e 0482/2012 — esse último, referente ao AC-TCU 2740/2014, incluído na *tabela de checagem*.

<sup>14</sup> Os dados buscados foram determinados ao longo das reuniões do grupo, tendo sido definida uma tabela padrão para cada etapa de pesquisa dessa primeira fase.

<sup>15</sup> É considerada *reação formal* quando o a agência comunica o atendimento à determinação ou recomendação do tribunal por algum documento. *Reação operacional* é quando a manifestação do tribunal provoca mudança estrutural/comportamental na agência, que pode ou não estar documentada.

- (ii) Relatório de Atividade de 2014 e 2015;
- (iii) Planejamento Estratégico de 2015 a 2019;
- (iv) Agenda Regulatória de 2014 e 2015;
- (v) Contratos de Concessão; e
- (vi) Editais de Concessão.

Na análise, buscou-se compreender se a ANAC se manifestava, de alguma forma, quanto às determinações do TCU. Foram encontradas<sup>17</sup> tanto reações formais — comunicações diretas ao tribunal sobre recomendações e determinações — quanto mudanças operacionais significativas, atendendo ao tribunal. As reações encontradas foram compiladas na *tabela de reação*.

#### *i.d Busca de manifestação posterior do TCU*

A última frente foi a de *checagem*, na qual se procurou novas manifestações acerca dos acórdãos incluídos na amostra ou mesmo da reação da ANAC. Para tanto a busca realizada nessa frente mais uma vez enfrentou as falhas dos mecanismos disponíveis no site do TCU. Buscou-se a checagem por dois modos.

- (i) Número do processo;<sup>18</sup> e
- (ii) O tema tratado no acórdão de controle, aliado ao nome da agência.<sup>19</sup>

A busca, porém, teve resultados escassos: apenas três<sup>20</sup> dos sete acórdãos tiveram suas análises retomadas pelo TCU em fase de checagem e, desses, em apenas um houve a análise do cumprimento ou não das determinações. Assim, ou as checagens da maioria dos acórdãos ainda não aconteceram, ou mesmo que tenham

---

<sup>16</sup> O Relatório de Gestão de 2015 da ANAC ainda não havia sido divulgado até o momento da realização desta pesquisa.

<sup>17</sup> Os documentos analisados não apresentavam reação para algumas das determinações e recomendações feitas pelo TCU.

<sup>18</sup> Tal busca diversas vezes apresentou como resultado apenas o acórdão da amostra de controle.

<sup>19</sup> Os filtros de busca avançada do TCU apresentam falhas, de modo que buscas como “ANAC” e “Copa 2014” traziam todos os acórdãos envolvendo a Copa do Mundo, incluindo aqueles que não mencionavam a agência.

<sup>20</sup> AC-TCU 2210/2015, AC-TCU 2740/2014, e AC-TCU 3422/2014.

acontecido, não haviam sido disponibilizadas no momento da conclusão dessa fase da observação.

## *ii. Análise do diálogo*

Conforme exposto na metodologia em separado, foram encontrados seis acórdãos do ano de 2014 e um do ano de 2012 nos quais o TCU se manifestava a respeito da atividade-fim da ANAC. Desse total, apenas em um o TCU não atuou de ofício, mas por provocação do Congresso Nacional.<sup>21</sup> Assim, um primeiro dado é que, nos casos analisados, o tribunal interfere na atividade-fim da agência, na maioria das vezes, sem provocação.

Dessa amostra, cinco acórdãos tratavam do acompanhamento de concessões aeroportuárias, sendo os outros dois referentes à arrecadação de multas pela ANAC e outras oito agências.<sup>22</sup> Portanto, tem-se que, ao menos no ano de 2014, o TCU se debruçou especialmente sobre a atividade da ANAC em concessão de infraestrutura. Em todos esses acórdãos havia recomendações ou determinações à agência, ainda que não viessem no próprio acórdão ou voto, mas apenas no relatório, chegando a ser encontradas até oito determinações e/ou recomendações em um único acórdão, referente às concessões dos aeroportos de Viracopos, Guarulhos e Brasília.<sup>23</sup>

Em termos materiais, as recomendações e determinações variavam em seu grau de intrusão, podendo variar desde o simples envio de relatórios ao TCU, até mesmo a sugestão de criação de uma nova secretaria para o acompanhamento das concessões, como se fez no supracitado caso das concessões de Viracopos, Guarulhos e Brasília. É interessante notar que tal recomendação foi feita tão somente no relatório elaborado pela unidade técnica responsável, bem como que seu impacto foi diretamente na estrutura organizacional da ANAC e não apenas naquelas concessões que estavam em análise.

---

<sup>21</sup> Caso da 3ª pista do Galeão. AC-TCU 0561/2014.

<sup>22</sup> Caso da arrecadação de multas. AC-TCU 1665/2014 e AC-TCU 0482/2012.

<sup>23</sup> Caso da concessão de Viracopos, Guarulhos e Brasília. AC-TCU 0548/2014.



Alguns temas foram encontrados em mais de um acórdão como os que se referiam a mecanismos de transparência e à necessidade de aprimoramento da análise de qualidade de obras e serviços, o que pode ser indicativo de efetiva falha da agência, uma vez que os temas se encontravam em três dos seis acórdãos analisados. i) caso de Galeão e Confins<sup>24</sup>; ii) caso do Fiscobras 2013<sup>25</sup>; e iii) caso de Viracopos, Guarulhos e Brasília. O tema, como se pode imaginar, também impactou na estruturação da Agência. Outro exemplo é também o caso, também já referido, de interferência na arrecadação de multas administrativas pela ANAC e por outras oito agências, no qual o TCU julgava que a arrecadação estaria muito baixa, determinando que fosse dedicada seção específica nos Relatórios de Gestão sobre o tema.

Ainda que tenha se verificado uma alta interferência do TCU na atividade-fim, pode-se também observar que seu formato varia de caso para caso.

No caso Viracopos, Guarulhos e Brasília, o TCU identificou uma falha na gestão das concessões cuja razão seria, para a unidade técnica, a existência de duas secretarias responsáveis por seu acompanhamento. Assim, a unidade técnica recomendou, no próprio relatório, que se criasse uma nova secretaria com a competência de gerenciar as concessões aeroportuárias de forma a centralizar a atividade. Já no tocante à recorrente necessidade de melhoria dos mecanismos de transparência e de controle de qualidade, havia determinações para cada tema. Entretanto, tais determinações se davam no sentido de exigir que a própria agência elaborasse soluções a serem apresentadas ao tribunal. No acórdão relativo às multas, o TCU determinou não apenas a inclusão de seção específica nos relatórios, como discriminou detalhadamente quais dados nela deveriam constar.

Desse modo, podemos depreender dessa análise que o TCU interfere na ANAC quanto a questões variadas e se utiliza de formatos diversos para fazê-lo, que podem variar, em suma, quanto ao teor de recomendação ou determinação, ao documento em que se localizam, podendo ser o relatório da unidade técnica, o voto ou o próprio acórdão, bem como ao grau de detalhamento das recomendações/determinações.

---

<sup>24</sup> Caso da concessão do Galeão e Confins. AC-TCU 2905/2014.

<sup>25</sup> Caso das concessões no âmbito da Fiscobras 2013. AC-TCU 1995/2014.

Cabe ressaltar que a interferência do TCU sobre a agência não é feita por meio de um tipo processual específico. O tribunal utiliza desde *auditorias operacionais* até *acompanhamentos* para essa finalidade, adotando, contudo, estrutura argumentativa e organizacional semelhante em todos os casos.

#### *ii.a Fundamentação das decisões do TCU*

O primeiro ponto que chama atenção ao se analisar as decisões do TCU é o fato de que quase toda a fundamentação encontra-se nos relatórios da unidade técnica responsável, não havendo quase nenhuma explanação de motivos nos votos em si. Quando, excepcionalmente, o voto aparece bem fundamentado o que se encontra é uma reprodução fiel dos argumentos apresentados no relatório, de modo que os ministros não trazem, eles próprios, novos fatos, argumentos ou perspectivas sobre os casos, mas apenas seguem o posicionamento da unidade técnica. Assim, pode-se inferir que a tomada de decisões, em suma, é feita na própria unidade técnica e não em Plenário.

