

REPUTAÇÃO INSTITUCIONAL E O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Floriano de Azevedo Marques Neto
Juliana Bonacorsi de Palma
Danilo Rehem
Nara Merlotto
Yasser Gabriel

1. Introdução: o controle das Agências Reguladoras em observação

A Administração Pública encontra-se hoje imersa em um cenário de incremento dos mecanismos de controle da gestão pública. As tradicionais instituições de controle se projetam na gestão pública pelo viés do controle e podem, nessa perspectiva, determinar o deslocamento de competências da esfera administrativa para a esfera controladora. Ao final do dia, o ente controlador substitui o órgão burocrático para decidir relevantes questões de políticas públicas, regulação e aplicação orçamentária.

A questão da substituição do Poder Público pelo seu controlador pode ser analisada por diferentes perspectivas. Neste artigo analisaremos a aplicação da teoria da *organização reputacional* (CARPENTER, 2011) à burocracia pública brasileira a partir do problema de como o Tribunal de Contas da União (TCU) controla as Agências Reguladoras. Tomamos como hipótese que a competência regulatória é deslocada para o TCU na medida em que a unidade técnica do TCU detém maior depósito de confiança que as Agências Reguladoras. Como consequência, a independência e a autonomia das Agências Reguladoras são condicionadas pelo controle do TCU.

A *reputação institucional* – conjunto de crenças sobre a capacidade de organização, intenções, história e missões de uma instituição em meio à sua audiência¹ – é em muitos casos determinante para definir o grau de autonomia e de discricionariedade que um órgão efetivamente goza. Daniel Carpenter sugere quatro dimensões para mensurar a reputação de uma instituição, quais sejam: reputação de performance (o órgão consegue cumprir com as suas tarefas?), reputação moral (o órgão é comprometido, flexível e honesto?), reputação procedimental (as normas procedimentais são observadas?) e reputação técnica (o órgão tem capacidade e a técnica necessária para lidar com situações complexas?)². Desse modo, quanto mais sólidas forem essas facetas da reputação, maior será o grau de autonomia de ação da instituição e menores serão as limitações³.

¹ Cf. Daniel Carpenter, *Reputation and Power: organizational image and pharmaceutical regulation at the FDA*, Princeton University Press, 2010, p. 45.

² Daniel Carpenter e George Krause, *Reputation and Public Administration, Public Administration Review*, vol. 72, 2012, p. 26. Cf., ainda, Daniel Carpenter, *Reputation and Power: organizational image and pharmaceutical regulation at the FDA*, Princeton University Press, 2010, p. 46-47.

³ Peter H. Schuck considera a confiança nas instituições públicas um elemento de fundamental importância para o desenvolvimento da governança pública. Assim, um dos grandes desafios do Governo seria incrementar a confiança dos particulares em sua atuação, sem a qual a percepção social de *ilegitimidade* (*threats to government legitimacy*) dos órgãos e entes administrativos colocaria em risco a

Trata-se de uma teoria desenvolvida na burocracia política, mas cuja aplicação no campo do Direito Administrativo pode ajudar a refletir sobre o modo de construção do Direito. Especificamente no tema do controle administrativo, o campo é fértil e já há estudos envolvendo a linha de pesquisa da reputação institucional e do controle judicial do Poder Público. Neste texto tentaremos apresentar uma aproximação a partir de estudo empírico desenvolvido pelo *Observatório de Controle da Administração Pública*, grupo de pesquisa coordenado pelo Professor Floriano de Azevedo Marques Neto na Faculdade de Direito da USP e que tem por objeto de pesquisa a análise do controle das Agências Reguladoras praticado pelo TCU.

Neste artigo, tomaremos o *Plenário do TCU* como a audiência e cada uma das Agências Reguladoras e o órgão técnico do Tribunal como as instituições em jogo no controle das Agências Reguladoras pelo TCU. Por meio de investigação empírica, cujo método será apresentado na sequência, buscamos mapear empiricamente os principais parâmetros deste controle. A teoria da reputação institucional não encerra a análise do controle das Agências Reguladoras pelo TCU, uma atividade complexa e permeada por interesses diversos, mas certamente auxilia na qualificação deste debate.

2. Metodologia

Para analisar a hipótese de pesquisa acima apresentada, mapeamos o diálogo institucional entre Agências Reguladoras e TCU. Foram selecionadas oito Agências Reguladoras federais: Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Saúde (ANS) e Agência Nacional do Petróleo (ANP).

O método desenhado é composto por três frentes de observação: (1) análise das decisões do TCU com a finalidade de depreender como o TCU controla as Agências Reguladoras; (2) análise das respostas das Agências Reguladoras às demandas do TCU; e (3) análise das decisões do TCU sobre as respostas fornecidas ou praticadas pelas Agências Reguladoras ao controle. Para cada frente de análise construímos uma tabela de análise⁴: (1) tabela de controle, (2) tabela de reação e (3) tabela de checagem.

Verificamos o diálogo institucional entre Agências Reguladoras e TCU a partir da análise empírica das decisões de auditoria do TCU proferidas no ano de 2014. Realizamos busca de julgados no site do TCU⁵ a fim de encontrar todos os acórdãos do ano de 2014 que citassem as Agências Reguladoras selecionadas. Tal busca não se deu já com a definição temporal, mas apenas pela sigla e pelo nome de cada uma das Agências Reguladoras por extenso, tendo sido selecionados manualmente os acórdãos de 2014. A amostra final é de 159 acórdãos.

ação governamental. O mecanismo para lidar com este desafio, sugere o autor, seria incrementar os resultados da ação pública. Cf. *Why Government Fails so Often. And how it can do better*, Princeton University Press, 2014, p. 11-18.

⁵ Cf. www.tcu.gov.br. A pesquisa foi desenvolvida entre março e junho de 2016.

Os acórdãos selecionados foram analisados e suas informações sistematizadas na tabela de controle, buscando especialmente mapear quais eram as determinações e recomendações do TCU às Agências e qual o grau de intervenção na atividade fim. Assim, preencheu-se a tabela de controle, com os dados 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

O próximo passo foi buscar a reação das Agências Reguladoras selecionadas às recomendações e determinações do Tribunal, fossem elas formais ou operacionais. Consideramos *reação formal* quando o a Agência comunica o atendimento à determinação ou à recomendação do Tribunal por algum documento oficial. *Reação operacional* se caracteriza pela manifestação do Tribunal que provoque mudança estrutural ou comportamental da Agência, que pode ou não estar documentada.

Foram analisadas as manifestações das Agências Reguladoras às decisões do TCU pelo estudo de ofícios, memorandos, relatórios de gestão, relatórios de atividades específicas, relatórios de auditoria interna, relatórios de prestação de contas, dentre outros. Com base nesse conjunto de informações, foi preenchida a tabela de reação.

