

GUILHERME AFONSO DOURADO

**O CONTROLE DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Vitor Rhein Schirato

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO - SP
2020**

GUILHERME AFONSO DOURADO

**O CONTROLE DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Vitor Rhein Schirato.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO - SP
2020**

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Dourado, Guilherme Afonso.

O Controle da Função Normativa das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União;
Guilherme Afonso Dourado; orientador Vitor Rhein Schirato - São Paulo, 2020.
202

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Agências reguladoras. 2. Atividade normativa da Administração Pública. 3. Tribunal de Contas da União. 4. Controle da Administração Pública. I. Schirato, Vitor Rhein. II. Título.

CDU ____

Nome: DOURADO, Guilherme Afonso.

Título: O Controle da Função Normativa das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Vitor Rhein Schirato.

Aprovado em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Vitor Rhein Schirato (Orientador)

Instituição: FDUSP

Assinatura: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. Bernardo Strobel Guimarães

Instituição: PUC/PR

Assinatura: _____

Julgamento: _____

Profa. Dra. Juliana Bonacorsi de Palma

Instituição: FGV-SP

Assinatura: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. Rodrigo Pagani de Souza

Instituição: FDUSP

Assinatura: _____

Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Apesar de a escrita acadêmica ser, muitas vezes, uma atividade solitária (com o suporte de Guimarães Rosa: “a colheita é comum, mas o capinar é sozinho”), tenho muito a agradecer na caminhada até aqui.

Ao Pai celestial, por todas as bênçãos. Aos meus pais, pelo amor incondicional, que eu não consigo deixar de apreciar e agradecer. Deles, derivam o gosto musical, um certo modo de ver a vida, a educação em sentido amplo *etc.* De longe, sei o quanto torcem por mim. Sou grato por tudo!

À amada irmã, Fernanda, pela cumplicidade e pelo afeto de sempre. Aos parentes, com a extensão que dou ao conceito de família – de forma a contemplar tanta gente amada (é o caso de Nete) –, também agradeço. À linda Ju, pelo amor e pelo companheirismo.

Aos amigos das mais diversas procedências, aos que partilham e aos que não partilham dos deleites e das aflições acadêmicas, agradeço a parceria.

Ao meu orientador, Professor Doutor Vitor Rhein Schirato, por ser rigoroso, correto e solícito no meu processo de aprimoramento acadêmico. Muito obrigado por me mostrar, reiteradamente, a direção para um trabalho que tenha alguma valia para o Direito Administrativo brasileiro.

À banca do exame de qualificação, composta pelo meu orientador, pela Professora Doutora Juliana Bonacorsi de Palma e pelo Professor Doutor Rodrigo Pagani, pelas críticas e orientações, as quais me apontaram para o caminho da verdadeira investigação científica.

À Cidade de São Paulo – na qual estão contidos: o escritório Duarte Garcia, Serra Netto e Terra Advogados, grande escola de advocacia; a Faculdade do Largo São Francisco, em que realizei o sonho de estudar –, pelas muitas possibilidades postas aos seus habitantes. Se, no extremo, eu quisesse fazer uma especialização em Fonética do Javanês (fazendo referência ao conto de Lima Barreto), toda terça-feira à noite, São Paulo me possibilitaria esse curso.

Em síntese, de Irecê – no sertão baiano – a São Paulo (passando por Salvador) não é perto, nem foi fácil. Com tanta gente generosa no caminho, o périplo acadêmico fica mais leve.

RESUMO

DOURADO, Guilherme Afonso. **O Controle da Função Normativa das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União**. 2020. 202 p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

O presente trabalho tem a pretensão de analisar a atividade normativa desempenhada pelas Agências reguladoras federais, e de que forma a regulação normativa é controlada pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Para o cumprimento desse empreendimento, inicia-se com a análise do papel das referidas instituições no Estado brasileiro contemporâneo, para se entender quais as funções exercidas pelas Agências reguladoras e pelo TCU. Fixadas as premissas da discussão, faz-se, na sequência, a análise da jurisprudência da referida Corte de Contas, a partir de determinados filtros metodológicos, no que diz respeito à atividade normativa produzida pelo regulador, para se constatar se houve ingerência do TCU sobre a regulação normativa e, se existente, de que forma acontece. Depois, a partir da análise das normas que foram objeto de controle pelo TCU, serão estudados os processos administrativos nas Agências Reguladoras, com o fim de se constatar se houve a devida processualização para a concepção de uma norma regulatória, tendo como pressuposto a legitimação da regulação normativa pelo processo. Com o panorama de toda a cadeia de uma norma de uma Agência Reguladora, desde antes de sua concepção no mundo jurídico até o seu controle pelo TCU, pretende-se fazer um exame sobre a eventual relação de causa e consequência entre a processualização dos atos normativos das agências e a variação da deferência do TCU pelas normas regulatórias advindas dos referidos processos administrativos.

Palavras-chave: Agências reguladoras; Atividade normativa da Administração Pública; Tribunal de Contas da União; Controle da Administração Pública.

ABSTRACT

DOURADO, Guilherme Afonso. **The Control of the Normative Function of Federal Regulatory Agencies by the Brazilian Audit Court.** 2020. 202 p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

This paper intends to analyze the normative activity performed by the Federal Regulatory Agencies and how the regulatory regulation is controlled by the Brazilian Court of Auditors (TCU). We analyze the role of these institutions in the contemporary Brazilian state, to understand what functions the regulatory agencies and TCU perform. Once the premises of the discussion are set, the Court of Auditors' jurisprudence is then analyzed, based on certain methodological filters, regarding the regulatory activity produced by the regulator, to verify whether the TCU has interfered about the regulation of the Agencies and, if any, how it happens. Then, from the analysis of the norms that were controlled by TCU, the administrative processes in the Agencies will be studied, to verify if there was the proper processualization for the conception of a regulatory norm, having as presupposition the legitimation of the regulation normative by the process. With the overview of a regulatory agency's whole chain, from before its conception in the legal world to its control by the TCU, we intend to examine the possible cause and consequence relationship between the processualization of normative acts agencies and the variation of TCU deference by regulatory norms arising from such administrative processes.