Apenas um dos seis casos apresentava voto destoante do relatório, qual seja o caso em que o TCU atuou provocado pelo Congresso Nacional. Trata-se do pedido, pelo Congresso, de inclusão de uma terceira pista no projeto do Galeão, que fora entendido como improcedente pela unidade técnica. Sua fundamentação se deu no sentido de que a autonomia da agência deveria ser preservada, especialmente por já terem sido realizadas audiências e consultas públicas sobre o tema. Os ministros, entretanto, optaram por acatar o pedido do Congresso e encaminhar a recomendação à ANAC sem, contudo, fundamentar a decisão. Curioso notar que o único caso destoante apresenta uma decisão que vem no sentido de uma maior interferência do que aquela pretendida pelo relatório.

É importante também compreender qual a fundamentação trazida no relatório da unidade técnica. Não é feita análise da adequação das atividades da agência à legislação aplicável ou mesmo a estudos técnicos capazes de justificar as conclusões apresentadas, salvo em três casos estudados: o primeiro é o caso de Galeão e Confins, em que o acompanhamento dos estágios 2, 3 e 4 das concessões foi feito tendo-se por base a legislação aplicável ao tema, bem como as normas do próprio TCU que regulamentam a análises dos citados estágios. O segundo caso é o dos acórdãos que tratam das falhas de transparência da ANAC, em que são utilizadas diretrizes da Lei de

Acesso à Informação como base para as recomendações e determinações. Por fim, tem-se o caso do acompanhamento das obras da Copa de 2014,<sup>26</sup> no qual o relatório traz estudos técnicos que, segundo a unidade técnica, demonstram as falhas de governança da ANAC e o atraso nas obras.

Assim, tem-se que a regra nas decisões é a ausência de fundamentação desvinculada do relatório da unidade técnica, cujo teor, muitas vezes, não é retomado plenamente na argumentação — o que não impede o tribunal de emitir determinações/recomendações à agência.

#### *ii.b Deferência da agência à determinação do TCU*

Ao buscar na agência as reações a cada recomendação e determinação do tribunal, buscamos verificar se havia muita ou pouca deferência ao tribunal. De modo geral pode-se verificar que há grande subserviência da ANAC às determinações e às recomendações do TCU. Isso porque a maioria das determinações foi atendida pela agência, conforme detalhado na *tabela de reação*.

Muitas das questões levantadas pelo tribunal provocaram mudanças operacionais significativas, com a edição de normas que visavam a atender às decisões órgão controlador ou ainda com o endereçamento dessas questões na Agenda Regulatória. O Relatório de Atividade de 2014 trazia expressamente que a agência havia atendido naquele ano um número total de 36 determinações do TCU.

Nesse sentido, caso interessante — e já aqui citado — foi o da recomendação, em relatório, da criação de nova secretaria a fim de centralizar o gerenciamento das concessões. Tal recomendação, constante apenas em relatório, foi atendida pela agência ainda em 2014. A questão mostra-se significativa uma vez que gerou mudança estrutural importante na ANAC, impactando toda a sua atividade de concessão de infraestrutura. Outro caso simbólico é a resposta ao acompanhamento do Galeão e Confins, feita por ofício da agência ao tribunal. Nesse a ANAC justifica o não

---

<sup>26</sup> Caso das obras da matriz da Copa do Mundo Fifa de 2014. AC-TCU 1608/2014.

atendimento das determinações tão somente por não ter havido tempo hábil entre o recebimento da determinação e o fim do exercício de 2014.

De outro turno, em único caso<sup>27</sup> se verificou, operacionalmente, o não atendimento voluntário à decisão do TCU, em que constava a determinação de inclusão da Infraero como sócia minoritária nas sociedades a serem criadas para obter futuras concessões. Tal recomendação encontra-se presente no caso do Fiscobras e não foi contemplada nos editais de concessão lançados posteriormente.<sup>28</sup>

A ANAC, assim, apresentou altíssimo atendimento às determinações e recomendações do TCU, sendo extremamente deferente ao tribunal. Algumas das decisões traziam como justificativa para tal intervenção o fato de as concessões aeroportuárias serem um processo iniciado recentemente, de forma que seria necessária análise mais aprofundada. Posicionamento também adotado pela agência em seus relatórios.

### *iii.c Transparência no acesso de dados*

Conforme demonstrado nas tabelas em anexo, foi possível mapear de forma clara as determinações dadas pelo TCU à ANAC, bem como as reações dessa agência. Com exceção do caso da Copa de 2014, foram encontradas respostas para os demais casos nos Relatórios de Atividade e Gestão, bem como na Agenda Regulatória e nas normas editadas. Cabe ressaltar que o Relatório de Gestão de 2015 não se encontrava disponível até o momento da finalização desta etapa de observação.

Grande impasse encontrado, porém, foi quanto à obtenção de respostas do TCU às reações da ANAC: apenas em três casos houve a retomada do caso pelo tribunal e, desses, em apenas um houve a verificação do cumprimento da decisão. É

---

<sup>27</sup> Outro caso em que não se verificou o atendimento da recomendação foi no acompanhamento das obras da Copa de 2014, em que o TCU requereu relatórios detalhados do andamento das obras. Tais relatórios não foram encontrados, de modo que não se sabe se a recomendação foi ou não atendida. Entretanto, as obras foram posteriormente consideradas regulares pelo próprio Tribunal.

<sup>28</sup> Edital de concessão dos aeroportos de Salvador, Fortaleza e Florianópolis, publicado em 09/06/15.

possível, entretanto, que o órgão de controle tenha averiguado o cumprimento dos demais casos de outras formas não dispostas no sítio eletrônico.

### *iii. Conclusões parciais (TCU – ANAC)*

Conforme exposto neste relatório e nas tabelas elaboradas, pode-se depreender que a hipótese de observação trazida por este Observatório — qual seja a de que o TCU interfere fortemente na atividade fim das agências reguladoras — se mostrou bastante contundente no âmbito da ANAC, ao menos nesta primeira fase da observação. Isso porque se verificou, primeiramente, que o TCU emite constantemente uma série de determinações e recomendações à ANAC, em diferentes graus de intrusão e formatos. Na outra ponta, temos que a agência atendeu grande parte dessas manifestações, incorporando mudanças estruturais importantes.

## **1.2 TCU e ANTAQ<sup>29</sup>**

### *i. Metodologia*

A metodologia utilizada para obter a amostra de acórdãos para a ANTAQ seguiu aquela já explicada no âmbito da ANAC. Assim, evitando-se repetições desnecessárias, julgou-se proveitoso já apontar os resultados obtidos.

Em busca no sítio do TCU, utilizando os termos “ANTAQ” e “Agência Nacional de Transportes Aquaviários”, chegou-se a um total de 37 acórdãos no ano de 2014, dentre eles auditorias operacionais, acórdãos de monitoramento e acórdãos de representação. Filtrando pela atividade-fim da agência, foram incluídos na *tabela de controle* seis desses 37 acórdãos.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> A aluna Susie Fugii ficou responsável por pesquisar a relação entre TCU e ANTAQ. O relatório individual produzido e as tabelas preenchidas correspondem ao *anexo 2*.

<sup>30</sup> São eles: ACs-TCU 2907/2014, 2748/2014, 1995/2014, 1553/2014, 732/2014 e 4273/2014.

Para a segunda etapa, foram encontradas as reações da ANTAQ nos Relatórios de Gestão referentes ao ano de 2014 e de 2015, este último publicado recentemente. No entanto, isso só foi possível após exaustiva busca dentre diversos outros documentos, como Relatório de Atividades, editais de licitação, ofícios e memorandos, documentos que ou não foram encontrados, ou não forneciam dados suficientes à observação. As reações obtidas se apresentaram de maneira clara e objetiva, em quadros identificados pelo número e ano do acórdão a que faziam referência. Cada quadro trazia pontualmente a determinação instituída pelo tribunal, seguido da resposta da agência. Assim, a partir das informações extraídas dos Relatórios de Gestão, pôde-se montar a *tabela de reação*. Vale ressaltar que alguns acórdãos possuem dados de ambos os relatórios, uma vez que nem sempre as determinações foram cumpridas integralmente em um mesmo ano.<sup>31</sup>

As respostas do TCU às reações da agência foram manifestadas em outros acórdãos do tribunal disponíveis em seu sítio eletrônico. Para localizá-los, realizaram-se diferentes buscas: número do processo, número e ano do acórdão, tema relacionado, ou nome da agência e o ano das eventuais respostas — a se saber 2015 e 2016, apesar de haver um caso<sup>32</sup> em que a o monitoramento se dá no próprio ano de 2014. No entanto, encontrou-se apenas duas manifestações, sendo uma delas obtida de maneira distinta: soube-se o número do acórdão por informação fornecida no Relatório de Gestão da ANTAQ. Importante mencionar que, na observação original dessa terceira etapa, tal acórdão específico não havia aparecido.<sup>33</sup> Com base em todos os dados obtidos, montou-se a *tabela de checagem*.