Com relação à tabela de checagem, foram catalogadas as novas manifestações sobre os acórdãos mapeados na tabela de controle. As informações para trabalhar esta frente de análise foram depreendidas do número do processo e do tema tratado no acórdão de controle, aliado ao nome da Agência.

As informações foram sistematizadas nas tabelas com a finalidade maior de conferir clareza sobre os achados de pesquisa. A análise centrou-se nas tabelas e no inteiro teor dos documentos levantados. Os resultados da pesquisa são apresentados a seguir.

3. Estudo empírico: os principais tópicos de análise do controle das Agências Reguladoras pelo TCU

Neste item analisamos mais detidamente a interação entre TCU e Agências Reguladoras pela perspectiva do controle.

Um primeiro ponto a ser colocado consiste na eventual padronização das mais possíveis dinâmicas de controle das Agências Reguladoras pelo TCU. Considerando a pluralidade de Agências Reguladoras e as especificidades regulatórias, seria adequado apresentar um “panorama geral”? Ou, pelo contrário, o grupo de pesquisa incorreria em excessiva simplificação de uma realidade complexa, comprometendo análises mais sofisticadas?

Na medida em que a proposta da pesquisa é avaliar a hipótese lançada de que a independência e a autonomia das Agências Reguladoras são limitadas pelo TCU, consideramos adequado focar o estudo nas principais questões deste controle. Apesar da diversidade de Agências e de objetos regulatórios, mapeamentos tópicos comuns no controle do TCU de todas as Agências Reguladoras investigadas. Natural, portanto, que essas questões ganhem projeção ao representarem o modo de interação entre TCU e Agências Reguladoras. A complexidade seria assegurada na medida em que os exemplos,

recolhidos da investigação empírica, ilustrem um cenário o mais próximo possível do real, enquanto as exceções e peculiaridades também seriam igualmente salientadas.

Assim, as seguintes questões foram recorrentes no estudo do controle das Agências Reguladoras pelo TCU: (i) as *recomendações* têm caráter mandatório, pois tanto o TCU tem a expectativa de que elas sejam observadas pelas Agências, quanto estas se sentem vinculadas, tanto que não raro as referem como *determinações*; (ii) é alto o grau de deferência das Agências Reguladoras às recomendações do TCU, qualquer que seja a natureza dessas recomendações, ressalvada a ANEEL; (iii) há uma diferença fundamental entre a unidade técnica do TCU e o colegiado do TCU, o que traz consequências diretas sobre o controle da regulação; nessa linha, por vezes a unidade técnica do TCU rivaliza com a unidade técnica da Agência, cabendo ao colegiado deliberar; e (iv) é notório, e empiricamente comprovado, o problema com a publicidade dos dados oficiais de controle nas instituições analisadas.

3.1. “Recomendações” normativas: como o TCU controla a regulação?

As competências de controle do TCU estão expressamente definidas na Constituição Federal, em seu art. 71. O rol de competências expressas neste preceito é marcadamente extenso, reforçando a tese de fortalecimento das instituições de controle pelo Constituinte. Estão no rol de competências constitucionais funções de *fiscalização*, como a verificação da regularidade de admissão de pessoal ou de aposentadoria⁶, *opinativas* com a emissão de parecer prévio, a exemplo das contas do Presidente da República⁷, *judgadoras*, como se verifica com o julgamento das contas dos responsáveis por bens ou valores públicos⁸, *sancionadoras*, com particular disciplina da aplicação de multas⁹, e *consultivas*, como a prestação de informações a pedido do Congresso Nacional¹⁰. A par dessas competências, existem também aquelas intituladas pela instituição como *função corretiva*.

Segundo o próprio Tribunal define, a função corretiva se verifica nos casos de ilegalidade ou de irregularidade de órgão ou entidade pública que predique a fixação de prazo pelo TCU para o cumprimento da lei. A função corretiva decorre diretamente do art. 71, inc. IX, da Constituição, segundo o qual é de competência do TCU “*assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade*”. O mecanismo próprio de exercício dessa competência corresponde à *inspeção*, de ofício ou por provocação, em que fundamentalmente se faz a *fiscalização* do órgão ou ente público, geralmente ensejada por denúncia apresentada ao TCU.

Ainda utilizando a linguagem do TCU, a Constituição também prevê a *função educativa*, voltada à disseminação de informações sobre a atuação do órgão e à recomendação de providências de eficiência administrativa. Assim, é a *auditoria operacional* o mecanismo de exercício da competência educativa por excelência, com fundamento no art. 71, inc. IV, da Constituição Federal:

⁶ Cf. art. 71, inc. III, da Constituição Federal.

⁷ Cf. art. 71, inc. I, da Constituição Federal.

⁸ Cf. art. 71, inc. II, da Constituição Federal.

⁹ Cf. art. 71, inc. VIII, da Constituição Federal.

¹⁰ Cf. art. 71, inc. VII, da Constituição Federal.

Art. 71, inc. IV, Constituição Federal. “realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e **auditorias** de natureza contábil, financeira, orçamentária, **operacional** e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II”. Destacamos.

A interpretação que o TCU faz deste preceito, com amplo respaldo na doutrina, é que a Constituição Federal ineditamente atribuir à Corte uma função de orientação dos órgãos e entes administrativos quanto ao modo de atuação dentro dos parâmetros da legalidade e quanto à otimização de resultados¹¹. Assim, esta nova competência atribuída pelo Constituinte de 1985/86 ao TCU se alinharia aos critérios de *legalidade*, *legitimidade* e *economicidade* previstos no art. 70, *caput*, da Constituição¹². O TCU depreende do art. 71, inc. IV, da Constituição, portanto, legítima competência para apreciar a atividade-fim dos órgãos e entes administrativos, ainda que detenham, por expressa previsão legal, autonomia e independência, como as Agências Reguladoras.

A observação das decisões do TCU sobre as Agências Reguladoras indica que é a *auditoria operacional* o mecanismo mais utilizado para controlar a regulação. Igualmente importantes, devido às obras para a Copa do Mundo e as Olimpíadas, são os monitoramentos, ou acompanhamentos, e as auditorias de programas, particularmente as concessões de infraestrutura. Esse cenário foi particularmente característico no âmbito da ANAC: todos os casos analisados eram de acompanhamento de licitações – como o processo de concessão dos aeroportos de Galeão, Cofins –, concessões em andamento e acompanhamento das obras da Copa de 2014. Outros instrumentos em que o controle do TCU sobre as Agências Reguladoras se verificou foram: consultas, e prestação de contas.