## *ii. Análise do diálogo*

### *ii.a Fundamentação das decisões do TCU*

---

<sup>31</sup> Não foi possível localizar resposta da ANTAQ às determinações dos ACs-TCU 2535/2014 e 1995/2014.

<sup>32</sup> AC-TCU 2991/2014.

<sup>33</sup> AC-TCU 272/2015.

Primeiramente, é necessário distinguir as fundamentações referentes ao voto do ministro e aquelas concernentes ao relatório. No geral, a fundamentação apresentada no relatório é notoriamente superior à motivação exercida pelos ministros ao darem seus votos. O relatório se sustenta por uma análise técnica profunda, feita pela unidade técnica do tribunal, suscitada a investigar os casos concretos. Além de se valer do estudo especializado, os técnicos também fundamentam seu diagnóstico na Constituição, em leis, regulamentos, princípios, dentre outros textos legais e atos administrativos pertinentes. Ou seja, os encaminhamentos sugeridos no relatório dos acórdãos se baseiam em um conjunto de argumentos tanto técnicos relativos ao conteúdo em discussão em si, quanto de direito. Isso ao final fornece maior segurança técnica e jurídica ao relatório.

Dado que a fundamentação do voto dos ministros — em especial do ministro relator — adota aquela elaborada no relatório da unidade técnica, a motivação do voto do relator em face do exercício da agência se mostra qualificada. No entanto, o julgamento do ministro, que deveria conter as maiores considerações acerca do objeto de conflito e dos direitos envolvidos, parece carecer de originalidade e senso crítico, vez que é mero acolhimento do relatório técnico e de suas determinações. Vale ressaltar que talvez esse apego ao relatório contribua para a ANTAQ constituir segurança acerca das determinações impostas pelo TCU.

#### *ii.b Deferência da agência à determinação do TCU*

De modo geral, a ANTAQ manifesta deferência com relação às determinações impelidas pelo TCU. Os conflitos identificados nos acórdãos tratam, em sua maioria, de dois temas: (i) irregularidades específicas nos contratos de concessão de áreas e instalações portuárias e/ou (ii) equívocos nos estudos preparatórios para instalação portuária, a exemplo dos estudos de viabilidade do primeiro Bloco de arrendamentos portuários sob a nova Lei dos Portos.

Disso decorre que as determinações do TCU versavam, majoritariamente, sobre: necessidade de repactuação de equilíbrio contratual das companhias envolvidas; edição de cláusulas contratuais em editais de licitação futuros; correção de impropriedades pontuais em editais anteriores; e término e melhoria dos estudos de viabilidade de concessão de novas áreas. Ademais, as diligências do tribunal tratavam também da justificativa para definição dos parâmetros de desempenho, da

apresentação de elementos à aferição dos quantitativos estimados em projetos, e do levantamento dos investimentos levantados pelo arrendatário. Nesse sentido, em se tratando das principais determinações do TCU, percebe-se deferência por parte da ANTAQ, porém não de aplicação imediata. Isso porque a maioria das medidas vincula a publicação de editais de licitação futuros pela agência. Uma vez reconhecida irregularidade ou inadequação em comportamento da ANTAQ que ensejava alguma diligência, a agência procedeu de maneira consoante com a decisão, sem maiores questionamentos ou resistência perante a decisão.

Contudo, houve um caso em que a ANTAQ manifestou, primeiramente, tentativa de adequação da decisão, seguida de posterior resistência à adoção das exigências impostas. Trata-se de acórdão<sup>34</sup> que abordava a preservação do equilíbrio econômico-financeiro contrato de arrendamento de área portuária. Esse documento traz o monitoramento de determinações já fixadas em acórdão anterior,<sup>35</sup> mas que não haviam sido cumpridas em 2014. A peculiaridade desse conflito reside na tentativa de diálogo estabelecido pela ANTAQ com o TCU. Devido ao não cumprimento das determinações anteriormente estabelecidas, o tribunal insistiu na cobrança por meio do monitoramento. A agência, diante do próprio descumprimento, pleiteou a prorrogação do prazo para efetivação das exigências, o que foi aceito pelo TCU. No entanto, ao final do prazo prorrogado, as medidas ainda não haviam sido implementadas pela ANTAQ, que então realizou novo pedido de alongamento da data limite. Neste episódio, o TCU novamente acolheu a solicitação, mas, devido ao reiterado descumprimento, impôs novas determinações à agência bem como condenou o diretor em exercício da época ao pagamento de multa pecuniária.<sup>36</sup> A partir de então, iniciou-se intenso diálogo,<sup>37</sup> em que a agência — e nela se compreende a reação do próprio ex-diretor que tentou justificar o descumprimento reiterado das determinações, de modo a inclusive apontar responsabilidade do próprio TCU pela eventual omissão em publicar documentos que vincularia a obediência da ANTAQ. Além disso, houve ainda demanda por reexame da decisão que ensejava multa pecuniária do ex-diretor e posterior renegociação da sanção. Nesse sentido, a discussão estabelecida é motivada pela iminência de prejuízos à agência e ao próprio responsável, mas não por mera resistência.

---

<sup>34</sup> AC-TCU 732/2014.

<sup>35</sup> AC-TCU 4273/2010.

<sup>36</sup> AC-TCU 1149/2015.

<sup>37</sup> Ver outros acórdãos relacionados na *tabela de checagem*.



Portanto, tratando-se do diálogo institucional entre ANTAQ e TCU, existe clara deferência da agência em relação às determinações do tribunal, de modo que não se verificada resistência ou mesmo tentativa de negociação frequente entre as entidades. O mesmo se pode dizer sobre a reação do TCU perante as demandas da ANTAQ ou mesmo em face de pedidos de outras entidades ou companhias envolvidas,<sup>38</sup> acerca da prorrogação de prazos, demandas estas que se mostram de fácil acolhimento. O único caso na amostra em que há reticência à aceitação por parte da ANTAQ reflete preocupação pontual acerca dos prejuízos que a agência e um de seus ex-diretores podem sofrer, mas não questiona a interferência do TCU na atividade-fim da agência.

### *iii.c Transparência no acesso de dados*

Quanto à transparência da ANTAQ, a impressão aqui registrada decorre das circunstâncias em que a observação foi realizada, especificamente para elaboração da *tabela de reação*, cuja busca ocorreu integralmente por meio do sítio da agência. À primeira impressão, o sítio se apresenta de maneira organizada, sobretudo no que se refere ao “acesso à informação” e à “prestação de contas”, além de outros tipos de dados fornecidos pela agência. É possível encontrar documentos relativos ao exercício da agência de acordo com o ano em questão.

No entanto, ao tomar contato com documentos específicos, como o Relatório de Gestão e o Relatório de Atividades, percebeu-se que as informações são fornecidas com clareza superficial. Isso porque, embora houvesse uma organização que possibilitasse apreensão imediata da informação, esta se apresentava sem aprofundamento de seu conteúdo. Ou seja, parece que alcançar a transparência institucional se traduz em medidas formais, anuais, distante de real e adequada publicidade das informações, ainda mais considerando que alguns documentos citados nesses relatórios — a exemplo de ofícios expedidos pela ANTAQ — não foram localizados no sítio.

No que se refere à transparência do TCU, percebe-se que o Tribunal atua de maneira mais eficiente, em comparação à ANTAQ, quanto à disponibilização de seus documentos. Embora haja falhas no mecanismo de busca do sítio eletrônico, não houve maiores problemas para obtenção de acórdãos para a observação. As lacunas constantes na *tabela de checagem*, muito provavelmente, dão-se em função do tempo e do tipo de

---

<sup>38</sup> Exemplo é pedido de prorrogação de prazo pela Codesa, arrendatária portuária, que também foi deferido.

recomendação/determinação dada à ANTAQ (como dito, muitas de aplicação futura), e não em decorrência de uma não disponibilização por parte do tribunal.

### *iii. Conclusões parciais (TCU – ANTAQ)*

Diante da análise exposta, é possível inferir que, de fato, há notória deferência da ANTAQ em relação ao TCU. O único caso em que não houve o acatamento imediato da manifestação do tribunal foi em decorrência de a decisão acarretar ônus financeiro à agência e a um de seus ex-diretores, mas não em função de a ANTAQ não concordar com a intervenção do TCU em sua atividade-fim.

## **1.3 TCU e ANTT<sup>39</sup>**

### *i. Metodologia*

Pelos mesmos motivos expostos na metodologia da ANTAQ, vamos direto aos resultados obtidos na seleção de acórdãos.