Nos casos de controle do TCU das Agências Reguladoras por provocação, prevalece o instrumento da *representação*. Um caso de denúncia corresponde ao Acórdão n.º 2305/2009, em que se discutia a distribuição de cargos em comissão no âmbito das Agências Reguladoras. O TCU considerou a denúncia formulada pelos servidores de carreira das Agências procedentes e fez as seguintes recomendações: (i) no prazo de 180 dias, adequação da remuneração dos cargos comissionados na ANTT, tomando como referência para sua fixação os quantitativos de cargos estabelecidos no Anexo II-B do Decreto n.º 4.130/2002 e a tabela remuneratória vigente; e (ii) no prazo de 30 dias, que a ANTAQ, ANVISA, ANEEL, ANTT e ANP encaminhem ao TCU cronograma detalhado que especifiquem a forma de cumprimento das determinações do acórdão.

¹¹ “Ao estabelecer a competência do Tribunal de Contas da União para efetivar o controle mediante auditoria operacional, o constituinte resguardou com esse poderoso instrumento, de forma inédita na vida jurídica nacional, a possibilidade de concretização dos princípios da eficiência e da eficácia. Racionalização e qualidade devem ser, pois, palavras de ordem contra o controle burocrático e a mera regularidade da escrituração contábil; a essência sobre a forma”. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunal de Contas do Brasil. Jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 303.

¹² É nessa linha que o TCU define em seu Regime Interno uma das frentes das auditorias: “Art. 239. A auditoria é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para: (...) II – avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados”. Resolução TCU n.º 246/2011.

Todavia, os casos de controle por provocação são excepcionais; prevalece na prática do controle das Agências Reguladoras pelo TCU o controle *ex officio*, por iniciativa própria do Tribunal. Duas consequências relevantes decorrem deste achado de pesquisa.

Primeiramente, *as Agências Reguladoras estão no radar do controle pelo TCU*. A despeito da quantidade de despesas públicas, dos órgãos e entes administrativos que podem ser objeto de controle pelo TCU, significativa parcela do controle recai sobre a regulação e as Agências Reguladoras. A relevância das competências das Agências Reguladoras, a visibilidade das Agências Reguladoras, os valores envolvidos nos contratos de concessão e o impacto da regulação sobre a sociedade podem ser elementos que expliquem o fato de as Agências Reguladoras figurarem na agenda de controle do TCU. Todavia, a compreensão dos motivos que levam o TCU a controlar as Agências Reguladoras demanda pesquisa específica.

Exemplo evidente são os relatórios de auditoria sobre a governança das Agências Reguladoras, regularmente realizados de ofício pelo TCU¹³. No mais recente, de 2015¹⁴, o TCU avaliou a governança das Agências pelo crivo da transparência e da neutralidade com as quais as decisões são tomadas, bem como pelo crivo da organização administrativa interna, com especial ênfase para a vacância dos cargos de dirigentes das Agências Reguladoras¹⁵. Dentre as recomendações feitas à ANTT, ANTAQ, ANAC, ANP, ANATEL e ANEEL, estão a adoção da análise de impacto regulatório, desenvolvimento de política de gestão de risco, definição de processo de acompanhamento e revisão da estratégia organizacional, com previsão dos responsáveis por cada etapa, tornar a página institucional de internet mais amigável, bem como a edição de norma que estabeleça o prazo máximo para disponibilizar relatório de respostas às contribuições recebidas em audiência ou consulta pública.

Em segundo lugar, o dado de que o controle das Agências Reguladoras pelo TCU não é em regra provocado aponta para a *disposição do TCU em controlar a Agência Reguladora*. A autonomia e da independência que caracterizam as Agências Reguladoras, determinam, a princípio, um controle mais circunscrito, focado apenas nas atividades-meio. Todavia, parte do próprio TCU o controle das Agências Reguladoras, o que termina por colocar em perspectiva os limites controle. Na ponta, as Agências Reguladoras não seriam diferentes de órgãos e entes administrativos dependentes de repasses públicos. Pelo contrário, o TCU se inclina em controlar as Agências Reguladoras.

O discurso institucional é de que apenas as atividades-meio das Agências Reguladoras são controladas, e não as atividades-fim. Em apresentação oficial da Sefid no Ministério Público Federal, a definição do papel do TCU quanto ao controle das Agências Reguladoras foi assim definido: “*cabe ao TCU fiscalizar a atuação do ente regulador, e*

¹³ A primeira auditoria operacional sobre a governança das Agências Reguladoras é de 2009 (TC 012.693/2009-9).

¹⁴ Cf. TC 031.996/2013-2.

¹⁵ “*Considerando que as boas práticas de governança são fundamentais para o bom desempenho das agências e, conseqüentemente, para a qualidade dos serviços regulados, o Tribunal realizou a auditoria que ora se cuida, no âmbito da qual a governança das agências reguladoras de infraestrutura foi avaliada por meio de dois grandes temas: a) as condições para que o processo decisório das agências seja transparente e produza decisões técnicas e livres de ingerência e b) uso de estratégia organizacional para orientar a gestão e alavancar o atendimento de políticas públicas*”. Min. Rel. Raimundo Carneiro no TC 031.996/2013-2.

não regular o mercado”¹⁶. Em uma conjuntura favorável ao controle, porém, as Agências Reguladoras são amplamente controladas, *inclusive com relação às suas atividades-fim*. Isso significa que, na prática, o TCU termina por participar ativamente da regulação e, muitas vezes, exerce a competência regulatória no lugar das Agências.

Os itens a seguir sintetizam os tipos de recomendações identificadas nos julgados que compõem a amostra da nossa pesquisa:

a) Determinação da estruturação da Agência Reguladora

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 atividade¹⁷.

b) Introdução de elementos na agenda regulatória

Como peculiaridade do controle do TCU da ANVISA, constatou-se que diversas recomendações tinham por finalidade reforçar o cumprimento das normas editadas pela Agência. É possível afirmar, desta forma, que o próprio Tribunal atua como mecanismo de “*enforcement*” da atividade regulamentar da ANVISA, obrigando diversos atores públicos ou privados a adotar suas resoluções e a cumpri-las. 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 clínicas¹⁸. Neste caso, o TCU recomendou à ANVISA que editasse norma técnica.

c) Definição de conteúdo da regulação

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

d) Definição de premissas para os estudos de viabilidade econômico-financeira das licitações

No Acórdão 2301/2014, o TCU editou medida cautelar suspendendo a publicação das condições do leilão de licitação da faixa de 700 MHz e aprovou com ressalvas o certame.

¹⁶ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/eventos/vii-encontro-docs/xi-encontro/anexos-1/tcu>.

¹⁷ Cf. Acórdão TCU n.º 0548/2014.

¹⁸ Acórdão TCU n.º 0326/2014.

Para as próximas licitações, recomendou que a ANATEL adotasse premissas compatíveis com os diferentes cenários de estudo, bem como que considere no cálculo do custo de capital de terceiros as diversas possibilidades de obtenção de financiamentos.

e) Disciplina dos relatórios de gestão das Agências Reguladoras

Uma importante função das Agências Reguladoras é promover a comunicação com o mercado regulado e seus integrantes, especialmente os usuários. Tradicionalmente, um dos meios de comunicação é o *relatório de atividades*, ou *relatório de atividades*, instrumento este utilizado largamente por outros órgãos e entes administrativos. Devido às peculiaridades das funções desempenhadas, os órgãos e entes administrativos modelam o documento de modo a tornar a prestação de contas à sociedade a mais efetiva possível.

Arrogando-se de competência normativa, o TCU editou a IN n.º 63/2010 para disciplinar o modo de elaboração dos relatórios de gestão, cuja disposição dos resultados valorizam a comunicação com o Tribunal. Deste modo, o relatório de gestão, que tradicionalmente se voltava ao público em geral para conhecimento das atividades desempenhadas pelo órgão ou ente administrativo no ano, passou a ser um instrumento uniformizado e de checagem de comunicação com o TCU. Em julgados analisados constatou-se que o TCU determinou a inclusão de itens nesses relatórios de gestão. É o exemplo do Acórdão n.º 842/2012, em que se *determinou* às Agências Reguladoras a discriminação da arrecadação das multas nos relatórios de gestão. No Acórdão n.º 1665/2014, relativo ao monitoramento das determinações do Acórdão n.º 842/2012 sobre a arrecadação de multas aplicadas pelas Agências Reguladoras, ficou reconhecido o descumprimento da recomendação, não se acatando a justificativa de dificuldade no recolhimento da informação. Neste segundo julgado, o TCU determinou explicação no próprio relatório de que as informações não estavam acessíveis¹⁹.

No caso da ANP, percebe-se que o instrumento primordial de diálogo institucional entre a Agência e o TCU são os Relatórios de Gestão emitidos pelos entes fiscalizados anualmente, em cumprimento à IN n.º 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*”.

Todos os exemplos acima salientados apontam para um Tribunal de Contas ativista, que se coloca na posição do regulador e, não raro, participa ativamente da regulação e das contratações públicas de infraestrutura. O que respalda essa afirmação é exatamente o tratamento das *recomendações*: antes de sugestões, elas são entendidas como *determinações, comandos*.

¹⁹ “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 n.º 1665/2014.

A previsão do art. 71, inc. IV, da Constituição de que o TCU pode realizar auditoria operacional não significa: (i) que a auditoria operacional será a mesma para todos os órgãos e entes administrativos, pois eles podem ter determinadas características que determinem modelos de controle diferenciados; (ii) que a auditoria operacional pode recair sobre a atividade-fim das Agências Reguladoras; ou (iii) que as recomendações terão caráter de determinações, com expectativa de obediência aos ditamos do Tribunal e constrangimento do órgão ou ente de observar a recomendação.

A Constituição estabeleceu dois regimes distintos de interação entre o TCU e órgãos e entes administrativos. O primeiro é o *regime de inspeção*, de caráter fiscalizatório e relativo a ilegalidades ou irregularidades. O segundo é o *regime de auditoria operacional*, de natureza colaborativa. No primeiro caso, a recomendação é um efetivo comando, uma ordem, cujo cumprimento está atrelado à recomposição da legalidade. Já no regime de auditoria operacional, a recomendação não vai além de uma sugestão, cujo descumprimento não acarreta qualquer ordem de sanção, pois não se está diante de um comportamento contrário ao ordenamento jurídico. Trata-se de uma medida de eficiência apenas. Por esta razão a recomendação no regime de inspeção é uma *determinação*, enquanto a recomendação no regime de auditoria operacional é uma *sugestão*. Essa distinção é ainda mais relevante quando o ente administrativo for uma Agência Reguladora, dotada de autonomia e de independência.

Porém, o TCU confunde ambos os regimes. As recomendações feitas são efetivas determinações, na maior parte das vezes com previsão de prazo para atendimento. Note-se, porém, que não há previsão de sanção pelo descumprimento das recomendações. Analisando-se todas as fases de diálogo, há expectativa de cumprimento das recomendações por parte do TCU, enquanto as Agências, ressalvadas a ANEEL, sentem-se compelidas a acatar a determinação do Tribunal.

Outro ponto que chama a atenção é a fungibilidade dos instrumentos utilizados e o uso acriterioso das expressões “*recomendação*” e “*determinação*”. 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. Não importa o instrumental utilizado, caso julgue oportuno, a decisão do TCU 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 específicos²⁰. Em suma, uma recomendação pode diferir de uma determinação apenas pelo seu próprio verbo.

A pergunta central na discussão passa a ser a seguinte: *por que o TCU confunde recomendações e determinações?* A “*reputação jurídica*” do Tribunal determinada pela Constituição termina por colocar o controlador em uma posição privilegiada frente às Agências Reguladoras. Some-se a isso o fato de as Agências Reguladoras pertencerem ao Poder Executivo, cuja reputação, quando comparada à dos controladores, tende a ser significativamente menor. Conseqüentemente, o TCU expande sua competência de emitir comandos, fiscalizar e sancionar para um campo que seria da recomendação na

²⁰ Respectivamente, Acórdão TCU n.º 8666/2011, Acórdão TCU n.º 436/2014 e Acórdão TCU n.º 2889/2014.

medida em que (i) as Agências Reguladoras possuem autonomia e independência; (ii) não há ilicitude; e (iii) há mera divergência entre interpretações ou a técnica regulatória.

Saliente-se também a alta convicção por parte do TCU de que a interferência que ele faz na regulação, de certa forma até substituindo a regulação praticada pelas Agências por soluções formuladas por sua unidade técnica, é benéfica para Administração Pública. Para o Tribunal, a sua interferência acarretará na melhoria da qualidade da regulação²¹.

3.2. Deferência das Agências Reguladoras às recomendações do TCU

O item anterior analisou como o Tribunal de Contas da União faz uso das recomendações às Agências Reguladoras para, na prática, impor determinações com relação às atividades-fim, imiscuindo na função regulatória que elas desempenham. Este é um lado da moeda. O outro lado é exatamente verificar se as Agências Reguladoras acatam, ou não, essas determinações do controlador. A pesquisa empírica aponta que, salvo pontuais exceções que serão oportunamente analisadas, as determinações do TCU sobre as atividades-fim da Agência são estritamente observadas. Em outros termos, as *Agências Reguladoras são deferentes às decisões do TCU*.