Realizaram-se duas buscas de acórdãos no site do TCU. Em uma delas, utilizou-se o nome da agência por extenso (“Agência Nacional de Transportes Terrestres”), e em outra a abreviatura (“ANTT”). Tais buscas resultaram em 58 acórdãos no ano de 2014. Filtrando-os por quais versavam sobre atividade-fim, foram excluídos acórdãos que apareceram na busca por mero acaso, ou que apenas mencionavam a agência, não sendo ela parte ou não lhe sendo feita qualquer determinação/recomendação. Isso resultou em 12 acórdãos do ano de 2014, dos quais vários faziam monitoramento de determinações anteriores, caso em que foi preciso buscar acórdãos de anos anteriores com a base legal para a decisão.

---

<sup>39</sup> O aluno Lucas Pedroso ficou responsável por pesquisar a relação entre TCU e ANTAQ. O relatório individual produzido e as tabelas preenchidas correspondem ao *anexo 3*.

A partir disso foi preenchida a *tabela de controle*, com informações a respeito de 24 acórdãos: os 12 mencionados e mais 12 que se relacionavam a eles e os antecediam. A tabela seguinte, *tabela de reação*, contém os documentos que a agência produziu e enviou ao TCU em relação às determinações. Em suma, permite analisar se a decisão foi acatada e como foi implementada, se o caso. Por fim, há a “tabela de checagem”, que revela como o TCU recebeu tal resposta. Em alguns casos, já foi proferido outro acórdão analisando o cumprimento das determinações.

## *ii. Análise do diálogo*

### *ii.a Fundamentação das decisões do TCU*

Dois aspectos chamam atenção na motivação das decisões.

O primeiro é a disparidade usualmente verificada entre a motivação presente no relatório e a no voto. O relatório, em geral, como nos outros casos, é uma transcrição do que entende o corpo técnico do TCU sobre o caso; enquanto o voto é o que o ministro entende do caso. Em regra, o voto tende a ser um resumo do relatório. Assim, enquanto o relatório cita a legislação pertinente, Constituição, princípios relacionados, precedentes do próprio TCU e parte da doutrina; o voto tende a ser extremamente simples, citando, no máximo, a legislação que o ministro considera mais importante dentre a disposta no relatório da unidade técnica. Essa disparidade fica clara no caso de auditoria em fiscalização de concessões rodoviárias.<sup>40</sup> Enquanto o relatório seu relatório cita considerável legislação, Constituição, alguns princípios, decretos, resoluções, portarias, acórdãos e súmulas do TCU, o voto do ministro cita apenas uma lei, uma resolução da ANTT e alguns parâmetros internacionais.

O segundo aspecto é que alguns casos ensejam motivação mais forte. Um primeiro motivo para tanto seria a relação com o grau de intervenção do TCU na atividade da agência: casos que apresentam determinações para a concessão, para concessões futuras e recomendações, ensejam motivação mais forte. Nesse sentido, a menção a dois casos é oportuna. Um deles é o acompanhamento de concessão de exploração de infraestrutura ferroviária, outro se refere à concessão da rodovia BR-

---

<sup>40</sup> AC-TCU 3237/2013.

101 nos estados do Espírito Santo e Bahia.<sup>41</sup> As decisões foram altamente intrusivas, inclusive com determinações para casos futuros. Como consequência, o grau de motivação foi bastante alto, com voto revisor, declarações de votos e oposição de embargos de declaração — ou seja, também a agência forçou o tribunal a se justificar. No mais, quando o caso parece de relevo e envolve diversos interesses, com um juízo negativo, a motivação se faz mais necessária. Assim o caso de dilapidação do patrimônio ferroviário concedido, em que o primeiro acórdão possuía mais de 73 páginas. As determinações não foram tão intrusivas nesse acórdão, mas para conhecer e julgar parcialmente procedente a representação, dando ensejo a monitoramento posterior, houve robusta motivação.

#### *ii.b Deferência da agência à determinação do TCU*

A ANTT tende a ser deferente às determinações do TCU. Como mencionado anteriormente, por vezes foi necessário buscar acórdãos de anos anteriores a 2014 para se entender o caso como um todo. Nesse processo, foi possível notar que ao longo do tempo a agência cumpriu com as determinações do TCU gradativamente. Nesse sentido, caso em que foram examinados processos de cobranças de multa das agências reguladoras e sua efetividade.<sup>42</sup> Num primeiro momento, o TCU determinou que se procedesse ao levantamento das dívidas existentes. Superada essa fase, determinou que agências publicassem em seus relatórios anuais de gestão tais informações, em seção específica. Outro exemplo é o caso em que se examinou os investimentos em ferrovias concedidas pela União.<sup>43</sup> O TCU determinou à agência que elaborasse relatório de modo a identificar as ferrovias concedidas. Em outro acórdão, considerou a medida cumprida.

Mas, tomando como base os acórdãos de 2014 e seus desdobramentos posteriores, fica claro como a agência se preocupa em acatar as determinações do tribunal. O relatório de gestão de 2014 da ANTT é bastante detalhado, indicando ponto a ponto o que foi feito naquele ano quanto às determinações do TCU. Exemplo pode ser o caso de auditoria operacional em que se averiguou o procedimento para

---

<sup>41</sup> Respectivamente, ACs-TCU 293/2014 e 3697/2013 quanto ao ferroviário e AC-TCU 2573/2012, rodoviário.

<sup>42</sup> ACs-TCU 1817/2010 e 482/2012.

<sup>43</sup> ACs-TCU 312/2012 e 2888/2014.

fiscalização das concessões rodoviárias.<sup>44</sup> Foram feitas diversas determinações quanto à apuração de responsabilidades tanto das concessionárias, quanto dos responsáveis envolvidos por parte da agência, além de mudanças na forma como funcionam tais processos em seu âmbito – mais especificamente, recursos em processos administrativos deveriam deixar de ter efeito suspensivo em regra. No relatório de gestão de 2014, há notícias de que diversos ofícios e memorandos foram enviados ao TCU como resposta, e ao que se percebe, as medidas vêm sendo implementadas, ainda que não de pronto, conforme explicação da agência.<sup>45</sup>

A deferência da ANTT é ainda mais clara ao se notar que o TCU não impõe, de antemão, sanções veementes para o descumprimento de suas decisões. Em alguns casos, estipula-se data, mas é possível dilatar ou fazer de forma incompleta. Ainda assim, a agência não as ignorar. Os relatórios de gestão fazem questão de mostrar que estão providenciando as alterações necessárias, quando já não noticiam seu o cumprimento. Exemplo é o caso da análise dos efeitos da alteração do art.42 da lei 8.987/95.<sup>46</sup> O TCU estabeleceu prazo de 30 dias para a agência encaminhar relação de empresas envolvidas no transporte rodoviário de passageiros. Esse acórdão, de 2009, foi monitorado e considerado cumprido apenas em 2014, bem depois dos 30 dias. O TCU não considerou haver atraso ou outra irregularidade, e a agência cumpriu essas e outras determinações. Em outros desdobramentos do caso, nos quais se examinou processos de cobranças de multa da ANTT e sua efetividade, acórdão posterior não só concluiu que o cumprimento das determinações anteriores foi satisfatório, como determinou que se não pudesse cumpri-las integralmente, a agências deveria justificá-lo.<sup>47</sup> Mais uma vez, portanto, o TCU foi leniente em relação ao cumprimento de suas determinações, o que parece afastar a hipótese de que as agências sejam deferentes devido às sanções impostas pelo não cumprimento.

O que pode ser ainda mais surpreendente é que a agência acata decisões do TCU mesmo quando elas são recomendações ou relacionadas a casos futuros. No caso de recomendações, há o caso já mencionado de auditoria da fiscalização exercida em

---

<sup>44</sup> ACs-TCU 3237/2013 e 2889/2014.

<sup>45</sup> São mencionados os Ofícios 81/2014/DG/ANTT, 798/2014/DG/ANTT, 896/2014/DG/ANTT, 1043/2014/DG/ANTT e 810/2014/DG/ANTT; bem como os Memorandos 24/2014/SUREG e 776/2014/SUINF. A alteração do art. 59 do regulamento anexo à Resolução 442/2014, artigo que confere efeito suspensivo a todo recurso administrativo, é um dos pontos em tramitação.

<sup>46</sup> ACs-TCU 2517/2009 e 3052/2014.

<sup>47</sup> AC-TCU 1665/2014, subitem 9.2, que se seguiu ao AC-TCU 482/2012, subitem 9.6.

concessões rodoviárias.<sup>48</sup> Nele, além das determinações que a agência afirmou estar cumprindo, também havia recomendações. E, conforme indica o relatório de gestão de 2014, para a agência o fato de serem recomendações não faz diferença. Das 14 recomendações feitas, 6 são consideradas atendidas pela agência e as outras estão em procedimento de análise ou em fase de cumprimento. O TCU monitorou tal caso em 2015, mas apenas em relação às determinações.<sup>49</sup> Ou seja, mesmo o TCU dando ênfase apenas ao cumprimento de determinações, a agência investiu tempo e recursos em implementar, também, as recomendações.

Outro ponto que merece comentário são as determinações para casos futuros. Em um caso de acompanhamento de concessão de infraestrutura ferroviária, o TCU fez determinações para casos futuros.<sup>50</sup> Isso também ocorreu em acompanhamento de concessão rodoviária, prevendo, inclusive, quais cláusulas que deveriam constar em editais futuros.<sup>51</sup> Não obstante tais determinações parecerem bastante invasivas, a agência costuma acatá-las. No caso ferroviário mencionado, a agência enviou ofício<sup>52</sup> ao órgão controlador relatando a implementação de uma das medidas, que consistia em desenvolvimento de metodologia para avaliar sistema de sinalização. Outras determinações para concessões futuras do mesmo caso são narradas no relatório de gestão de 2014, que afirma estarem em andamento.<sup>53</sup> Apesar da conduta da agência, não consta que o TCU tenha monitorado em novos acórdãos se e como tais determinações são executadas.

Apesar desse panorama de enorme deferência, existem casos de resistência. Dois acórdãos de 2014 apreciavam embargos de declaração.<sup>54</sup> Um deles, de fato, era uma inexatidão material em âmbito de controle e fiscalização de concessão

---

<sup>48</sup> AC-TCU 3237/2013, em especial.

<sup>49</sup> Por meio do AC-TCU 31/2015.

<sup>50</sup> AC-TCU 2573/2012.

<sup>51</sup> AC-TCU 3697/2013.

<sup>52</sup> AC-TCU 010/2014/DCN

<sup>53</sup> No caso, os subitens 9.3.3 a 9.3.7, 9.3.9 e 9.3.10 do AC-TCU 3697/2013 constam como em andamento.

<sup>54</sup> ACs-TC 293/2014 e 3588/2014.

rodoviária.<sup>55</sup> No outro caso, a agência pretendia rediscutir a matéria, também de concessão ferroviária, e, de certa forma, conseguiu, com o TCU tornando insubsistentes algumas das determinações.<sup>56</sup> Por exemplo, em sede de embargos, o TCU reexaminou o uso de uma tabela para cada Estado em que ocorre a concessão, com impacto no preço. Em termos simples, dependendo da tabela adotada, os valores da concessão seriam maiores ou menores. Em sede de embargos, decidiu-se que a tabela utilizada deveria ser a do Mato Grosso, em que maior parte da concessão se localizava. Esse padrão de eventual resistência se mantém, com a oposição de embargos de declaração, em caso que se determinava à agência desenvolvimento de metodologia de valorização imobiliária em concessão rodoviária<sup>57</sup>. Por fim, um caso deu ensejo a pedido de reexame, eis que a ANTT parece ter discordado de decisão que determinava a impossibilidade de que concessionária rodoviária cobrasse taxa de adesão ao serviço de pagamento automático de pedágio.<sup>58</sup>

Em alguns casos ainda, não se trata preponderantemente de resistência, mas a agência informa que não tem condições de cumprir as determinações por razões alheias à sua vontade. Em um caso, o TCU determina que a agência elabore plano de integração do serviço de transporte urbano na região do Distrito Federal e municípios do entorno, ao que a agência responde ser incapaz, eis que envolveria entes federativos sobre os quais não consegue atuar. Em outro caso ainda, já mencionado, de auditoria de fiscalização de concessões rodoviárias, foi determinada a implantação de um Centro Nacional de Supervisão Operacional. A agência informa, primeiro em 2014 e depois em 2015, que está promovendo sua implantação, mas que ela resta prejudicada pelo aguardo de recursos para a licitação<sup>59</sup>. Por vezes, ainda, faz debates para mudar, mas não significa que imediatamente venha a alterar, caso da especificação do sistema automatizado de coleta de informações para regulação e fiscalização no âmbito de concessão de serviço de transporte rodoviário de passageiros.<sup>60</sup> E, pelo menos quanto à implantação do Centro de Supervisão, o TCU, por meio de decisão posterior, continua exigindo que a medida se efetive.<sup>61</sup>

---

<sup>55</sup> AC-TCU 3588/2014 corrigiu AC-TCU 2888/2014. Uma das determinações deste último falava em enviar informações sobre 36 trechos ferroviários, quando na verdade as informações desses trechos já haviam sido enviadas ao TCU, que na verdade determinava o envio dos outros trechos que não esses 36.

<sup>56</sup> Caso dos embargos apreciados no AC-TCU 293/2014, relativos ao AC-TCU 3697/2013.

<sup>57</sup> Caso do AC-TCU 1043/2014, subitem 9.3.

<sup>58</sup> Caso do AC-TCU 1008/2014, conforme informado pelo relatório de gestão.

<sup>59</sup> Respectivamente, AC-TCU 436/2014, subitem 9.2.1. e AC-TCU 3237/2013, subitem 9.1.5.2.

<sup>60</sup> AC-TCU 436/2014, subitem 9.2.2 e da resposta pelo Ofício 1073/2014/DG/ANTT.

Outro ponto que chama a atenção, agora na atuação do TCU, é a fungibilidade dos instrumentos utilizados. Os casos analisados consistiam de representações, acompanhamentos de outorga, prestações de contas e desdobramentos, além de diversos tipos de auditoria: de qualidade, de conformidade e operacional. Apesar desse instrumental diverso, as determinações seguiam o mesmo padrão. O exemplo mais premente pode ser o fato de que o TCU determina que a agência revise normativos, estabeleça critérios ou desenvolva metodologia tanto em representações, acompanhamento de outorga, prestação de contas e em auditorias.<sup>62</sup> Ou seja, não importa o instrumental utilizado, caso julgue oportuno, a decisão será a mesma. A diferença parece mais como o caso se inicia do que sua decisão. Ademais, não é clara a diferença entre as diferentes decisões. Por exemplo, quanto às metodologias citadas no parágrafo anterior, elas aparecem tanto sob a forma de que se deve dar ciência à agência de que a metodologia apresenta fragilidades; recomenda-se o desenvolvimento de metodologia; e determina que se elabore normativos específicos.<sup>63</sup> Em suma, uma recomendação pode diferir de uma determinação apenas pelo seu próprio verbo.

Esse panorama leva à reflexão de que a agência cumpre tudo porque, no final das contas, não vê diferença e se considera obrigada. Em outras palavras, a agência não acha adequado confiar na diferença em um “determinar” e um “recomendar”, no final o conteúdo é o mesmo e pode aparecer em qualquer tipo de processo do tribunal.

### *iii.c Transparência no acesso de dados*

A análise feita permitiu chegar a algumas conclusões sobre a transparência do TCU e da ANTT, bem como o tipo de diálogo interinstitucional realizado.

---

<sup>61</sup> AC-TCU 31/2015, subitem 9.2.3.

<sup>62</sup> ACs-TCU 6615/2009, 436/2014, 6324/2012 e 3237/2013.

<sup>63</sup> Respectivamente, caso dos ACs-TCU 8666/2011, 436/2014 e 2889/2014.



De início, o que mais chama atenção é a dificuldade em achar informações no sítio eletrônico da ANTT. Foi difícil encontrar os relatórios de gestão dos anos de 2014 e 2015.<sup>64</sup> O mecanismo de observação é ineficaz e parece aleatório. Devido a esse cenário, os memorandos e ofícios mencionados nos tais relatórios não puderam ser encontrados — talvez porque não estejam no site, talvez porque o site simplesmente seja disfuncional.

Essa situação torna difícil analisar o diálogo realizado, ainda assim foi possível verificar nos relatórios de gestão que a agência por vezes além de informar o cumprimento de certa medida, informa se enfrentou dificuldades. Esses casos foram mencionados anteriormente como não exatamente de resistência, mas em que a Agência narra a impossibilidade de cumprir alguma decisão. A tentativa de diálogo está relatada, portanto, na seção de deferência, a qual se remete o leitor.