3.2.1. A dinâmica de deferência ao controle do TCU pelas Agências Reguladoras

Um importante achado da presente pesquisa corresponde à constatação de que as Agências Reguladoras são, em geral, deferentes às determinações do TCU que impactam diretamente sobre sua estruturação orgânica e modo de desempenho das funções regulatórias. Isso significa que o TCU participa intensamente da *regulação econômica dos setores regulados* na medida em que a sua orientação termina por prevalecer, ainda que a Agência Reguladora tenha interpretação diversa sobre determinado conjunto normativo ou mesmo divirja sobre a melhor estratégia regulatória para lidar com uma certa questão prática.

No âmbito da ANTAQ, por exemplo, não se verificou resistência às recomendações do TCU sobre prorrogação de prazos²².

Comprova-se essa interpretação feita pela ANP quando analisado o seu Relatório de Gestão de 2014, uma vez que em diversos acórdãos os julgadores proferiram

²¹ Como exemplo mencionem-se as seguintes passagens que visam a legitimar a intervenção do TCU na estruturação das Agências Reguladoras e no modo de exercício das competências regulatórias: “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 TCU n.º 3025/2014 (destacamos). Ainda, “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)”. Acórdão TCU n.º 2579/2014 (destacamos).

²² Exemplo é pedido de prorrogação de prazo pela Codesa, arrendatária portuária, que também foi deferido.

recomendações, enquanto no relatório de gestão 2014 a ANP menciona essas recomendações como *determinações*.

Na linha da deferência, 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 fiscalização das concessões rodoviárias²³. 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 implementadas²⁴.

A ANTT acata decisões do TCU mesmo quando elas são recomendações ou relacionadas a casos futuros. No que concerne às recomendações, há o caso de auditoria da fiscalização exercida em concessões rodoviárias²⁵. Nele, além das determinações que a Agência afirmou estar cumprindo, também havia recomendações. E, conforme indica o Relatório de Gestão de 2014, o fato de serem recomendações não faz diferença para a Agência. 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 determinações²⁶. Ou seja, mesmo o TCU dando ênfase apenas ao cumprimento de determinações, a Agência investiu tempo e recursos em implementar, também, as recomendações.

No âmbito da ANS, a deferência às determinações do TCU é incontestável. Veja-se o Relatório de Gestão 2014 da ANS²⁷, em 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 Tribunal como obrigatórias. Não há qualquer demonstração de resistência ou de tentativa de diálogo institucional, visto que o campo *análise crítica dos fatores positivos/negativos que facilitaram/prejudicaram a adoção de providências pelo Gestor* foi sempre preenchido com *não houve fatores críticos para adoção de providências pelo gestor*.

Os exemplos formam um conjunto de casos representativos do cenário de deferência ao controle do TCU sobre as Agências Reguladoras, em que prevalece significativamente a deferência destas com relação às determinações do controlador. Aprofundando-se a análise, constatamos a *inexistência de um diálogo efetivo na obediência ao controle*, o que será observado pontualmente nos casos de resistência.

Espera-se que uma Agência Reguladora, dotada de autonomia e de independência, zele por suas competências regulatórias e busque ao máximo preservá-las. Por este motivo, é

²³ Cf. Acórdão TCU n.º 3237/2013 e Acórdão TCU n.º 2888/2014.

²⁴ 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.

²⁵ Cf. Acórdão TCU n.º 3237/2013.

²⁶ Por meio do AC-TCU 31/2015.

²⁷ Disponível em <<<http://www.ans.gov.br/aans/transparencia-institucional/prestacao-de-contas/relatorios-de-gestao>>>. Acesso em 04/07/2016.

essencial que as Agências *busquem dialogar com o controlador*, qualquer que seja a instituição envolvida. Ao receber uma determinação da instância controladora, cabe às Agências Reguladoras analisar a demanda recebida e fundamentar o motivo pelo qual realiza, ou não, a ação questionada, bem como as implicações práticas em se acatar a determinações. Trata-se de um comportamento institucional de defesa das competências previstas em lei: ainda que a determinação seja acatada, por liberalidade da Agência ou por dever legal, o diálogo com o controlador reforça a capacidade institucional da Agência e resguarda suas competências regulatórias.

Não se evidenciou esta busca por diálogo com o controlador nos casos de deferência das Agências Reguladoras às determinações do TCU analisados. Pelo contrário, as recomendações do TCU são prontamente acatadas pelo simples fato de “*serem recomendações do TCU*”. Não há discussão sobre a validade jurídica ou a adequação da recomendação à agenda regulatória e às políticas públicas implementadas pelas Agências por meio da regulação. Simplesmente as recomendações são acatadas, o que se assemelha à dinâmica esquadrihada por *argumentos de autoridade*.

O cumprimento das recomendações do TCU é enaltecido pelas Agências Reguladoras, que o definem como uma meta a ser alcançada. Ao analisar os relatórios de atividades das Agências, deparamo-nos com itens específicos destinados a indicar o cumprimento das recomendações do TCU. Em parte, isso se deve à disciplina dos relatórios de atividades pela IN TCU n.º 63/2010, como analisado. Porém, não se pode perder de vista que a implementação das determinações do TCU por Agências Reguladoras é tida como um comportamento de eficiência e que valoriza a governança regulatória.

Podem-se extrair inúmeras hipóteses de justificativas para o 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 e, por fim, (v) receio de a Corte de Contas tomar alguma atitude enérgica capaz de prejudicar a organização gerencial/estrutural da autarquia.

Sobre a responsabilização dos gestores, indicamos que 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 dolo²⁸.

3.2.2. Resistência das Agências Reguladoras em acatar as recomendações do TCU

Excepcionalmente as Agências Reguladoras se opuseram às recomendações do TCU. Trata-se de casos pontuais, em que as circunstâncias concretas e as peculiaridades do caso fizeram com que as Agências Reguladoras resistissem às determinações do controlador.

²⁸ Cf. art. 1º, inc. I, g, da Lei Complementar n.º 64/90.

Na medida em que a resistência ao controle não é o padrão comportamental das Agências Reguladoras, nestes casos o *ônus argumentativo* é significativo.

Exatamente por “*desacatar*” o TCU, a motivação das Agências Reguladoras é robusta, enfatizando em especial a inviabilidade prática de cumprir a determinação que lhe fora endereçada ou explicando que medida assemelhada já é tomada pela Agência. Assim, são apresentadas dificuldades de recursos humanos e orçamentários para implementar a recomendação, indicadas alternativas regulatórias em prática e são tentadas negociações de prazo com o TCU porque o prazo por ele definido é insuficiente para pleno atendimento da recomendação.