### *iii. Conclusões parciais (TCU – ANTT)*

A ANTT tende a ser extremamente deferente em relação ao TCU, seguindo suas determinações para o caso concreto, mas também para casos futuros, e as recomendações. Esse comportamento é pouco explicado quando se considera que o TCU não apresenta sanções veementes pelo descumprimento e monitora apenas as determinações. Uma explicação para a deferência, pelo menos nos casos apontados, seria o fato de que o TCU não apresenta rigidez processual, valendo-se de vários instrumentos. Talvez por isso a agência opte por sempre respeitar o que seja, eis que as diferenças são tênues. No entanto, há alguns poucos casos de resistência.

---

<sup>64</sup> Tentando fazê-lo de novo para citar a fonte neste documento, não obteve-se sucesso.

## ANEXO VII – Relatório parcial – ANS

Após exposição da metodologia utilizada para delimitação da amostra de acórdãos passaremos a expor os resultados obtidos por meio da análise empírica dos julgados selecionados, tendo como enfoque a apuração de se a comunicação institucional entre Tribunal de Contas da União e Agências Reguladoras respeita ou não a independência funcional da autarquia especial.

Os acórdãos utilizados para comprovação da hipótese sugerida são referentes ao exercício de 2014. Por meio da metodologia descrita anteriormente, pautada em critérios quantitativos e qualitativos, chegou-se a um universo de quatro acórdãos considerados elementares para compreensão do diálogo institucional entre TCU e agência, e, concomitantemente, da influência que essa comunicação exerce na atividade regulatória da autarquia.

Os julgados a serem analisados são:

1. Acórdão 798/2014: relatório de auditoria que versa sobre o ressarcimento ao SUS devido pelas operadoras de planos de saúde particulares, buscando aprimoramento desse sistema;
2. Acórdão 1546/2014: monitoramento utilizado para aferir as alterações concernentes ao ressarcimento ao SUS devido pelas operadoras de planos de saúde;
3. Acórdão 693/2014: Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde dando um panorama geral do que se espera do setor da Saúde para os anos subsequentes, traçando metas e objetivos que podem induzir comportamentos na ANS;
4. Acórdão 1338/2014: Contas do Presidente da República com análise da governança regulatória das agências reguladoras “*sob três dimensões: autonomia decisória, transparência e estratégia organizacional das respectivas agências reguladoras*”, com perspectivas que podem induzir comportamentos nas políticas públicas setoriais de cada agência.

A partir da análise desses quatro acórdãos, constatamos que de fato há uma interferência significativa do Tribunal de Contas na atividade regulatória da ANS, sendo que, de certo modo, percebe-se que as recomendações sugeridas acabam por exercer a própria atividade regulatória.

A título de exemplificação, à luz da lei 9.961/00<sup>65</sup> (Lei de criação da ANS), constata-se que compete à ANS, dentre várias outras matérias, *estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS*<sup>66</sup>, nos termos do art. 4º, inciso VI, da referida lei.

Imiscuir-se nessa prerrogativa, nesse sentido, equivale a afrontar a independência funcional<sup>67</sup> da ANS, que foi criada com escopo de regulamentar sua atividade fim, qual seja, *as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde* (art. 1º, última parte, Lei 9.961/00).

Não obstante os argumentos expostos, restou evidente que o TCU tende a “avocar” a competência regulatória fiscalizando critérios atinentes à eficiência e, inclusive, exercendo verdadeiros juízos com teor regulatório, como, por exemplo, no acórdão 798/2014 ao *determinar à Agência Nacional de Saúde (ANS) que exija o ressarcimento ao SUS das operadoras, sem o reconhecimento de qualquer limitação temporal (prescrição), apenas com relação às cobranças iniciadas (com o envio de ABI's) após 31.3.2009 (...)*.

Ou, ainda, consoante o acórdão nº 1546/2014, ao determinar à ANS que, *dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da notificação do presente acórdão, elabore de um cronograma de implantação da sistemática de ressarcimento*

<sup>65</sup> Disponível em <<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9961.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm)>>. Acesso em 29/06/2016.

<sup>66</sup> Sobre o tema, monografia *O ressarcimento ao SUS pelas Operadoras de Plano de Saúde: uma abordagem acerca do fundamento jurídico da cobrança*, de Otávia Mírian Lima Santiago Reis, Universidade Federal de Viçosa, acessado pelo documento contido no endereço eletrônico <<[http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Materiais\\_por\\_assunto/monografia\\_ressarcimento\\_ao\\_sus.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/monografia_ressarcimento_ao_sus.pdf)>>. Acesso em 07/06/2016.

<sup>67</sup> A interferência indevida do TCU e de qualquer outro órgão a fim de controlar as atividades precípua da Agência Reguladora caracteriza uma ofensa à sua independência funcional e, sobretudo, uma invasão em suas competências regulatórias, tendo em vista que *o sistema verdadeiro das agências reguladoras implica lhes seja outorgada certa independência em relação ao governo no que tange a vários aspectos de sua atuação. Se há interferência política do governo, o sistema perde a sua pureza e vocação. Aqui e ali, no entanto, têm surgido investidas e escaramuças de órgãos governamentais, com o propósito de reduzir o poder daquelas entidades, e esse tipo de ingerência denota flagrante distorção no processo de desestatização*. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Revista, Ampliada e Atualizada até 31/12/2012. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 492.

*ao SUS de forma a priorizar o processamento e cobrança de procedimentos ambulatoriais de média e de alta complexidade mais recentes.*

A Corte de Contas até pode estar bem intencionada ao proferir juízos com determinações e exigências à agência, contudo ela não possui noção apurada da realidade institucional e das prioridades estruturais da ANS e de seus objetivos para afirmar se é ou não o caso de priorizar a cobrança de procedimentos ambulatoriais de média e grande complexidade mais recentes. Ademais, como já relatado, a competência para elaboração de uma política de ressarcimentos é da própria agência, não havendo motivos para o Tribunal interferir nesse aspecto.

Ocorre que as decisões finais da Corte de Contas são altamente deferentes ao posicionamento de seu corpo técnico. Percebe-se, aliás, que as motivações apresentadas no voto dos Ministros tendem a ser fracas, não estabelecendo uma correlação entre fatos, provas, esclarecimentos e parte dispositiva. A constatação deste fato impossibilita a extração de uma *ratio decidendi* precisa e que estabeleça um nexo de causalidade entre o objeto de análise e a determinação/recomendação exarada.

Além da deferência da Corte ao posicionamento de seu corpo técnico, também constatamos grande deferência da ANS às recomendações do TCU. Paradoxal essa relação, porquanto se o TCU é deferente às posições de seu corpo técnico e a ANS é deferente às recomendações do TCU, conclui-se, portanto, que a agência está em geral aceitando as determinações dos profissionais especializados do TCU, e não propriamente de seus ministros.

A deferência às determinações do TCU é incontestável, porquanto da análise do relatório de gestão 2014 da ANS<sup>68</sup> notamos que no capítulo específico para *atendimento de demandas de órgão de Controle, campo cumprimento das deliberações do TCU atendidas no exercício*, a ANS toma as recomendações do órgão de controle como obrigatórias não demonstrando resistência alguma, visto que o campo *análise crítica dos fatores positivos/negativos que facilitaram/prejudicaram a*

---

<sup>68</sup> Disponível em <<<http://www.ans.gov.br/aans/transparencia-institucional/prestacao-de-contas/relatorios-de-gestao>>>. Acesso em 04/07/2016.

*adoção de providências pelo Gestor foi sempre preenchido com não houve fatores críticos para adoção de providências pelo gestor.*

Deste modo, constata-se do relatório de gestão 2014 da ANS a inexistência de análise crítica quando da implementação das medidas exigidas pelo TCU, que pode ser notado às fls. 203/212 da peça de gestão.

Nessa senda, podem-se extrair inúmeras razões e justificativas, que devem ser encaradas como hipóteses para explicar o alto grau de deferência às recomendações do Tribunal, como (i) falta de expertise para regulamentar sua atividade fim, redundando na aceitação tácita da recomendação; (ii) aceitação de que o TCU de fato exerce jurisdição quando profere suas decisões; (iii) o temor da agência em ter sua prestação de contas julgada irregular, e, por fim, (iv) receio de a Corte de Contas tomar alguma atitude enérgica capaz de prejudicar a organização gerencial/estrutural da autarquia.

Todas essas hipóteses sugeridas possuem íntima relação com a interpretação inadequada do rol de funções e competências do TCU, de modo que Corte e agências tendem a aceitá-la sem irresignações.