Dois acórdãos de 2014 relativos à ANTT apreciavam embargos de declaração²⁹ e são exemplos de resistência às recomendações do TCU. Um deles, de fato, era uma inexatidão material em âmbito de controle e fiscalização de concessão rodoviária³⁰. No outro caso, a ANTT pretendia rediscutir a matéria, também de concessão ferroviária, e, de certa forma, conseguiu, com o TCU tornando insubsistentes algumas das determinações³¹. 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 rodoviária³². 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 pedágio³³.

No Acórdão n.º 1995/2014, o TCU recomendou à ANATEL a 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 posteriormente³⁴.

Houve um único caso em que a ANTAQ manifestou, primeiramente, tentativa de adequação da decisão, convalidada em resistência à adoção das exigências impostas. Trata-se de acórdão³⁵ que abordava a preservação do equilíbrio econômico-financeiro de contrato de arrendamento de área portuária. Esse documento traz o monitoramento de determinações já fixadas em acórdão anterior³⁶, 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

²⁹ Cf. Acórdão TCU n.º 293/2014 e Acórdão TCU n.º 3588/2014.

³⁰ O Acórdão TCU n.º 3588/2014 corrigiu o Acórdão TCU n.º 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.

³¹ Caso dos embargos apreciados no Acórdão TCU n.º 293/2014, relativos ao Acórdão TCU n.º 3697/2013.

³² Cf. Acórdão TCU n.º 1043/2014.

³³ Acórdão TCU n.º 1008/2014, conforme informado pelo Relatório de Gestão de 2014 da ANTT.

³⁴ Edital de concessão dos aeroportos de Salvador, Fortaleza e Florianópolis, publicado em 09/06/15.

³⁵ Cf. Acórdão TCU n.º 732/2014.

³⁶ Cf. Acórdão TCU n.º 4273/2010.

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 pecuniária³⁷.

A partir de então, iniciou-se intenso diálogo, em que a Agência 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-dirigente. Este único de resistência da ANTAQ às recomendações do TCU 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. No geral, tratando-se do diálogo institucional entre ANTAQ e TCU, existe clara deferência da Agência em relação às determinações do Tribunal.

Importante ressaltar que *não há questionamentos jurídicos sobre as recomendações*. As Agências Reguladoras não questionam a competência legal do TCU em lhes dirigir as recomendações de caráter mandatório, com prazo, inclusive. Tampouco indicam que a interpretação do TCU sobre uma determinada norma é ilegal ou que a atuação do controlador exorbita a esfera de suas competências. Em suma, a resistência às recomendações do TCU se limitam à inviabilidade prática de cumpri-las, e não por qualquer outra razão relacionada aos limites do controle ou ao resguardo das competências regulatórias, o que inclui a preferência da interpretação normativa pelo regulador em detrimento do controlador.

O Acórdão n.º 482/2012, por exemplo, determinou que a ANATEL incluísse item em seu relatório de gestão sobre a arrecadação de multas, o que foi reafirmado no Acórdão n.º 1665/2014, em que se acompanhou a primeira decisão. Como resposta, a ANATEL apresentou o seguinte diálogo em seu relatório de gestão relativo ao ano de 2013:

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 2014³⁸.

No caso da regulamentação dos agrotóxicos³⁹ a resistência da ANVISA com relação às recomendações do TCU corresponde à postergação por período indeterminado do cumprimento, até que soluções internas sejam adotadas. Não há, contudo, questionamento quanto ao mérito: a reação da Agência é deferente em todo o resto. Coexistem, todavia, a necessidade de trazer resposta célere e deferente ao TCU com o temor da autarquia em

³⁷ Acórdão TCU n.º 1149/2015.

³⁸ ANATEL, *Relatório de Gestão do Exercício de 2013*, 2013, p. 187.

³⁹ Cf. Acórdão TCU n.º 2597/2014 e Ofício 92/2015 CG/GADIP/ANVISA.

sofrer algum tipo de sanção deste. A fundamentação não é muito extensa, convergindo com a hipótese do controle significativo do controle do TCU sobre as atividades-fim das Agências.

A ANEEL é a única Agência Reguladora analisada cujo comportamento destoou do cenário acima descrito, pois a pesquisa demonstrou que a Agência possui um grau de deferência menor quando comparado com as demais Agências Reguladoras. Como exemplo, mencionem-se as respostas ao Acórdão n.º 2316/2014 (caso do atraso de entrega de obras e descompasso da entrega de empreendimentos de geração e transmissão) e ao Acórdão n.º 1587/2014 (caso da revisão tarifária da CEMIG). Em ambos os casos a ANEEL deixa o cumprimento das recomendações em segundo plano, construindo interessante argumentação contra as decisões do TCU. Porém, é *caso obras para geração e transmissão de energia elétrica* que melhor representa a resistência da ANEEL às recomendações do TCU⁴⁰.

Neste caso, 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 pesquisa, 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). As seguintes recomendações foram endereçadas à ANEEL:

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.

⁴⁰ Cf. Acórdão TCU n.º 2316/2014.

Ainda foi recomendada a 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. Esta interconexão permite identificar quais empreendimentos de transmissão têm que estar concluídos para permitir a entrada em operação de determinado empreendimento de geração.

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 conjunta entre Ministério e Agência. A ANEEL 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 as demais recomendações do TCU, restringindo-se a explicar que serão respondidas após as determinações serem atendidas.

3.3. Unidade técnica vs. Ministros: quem é o TCU?

O Tribunal de Contas da União é composto por nove Ministros reunidos em um órgão deliberativo – o Plenário –, sendo um terço deles escolhidos pelo Presidente da República com aprovação do Senado Federal e dois terços pelo Congresso Nacional⁴¹. Porém, a estrutura do TCU mostra-se mais complexa que a simples descrição do colegiado do Tribunal.

Primeiramente, o fato de o Plenário ser formalmente o órgão superior no TCU não diminui a importância de seus outros órgãos no controle da Administração Pública. Especificamente com relação ao objeto da presente pesquisa, duas outras instituições são relevantes na análise: o *Ministério Público junto ao TCU*^{42 43} e a *Secretaria de Controle Externo* – SECEX. A fiscalização das concessões de serviços públicos, um aspecto central das Agências Reguladoras analisadas, fica a cargo da Secretaria de Fiscalização de Desestatização (Sefid). A Sefid é dividida em três Diretorias em torno das quais os setores foram distribuídos. Assim, as concessões e demais contratações envolvendo o setor elétrico e petróleo ficam a cargo da 1ª Diretoria (SefidEnergia); o setor postal e o setor de telecomunicações são fiscalizados pela 2ª Diretoria; por sua vez, os setores de transporte – terrestre, aquaviário e de passageiros – estão sob a fiscalização específica da 3ª Diretoria (SefidTransp). Hoje a 2ª Diretoria e a 3ª Diretoria atuam conjuntamente, formando a Sefid Energia e Telecomunicações.