O teor subjetivo da legislação brasileira acerca do controle externo atuando na eficiência dos gastos realizados pelas entidades públicas acarreta distorções prejudiciais à interpretação dos limites de atuação do Tribunal. Nesse sentido, a título de exemplificação, a interpretação do art. 70 da Constituição combinada com os artigos 230 e 239, II, do Regimento Interno do TCU<sup>69</sup>, gera um efeito nefasto na atividade regulatória da agência, visto que induz a agência a aceitar

---

<sup>69</sup> O art. 70 da Constituição, por exemplo, dispõe que *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*, dando ao TCU um plexo de competências que, se interpretadas de modo deturpado, possibilitam a interferência dele nas funções finalísticas das Agências Reguladoras. Tanto é verdade que o TCU atribuiu competência a ele mesmo para fiscalizar as entidades do setor público utilizando, inclusive, o critério de eficiência, uma vez que positivou em seu Regimento Interno, art. 230 (Capítulo III – Fiscalização), que ***O Tribunal, no exercício de suas atribuições, poderá realizar, por iniciativa própria, fiscalizações nos órgãos e entidades sob sua jurisdição, com vistas a verificar a legalidade, a economicidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade de atos, contratos e fatos administrativos (g.n.), outorgando a si próprio, quando utilizar o mecanismo da auditoria, avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados*** (art. 239, inciso II, Regimento Interno do TCU, g.n.).

recomendações da Corte de pronto, como se fossem determinações, ou melhor, como se fossem verdadeiros provimentos jurisdicionais. O Tribunal, destarte, por meio de fiscalizações operacionais<sup>70</sup> aprecia e exerce indiretamente a atividade regulatória da agência ao induzir comportamentos com determinações/recomendações.

Outro aspecto a ser relatado incide na falta de transparência e publicidade dos memorandos e ofícios que se dão entre TCU e agência.

A análise do diálogo institucional, ao menos nesse aspecto, fica comprometida pela dificuldade de adquirir tais documentos. O prejuízo é significativo, por exemplo, no momento em que tentamos compreender como se deu o atendimento das determinações do TCU com relação ao acórdão 798/2014, uma vez que no relatório de gestão, campo *cumprimento das deliberações do TCU atendidas no exercício*, consta da *síntese dos resultados obtidos* desse acórdão que *os resultados obtidos se encontram descritos no Memorando expedido pela GGSUS*.

Contudo, não foi possível encontrarmos esse documento, sendo que os resultados só não foram mais prejudicados pelo fato do relatório de gestão 2014 ter possibilitado maior conjunto de informações sobre o caso concreto.

Por fim, impende salientar os acórdãos 693/2014 e 1338/2014 que, apesar de não versarem especificamente sobre a ANS, proferem juízos com expectativas do que o Tribunal de Contas da União espera para a saúde em 2014 (relatório sistêmico da saúde) e com análise da governança regulatória das agências reguladoras (contas do presidente da República).

Não há determinação ou recomendação à ANS como resultado desses dois últimos acórdãos relatados. No entanto, a indução de comportamento, constatada nos acórdãos analisados como decorrência do plexo de competências atribuídas ao TCU

---

<sup>70</sup> A fiscalização operacional, um dos corolários do art. 70 da Constituição Federal, ganhou contornos interpretativos, pelo menos à luz do próprio Tribunal de Contas, no sentido de atribuir à Corte de Contas competência para fiscalizar a eficiência, efetividade e eficácias das políticas públicas adotadas pelos órgãos públicos. Nesse sentido, a fiscalização operacional, na ótica do Tribunal de Contas, *corresponde à introdução das modernas técnicas de auditorias de programas, buscando avaliar a efetividade da gestão pública. Esse singular vocábulo, quando integrado ao texto constitucional, legitimou e desencadeou profundas alterações nos métodos de atuação das Cortes de Contas brasileiras, sob liderança e inspiração do TCU*. (LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo: Teoria, Jurisprudência e mais de 500 questões*. 4ª edição revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 30). O empecilho que aqui deve ser destacado é que *as profundas alterações nos métodos de atuação das Cortes de Contas* acabam desencadeando um efeito negativo, haja vista a interferência latente dessas Cortes na atividade regulatória das agências reguladoras.

pela Constituição, implica a aceitação tácita não só das determinações e recomendações do órgão de controle, mas também das previsões e expectativas que ele possua para os exercícios subsequentes. Deste modo, espera-se que, consoante a forte deferência da ANS às determinações do TCU, a agência seja induzida a modificar sua estrutura organizacional para se tornar condizente às expectativas da Corte de Contas mesmo inexistindo uma recomendação específica a ela.

## ANEXO VIII – Relatório parcial – ANP

Este trabalho procurou mapear o diálogo institucional entre o Tribunal de Contas da União e as agências reguladoras federais, partindo da hipótese de que *“a independência e a autonomia das Agências Reguladoras são significativamente condicionadas pelo controle do TCU”*.

A fim de avaliar empiricamente essa assertiva lançada como hipótese, partiu-se de uma análise dos acórdãos proferidos pelo TCU, com um recorte temporal (acórdãos proferidos em 2014 ou relacionados a outros acórdãos proferidos neste exercício) e material (acórdãos que versem sobre as atividades-fim das agências reguladoras, assim entendidas com as situações em que o TCU extrapola a análise de economicidade e adentra na seara da eficiência das medidas tomadas pelos entes fiscalizados). Com isso, e adstrito à Agência Nacional do Petróleo (ANP), chegou-se a um espectro amostral de sete julgados (todos pelo Tribunal Pleno do TCU), a partir dos quais foi possível tirar as conclusões a seguir expostas. São eles:

- a) Acórdão 2813/2014, que trata do controle do TCU sobre a atividade fiscalizadora da ANP, com enfoque na atuação da agência na prevenção de acidentes ambientais;
- b) Acórdão 1558/2014, que trata do controle do TCU sobre as concessões da ANP, com recomendações à Secretaria de Fiscalização de Desestatização;
- c) Acórdão 1665/2014, que trata do controle do TCU sobre a atividade sancionatória das agências reguladoras;
- d) Acórdão 0336/2014, que determina à ANP que trabalhe em conjunto com a ANEEL na fixação do preço regulatório do gás natural;
- e) Acórdão 0214/2014, que faz referência à análise de eventuais falhas ou inconsistências da ANP;



- f) Acórdão 1338/2014, que trata das contas da Presidência da República e contém uma extensa análise acerca da atuação da agência reguladora;
- g) Acórdão 3405/2013, que não constava do primeiro espectro amostral, foi mencionado no bojo do Acórdão 1214/2014, cuja inclusão se justifica pelo fato de este tratar de uma auditoria operacional incidente sobre as agências reguladoras, dentre elas a ANP, para a avaliação de sua atuação na instituição de mecanismos de interface junto aos usuários.

Em primeiro, percebe-se que o instrumento primordial de diálogo institucional entre Agência Reguladora e TCU é os Relatórios de Gestão emitidos pelos entes fiscalizados anualmente, em cumprimento à Instrução Normativa TCU nº 63/2010. Devido a esta Instrução Normativa, as agências possuem, em seus Relatórios de Gestão, um capítulo especificamente destinado ao *“atendimento de demandas de órgãos de controle”*.

Além disso, da leitura dos Relatórios de Gestão, tem-se que outros instrumentos importantes para a comunicação são os Ofícios e Memorandos expedidos em resposta às determinações e recomendações do Tribunal de Contas.

Nesse ponto, surge o primeiro obstáculo ao mapeamento do diálogo institucional: a falta de transparência. É praxe, na agência reguladora, apontar no Relatório de Gestão que as respostas ao TCU foram encaminhadas por meio de um Memorando ou Ofício que, contudo, não é de fácil acesso ao particular, o que prejudica a análise dessas conversações. As Agências e o TCU não divulgam documentos importantes para o controle de sua atividade, tais como os Ofícios e Memorandos técnicos. Mesmo nos casos em que há a divulgação destas informações, como nos Relatórios de Gestão, há uma divulgação estritamente formal e somente realizada em razão da publicação de instrução normativa do próprio TCU obrigando as agências a fazê-lo.

Apesar disso, com os elementos encontrados graças à devida publicidade, é possível tecer algumas considerações.

O primeiro ponto que se destaca é a grande deferência em relação ao órgão de controle externo. Em regra, as agências implementam as diretivas emitidas pelo Tribunal como se fossem obrigadas a tanto, não importando se são determinações ou recomendações. No Relatório de Gestão 2014 da ANP, por exemplo, existem 10 (dez) respostas ao TCU e, em 7 (sete) delas, a agência anuiu com a deliberação do Tribunal sem oferecer resistência. O não atendimento dos três restantes, conforme será mencionado à frente, não basta para evidenciar uma fuga ao padrão de deferência aqui identificados: a agência pede prorrogação do prazo para atendimento das determinações, entende que as determinações não são aplicáveis a ela, entre outras justificativas. Em nenhum momento, frise-se, existe uma verdadeira resistência por parte do ente fiscalizado, que procure guerrear o mérito das decisões do órgão de controle externo.

Adentrando-se nos dispositivos legais, sejam eles constitucionais ou infralegais, restou caracterizado que o Tribunal de Contas, valendo-se da amplitude de competências que lhe são atribuídas pela Constituição<sup>71</sup>, profere recomendações que são interpretadas pelas Agências, a bem da verdade, como determinações<sup>72</sup>.

---

<sup>1</sup> O art. 70, por exemplo, dispõe que *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, dando ao TCU um plexo de competências que, se interpretadas de modo deturpado, possibilitam a interferência dele nas funções finalísticas das Agências Reguladoras. Tanto é verdade que o TCU atribuiu competência a ele mesmo para fiscalizar as entidades do setor público utilizando, inclusive, o critério de eficiência, uma vez que positivou em seu Regimento Interno, art. 230 (Capítulo III – Fiscalização), que **O Tribunal, no exercício de suas atribuições, poderá realizar, por iniciativa própria, fiscalizações nos órgãos e entidades sob sua jurisdição, com vistas a verificar a legalidade, a economicidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade de atos, contratos e fatos administrativos (g.n.), outorgando a si próprio, quando utilizar o mecanismo da auditoria, avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de***

Comprova-se essa interpretação feita pela ANP quando analisado o seu relatório de gestão de 2014<sup>73</sup>, uma vez que em diversos acórdãos os julgadores proferiram *recomendações*, enquanto no relatório de gestão 2014 a ANP menciona essas recomendações como *determinações*.

Outro aspecto constatado incide no fato de serem as auditorias operacionais e monitoramentos os mecanismos de controle comumente utilizados para obrigarem agências reguladoras a modificarem suas políticas regulatórias<sup>74</sup>.

A resposta ao TCU, nesses casos, é sempre semelhante. No campo “*síntese das providências adotadas*”, a agência informa ter encaminhado um Memorando ou Ofício ao Tribunal. Posteriormente, no campo “*análise crítica dos*

---

*economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados* (art. 239, inciso II, Regimento Interno do TCU, g.n.).

- <sup>2</sup> A interferência indevida do TCU e de qualquer outro órgão a fim de controlar as atividades precípua da Agência Reguladora caracteriza uma ofensa à sua independência funcional e, sobretudo, uma invasão em suas competências regulatórias, tendo em vista que *o sistema verdadeiro das agências reguladoras implica lhes seja outorgada certa independência em relação ao governo no que tange a vários aspectos de sua atuação. Se há interferência política do governo, o sistema perde a sua pureza e vocação. Aqui e ali, no entanto, têm surgido investidas e escaramuças de órgãos governamentais, com o propósito de reduzir o poder daquelas entidades, e esse tipo de ingerência denota flagrante distorção no processo de desestatização*. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Revista, Ampliada e Atualizada até 31/12/2012. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 492.
- <sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?pg=76995&m=&t1=&t2=&t3=&t4=&ar=&ps=&1466709012747>>. Acesso em 23/06/2016.
- <sup>4</sup> A fiscalização operacional, um dos corolários do art. 70 da Constituição Federal, ganhou contornos interpretativos, pelo menos à luz do próprio Tribunal de Contas, no sentido de atribuir à Corte de Contas competência para fiscalizar a eficiência, efetividade e eficácias das políticas públicas adotadas pelos órgãos públicos. Nesse sentido, a fiscalização operacional, na ótica do Tribunal de Contas, *corresponde à introdução das modernas técnicas de auditorias de programas, buscando avaliar a efetividade da gestão pública. Esse singular vocábulo, quando integrado ao texto constitucional, legitimou e desencadeou profundas alterações nos métodos de atuação das Cortes de Contas brasileiras, sob liderança e inspiração do TCU*. (LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo: Teoria, Jurisprudência e mais de 500 questões*. 4ª edição revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 30). O empecilho que aqui deve ser destacado é que as *profundas alterações nos métodos de atuação das Cortes de Contas* acabam desencadeando um efeito negativo, haja vista a interferência latente dessas Cortes na atividade regulatória das agências reguladoras.

*fatores positivos/negativos que facilitaram/prejudicaram a adoção de providências pelo Gestor”, há uma conclusão simples como “a Auditoria entende que a recomendação encontra-se atendida”.*

Destarte, ante a ausência dos documentos oficiais expedidos pela agência, e tendo o relatório de gestão como maior fonte de informações a respeito da reação dessas agências, é possível concluir que há um baixo grau de aprofundamento técnico na análise das recomendações e determinações do Tribunal de Contas, principalmente quando a agência reguladora busca cumprir o quanto decidido pelo controle externo.

Podem-se extrair inúmeras razões e justificativas do alto grau de deferência às recomendações do Tribunal, como (i) o temor da agência em ter sua prestação de contas julgada irregular; (ii) falta de expertise para regulamentar sua atividade fim, redundando na aceitação tácita da recomendação; (iii) aceitação de que o TCU de fato exerce jurisdição quando profere suas decisões; (iv) o temor da responsabilização individual dos gestores<sup>75</sup> e, por fim, (v) receio de a Corte de Contas tomar alguma atitude enérgica capaz de prejudicar a organização gerencial/estrutural da autarquia.

Essa falta de motivação é uma decorrência direta da superficialidade dos próprios acórdãos analisados. É possível detectar uma disparidade no grau de aprofundamento das análises realizadas no relatório técnico e no voto. Ademais, percebeu-se também que os votos apresentam uma motivação fraca e pouco clara. Considerando-se o impacto que tais decisões apresentam sobre projetos de infraestrutura, tal tipo de motivação é causa de insegurança jurídica para a atuação estatal e privada.

---

<sup>5</sup> O julgamento pela irregularidade das contas dos entes fiscalizados pode recair na responsabilização dos gestores, inclusive caracterizando atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92, art. 11). Da mesma forma, outro efeito importante está na possibilidade de se punir o agente ímprobo com a consequente inelegibilidade, desde que configurada a irregularidade da aplicação dos recursos e o prejuízo ao erário e que este tenha agido com dolo (Lei Complementar nº 64/90, art. 1º, I, g).

Constatamos da análise dos relatórios um elevado grau de aprofundamento da matéria a fim de possibilitar uma decisão adequada ao caso. Todo o contraditório exercido no decorrer do trâmite processual produz uma gama de provas e esclarecimentos que deve ser levada em consideração pelo julgador no momento de sua sentença, pois inexistirá *ratio decidendi* se ele sequer estabelecer a correlação minuciosa entre fatos, provas, esclarecimentos e parte dispositiva.

Qualquer decisão que deixe de estabelecer essa correlação gera insegurança e instabilidade para o jurisdicionado, haja vista sua surpresa ao notar que no contraditório produziram provas e argumentos não mencionados na decisão, porquanto esta apenas menciona a parte dispositiva sem os devidos fundamentos determinantes.

Deste modo, mesmo sem conhecer a adequada fundamentação para as determinações do Tribunal de Contas, a agência se sente obrigada a seguir determinada recomendação em sede de auditoria, monitoramento, ou qualquer outro mecanismo de controle, tendo em vista que sua inobservância pode implicar severas restrições no âmbito da justiça de contas. O TCU, nesse sentido, acaba por induzir comportamentos na política regulatória e na estrutura organizacional da autarquia especial não esclarecendo os motivos.

Nos casos em que a ANP não atendeu as demandas do órgão de controle, ainda é possível entender que não existe uma resistência ao TCU. Se não, veja-se: no caso do Acórdão 2752/2012-Plenário, a ANP adotou a grande maioria das determinações; no tocante à única medida não cumprida, a agência simplesmente solicitou a prorrogação do prazo para o atendimento. No caso do Acórdão 2209/2013-Plenário, igualmente, a ANP adotou grande parte das demandas; as demandas não atendidas assim o foram porque se entendeu que não eram aplicáveis à ANP.

Vale frisar que outro obstáculo à adequada análise do diálogo institucional ANP x TCU reside no fato de que, muito provavelmente, as respostas aos julgados levantados durante a pesquisa empírica se encontrarão no Relatório de Gestão de 2015 da agência. Este, todavia, ainda não foi disponibilizado.

\* \* \* \* \*