⁴¹ Cf. art. 72, §2º, da Constituição Federal.

⁴² O Ministério Público junto ao TCU é formado pelo Procurador-Geral, por três Subprocuradores-Gerais e por quatro Procuradores, com competência para auxiliar o TCU em suas atividades de fiscalização e com assento no Plenário.

⁴³ 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 TCU n.º 3023/2014, Plenário, Rel. Min. José Jorge.

Em resumo, temos que a SefidEnergia fiscaliza a ANEEL, a ANP e a ANATEL, enquanto a SefidTransp fiscaliza a ANTT, a ANTAQ e a ANAC. Ademais, definiu-se que a ANCINE se submete à fiscalização SecexRJ e tanto a ANS quanto a ANVISA se submetem à SecexSaúde⁴⁴.

Recentemente a Sefid passou a ser denominada *Secretaria de Desestatização e Regulação*, sendo composta por auditores. As competências da Sefid são definidas no art. 42 da Resolução n.º 214/2008 do TCU, que disciplina as Secretarias internas:

Art. 42, Resolução n.º 214/2008 do TCU

A Secretaria de Fiscalização de Desestatização tem como área específica de atuação a fiscalização e a avaliação da outorga de obras e serviços públicos e de atividades econômicas dos setores de infra-estrutura, da execução dos respectivos contratos, da **regulação setorial, da atuação dos entes reguladores** e das privatizações de empresas estatais. Destacamos.

Apesar da forte interação entre a Sefid e o Ministério Público, a figura do *auditor* ganha destaque.

O cargo de auditor do TCU é de provimento efetivo e recebeu tratamento constitucional específico devido à importância deste cargo para o funcionamento do Tribunal. Primeiramente, a Constituição estabeleceu sistema de rodízio na nomeação dos Ministros: um Ministro é indicado livremente pelo Presidente da República, enquanto dois Ministros devem ser indicados dentre “*auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal*”, em lista tríplice segundo critérios de antiguidade e merecimento⁴⁵. O preceito constitucional indica a relevância do cargo de auditor na dinâmica do controle pelo TCU, apontando para uma forte sinergia e entrosamento entre Ministros e auditores.

Outro preceito constitucional igualmente relevante à análise é o art. 73, §4º, que confere as mesmas garantias e impedimentos do Ministro ao auditor e, substituição a Ministro. Ademais, a função judicante é expressamente conferida aos auditores do TCU no mesmo preceito constitucional que, por sua importância, é transcrito integralmente:

Art. 73, §4º, da Constituição Federal.

“O **auditor**, quando em **substituição** a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da **judicatura**, as de juiz de Tribunal Regional Federal”.

Assim, a participação dos auditores nas deliberações do Plenário não é apenas um fato, mas uma dinâmica com tutela constitucional, conferindo-lhes garantias por equiparação, considerando a natureza da função exercida. Os auditores podem ser *Ministros-substitutos*, fazendo as vezes dos Ministros em caso de afastamentos temporários ou de vacância. Atualmente o TCU conta com quatro Ministros-substitutos.

⁴⁴ Cf. Memorando-Circular 3/2013/Semag.

⁴⁵ Cf. art. 73, §2º, inc. I, da Constituição Federal.

Ainda, os auditores têm a atribuição de relatar processos importantes à dinâmica do controle das Agências Reguladoras. Assim, o art. 15, inc. I, *m*, do Regimento Interno do TCU determina que é de competência do Plenário *deliberar* sobre os relatórios de auditoria operacional; depreende-se que estes sejam elaborados pelos auditores responsáveis pela auditoria operacional. Na prática, tem-se importante participação dos auditores no controle das Agências Reguladoras na medida em que os Ministros se encontram pautados pelo relatório confeccionado pelos auditores em um panorama de estreito relacionamento entre Plenário e auditores.

A pesquisa empírica desenvolvida demonstra que este desenho impacta diretamente no modo de controle das Agências Reguladoras pelo TCU. Especificamente neste tipo de controle, *o órgão principal é o órgão técnico*, ou seja, os auditores, e não o Plenário. Ocorre que o relatório elaborado pelos auditores é mais do que a síntese da auditoria, mas a verdadeira *motivação do controle*, tendo em vista que a fundamentação dos Ministros se limita a reproduzir os argumentos técnicos apresentados no relatório. É perceptível a *diferença de motivação* entre os votos dos Ministros e o relatório de auditoria.

A fundamentação se encontra prioritariamente nos relatórios da unidade técnica responsável, quase inexistindo 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.

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 umnexo de causalidade entre o objeto de análise e a determinação/recomendação exarada⁴⁶.

Assim, inferimos que a tomada de decisões, em suma, é feita na própria unidade técnica, e não em Plenário.

O controle do modo de estruturação das Agências Reguladoras ou dos projetos de infraestrutura que passam pela fiscalização desses entes é na prática exercido pelo órgão técnico. A atividade-fim de uma Agência Reguladora é apreciada pelos auditores, razão pela qual o controle do TCU traduz a perspectiva desses auditores, e não propriamente do Plenário. Some-se a isso o fato de a *gênese das recomendações* ser o relatório confeccionado pelos auditores e agentes técnicos, de modo que o Plenário apenas endossa essas determinações e, assim, confere-lhes executoriedade.

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

⁴⁶ No Acórdão TCU n.º 0424/2014, por exemplo, a votação não foi motivada e a decisão do Plenário se apoiou integralmente no relatório técnico.

e 239, II, do Regimento Interno do TCU⁴⁷, gera um efeito nefasto na atividade regulatória da agência, visto que induz a agência a aceitar recomendações da Corte de pronto, como se fossem determinações, ou melhor, como se fossem verdadeiros provimentos jurisdicionais. O Tribunal, destarte, por meio de fiscalizações operacionais⁴⁸ aprecia e exerce indiretamente a atividade regulatória da agência ao induzir comportamentos com determinações/recomendações

Em alguns casos pontuais, porém, os Ministros não seguiram o relatório. Na ANAC, por exemplo, apenas um dos seis casos apresentava voto destoante do relatório. O Congresso pediu a inclusão de uma terceira pista no projeto do Galeão, que fora entendido como impropriedade 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.

Assim, no estudo do controle pelo TCU é de primeira relevância compreender que vertente do Tribunal está na linha de frente do controle: se é o Plenário ou o órgão técnico. No caso do controle das Agências Reguladoras pelo TCU, a pesquisa empírica aponta que o conteúdo do controle é definido pelo órgão técnico, cujas recomendações são chanceladas pelo Plenário e passam a ser as recomendações do TCU. É junto ao órgão técnico, portanto, que as Agências Reguladoras devem focar no diálogo regulatório em torno do controle pelo TCU.

3.4. O problema da publicidade das decisões de controle

⁴⁷ 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.).

⁴⁸ 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).

Uma das principais dificuldades para execução desta pesquisa corresponde a problemas de transparência, tendo em vista que o Grupo não conseguiu acesso a documentos cruciais à análise.

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.

No caso da ANATEL, por exemplo, não foi possível analisar a fundo o nível de deferência da Agência ao TCU porque os documentos de resposta formal às deliberações do TCU não estão disponíveis. De fato, a ANATEL ainda não divulgou seu Relatório de Gestão de 2015. Neste particular, citamos como exemplos de acórdão inacessíveis aqueles relativos 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 ao público.

4. Conclusão

Por meio desta investigação pôde-se identificar os padrões de controle praticados pelo TCU frente às Agências Reguladoras federais brasileiras e, assim, posicionamo-nos sobre o problema de pesquisa. Constatamos que este controle é amplo, abrangendo não apenas a estrutura organizacional das Agências Reguladoras, mas especialmente a atividade-fim por elas desempenhadas. A nossa hipótese de pesquisa se confirmou: a autonomia e a independência das Agências Reguladoras são condicionadas pelo TCU na medida em que as determinações desta instituição de controle afetam a atividade-fim das Agências e são prontamente obedecidas pelas Agências, sem maiores enfrentamentos. Como exemplos de decisões de controle, mencionamos: decisões que impõem *métodos de atuação regulatória*, como a dosimetria de sanções regulatórias; decisões que *definem o modo de diálogo com a sociedade*, ao padronizar a formalização da publicidade de dados e atividades; decisões que afetam a *estrutura organizacional das Agências*, pela determinação de novas nomeações de dirigentes, por exemplo; e decisões de *suspensão* ou de *invalidação* de decisões regulatórias concretas.

Este modo de controle está fundado na imagem reputacional que tem o TCU das instituições: imagem reputacional negativa para as Agências Reguladoras e imagem reputacional positiva da própria instituição do TCU.

Em termos mais específicos, considerando a complexidade da dinâmica de controle das Agências Reguladoras pelo TCU, com forte atuação da unidade técnica, temos que os órgãos técnicos do TCU compostos por auditores são fortemente acreditados pelo Plenário. Mais importante que verificar o “*discurso de confiança*” dos Ministros com relação às análises dos órgãos técnicos, preferimos analisar o regime jurídico que conforma o diálogo institucional entre Agências e TCU, bem como avaliar fontes de

gestão pública primária, notadamente os Acórdãos proferidos pelo TCU. Evidenciamos que os órgãos técnicos do TCU, muitas vezes em cooperação com o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, gozam de maior prestígio junto ao Plenário do TCU que as Agências Reguladoras.

Em termos de regime jurídico, notamos que o cargo de auditor é forte na instituição do TCU e guarda estreita sinergia com o Plenário. Aliás, a própria Constituição Federal prevê indicações de Ministros que sejam auditores de carreira. No mais, elementos constatados na análise empírica dos julgados do TCU referentes às Agências Reguladoras demonstram que o depósito de confiança do Plenário sobre qual instituição tem maior capacidade institucional para indicar os caminhos da regulação e a governança regulatória mais eficiente é a unidade técnica do TCU, e não as Agências Reguladoras. Consequentemente, a competência legal originalmente conferida às Agências Reguladoras desloca-se para o TCU; se esta instituição não for a principal reguladora do Brasil, com respaldo empírico podemos afirmar que ela participa ativamente da regulação no Brasil, o que pode colocar em dúvidas a segurança jurídica e a estabilidade das regras do jogo regulatório.

São os seguintes elementos que demonstram o depósito de confiança na unidade técnica do TCU em detrimento da Agência Reguladora: (i) o exercício do controle sobre a atividade-fim da Agência Reguladora não é fundamentado juridicamente, com a indicação do preceito normativo que autoriza o controle externo sobre a estruturação das Agências ou a regulação; (ii) o processo regulatório das Agências não é apreciado; (iii) as análises da unidade técnica são acatadas pelo Plenário, cuja motivação dos votos são, em geral, altamente discrepante da fundamentação exposta no relatório da unidade técnica; (iv) as recomendações elaboradas pela unidade técnica do TCU são chanceladas pelo Plenário e endereçadas às Agências Reguladoras com caráter de determinações; (v) o TCU não tem diferenciação categórica entre recomendações e determinações, o que, na prática, indica que as recomendações funcionam como efetivas determinações, com prazo e monitoramento ou acompanhamento posterior; (vi) há alta conta da participação da unidade técnica na regulação na medida em que a provocação dela, na visão do Plenário do TCU, desenvolve a regulação e a atuação das Agências Reguladoras; (vii) interpretações diferentes entre unidade técnica e Agências Reguladoras são resolvidas pelo Plenário em favor da unidade técnica, resultado, em considerável número de casos, em declaração de ilegalidade na ação ou omissão das Agências Reguladoras; e (viii) as Agências Reguladoras são altamente deferentes às recomendações do TCU, com exceção da ANEEL, sendo o diálogo institucional fraco.

O depósito de confiança na unidade técnica pelo Plenário do TCU determina, como avaliamos, o deslocamento da competência regulatória das Agências Reguladoras para o próprio TCU. Trata-se de um tema de fundamental importância para se refletir sobre o desenvolvimento dos setores regulados e mesmo considerar o efetivo papel das Agências Reguladoras na Economia. Ainda, é a oportunidade de avaliar a prática do controle sobre as Agências Reguladoras e seus impactos, positivos e negativos, sobre a regulação. O Observatório de Controle da Administração Pública da FADUSP continua e expande esta importante pesquisa.

5. Bibliografia

CARPENTER, Daniel, *Reputation and Power: organizational image and pharmaceutical regulation at the FDA*, Princeton University Press, 2010.

_____ e George Krause, *Reputation and Public Administration*, *Public Administration Review*, vol. 72, 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunal de Contas do Brasil. Jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo: Teoria, Jurisprudência e mais de 500 questões*. 4ª edição revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SCHUCK, Peter H., *Why Government Fails so Often. And how it can do better*, Princeton University Press, 2014.