Keywords: Federal Regulatory Agencies; Normative activity of the Public Administration; Brazilian Audit Court; Control of Public Administration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO: O TEMA E O PROBLEMA.....	14
DELIMITAÇÃO DOS TERMOS ESSENCIAIS AO TRABALHO	14
ESTRUTURA DO TRABALHO	17
1. PRIMEIRO CAPÍTULO – ANÁLISE DAS INSTITUIÇÕES E DAS SUAS FUNÇÕES: A REGULAÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O CONTROLE EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	19
1.1. AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CONTEXTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO ECÔNOMICO ATUAL.....	19
1.1.1. A REALIDADE SOBRE A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL: A INDEPENDÊNCIA NÃO CONCRETIZADA.....	24
1.1.2. A CONFUSÃO ENTRE POLÍTICAS PÚBLICAS E REGULAÇÃO E A SUA CONSEQUÊNCIA SOBRE A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	28
1.1.3. A LEI GERAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS (A LEI FEDERAL Nº 13.848/19) E SUAS DIRETRIZES NO APERFEIÇOAMENTO REGULATÓRIO.....	33
1.1.4. A ATIVIDADE NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM SENTIDO AMPLO E DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	37
1.1.5. A PROCESSUALIZAÇÃO DA ATIVIDADE NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A LEGITIMAÇÃO DA REGULAÇÃO NORMATIVA PELO PROCESSO.....	42
1.2. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO.....	46
1.2.1. O FORTALECIMENTO INSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS ÚLTIMOS ANOS: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS.....	51
1.2.2. A ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DO TCU.....	55
1.2.3. O PROCESSO ADMINISTRATIVO NO TCU	58
1.2.4. OS COMANDOS DECISÓRIOS DOS ACÓRDÃOS DA CORTE DE CONTAS	60
2. SEGUNDO CAPÍTULO – A JURISPRUDÊNCIA DO TCU ATINENTE À FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	63
2.1. PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS E O PRODUTO OBTIDO: 130 (CENTO E TRINTA) ACÓRDÃOS ANALISADOS.....	65
2.2. EXAME DOS ACÓRDÃOS ATINENTES AO TEMA.....	68
2.2.1. O ACÓRDÃO N.º 1.409/2016 E O ACÓRDÃO N.º 2.034/2019.....	68
2.2.2. O ACÓRDÃO N.º 2.253/2015 E ACÓRDÃO N.º 1.946/2019.....	70
2.2.3. O ACÓRDÃO N.º 322/2019 E O ACÓRDÃO N.º 1.600/2019.....	72
2.2.4. O ACÓRDÃO N.º 1.257/2019.....	73

2.2.5. O ACÓRDÃO N.º 1.439/2016 E O ACÓRDÃO N.º 923/2019.....	74
2.2.6. O ACÓRDÃO N.º 2.121/2017 E O ACÓRDÃO N.º 716/2019.....	75
2.2.7. O ACÓRDÃO N.º 40/2019.....	78
2.2.8. O ACÓRDÃO N.º 2.955/2018.....	79
2.2.9. O ACÓRDÃO N.º 2.310/2018.....	80
2.2.10. O ACÓRDÃO N.º 1.631/2018.....	82
2.2.11. O ACÓRDÃO N.º 290/2018 E O ACÓRDÃO N.º 1.461/2018.....	84
2.2.12. O ACÓRDÃO N.º 1.447/2018.....	85
2.2.13. O ACÓRDÃO N.º 1.446/2018.....	86
2.2.14. O ACÓRDÃO N.º 380/2018 E O ACÓRDÃO N.º 775/2018.....	88
2.2.15. O ACÓRDÃO N.º 2.533/2017.....	89
2.2.16. O ACÓRDÃO N.º 989/2017.....	90
2.2.17. O ACÓRDÃO N.º 738/2017.....	92
2.2.18. O ACÓRDÃO N.º 79/2017.....	93
2.2.19. O ACÓRDÃO N.º 3.072/2016.....	95
2.2.20. O ACÓRDÃO N.º 2.683/2016.....	96
2.2.21. O ACÓRDÃO N.º 2.333/2016.....	97
2.2.22. O ACÓRDÃO N.º 1.736/2016.....	99
2.2.23. O ACÓRDÃO N.º 787/2016.....	100
2.2.24. O ACÓRDÃO N.º 3.311/2015.....	101
2.2.25. O ACÓRDÃO N.º 2.200/2015.....	103
2.2.26. O ACÓRDÃO N.º 596/2015.....	105
2.2.27. O ACÓRDÃO N.º 31/2015.....	107
2.2.28. O ACÓRDÃO N.º 2.888/2014.....	108
2.3. PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DAS DECISÕES ANALISADAS: EXAME QUANTITATIVO E QUALITATIVO DOS ACÓRDÃOS DO TCU.....	109
2.4. LEVANTAMENTO DOS ACÓRDÃOS NÃO ADERENTES À FINALIDADE DO TRABALHO E JUSTIFICATIVA PARA A INCOMPATIBILIDADE DELES.....	122
3. TERCEIRO CAPÍTULO – ANÁLISE DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS QUE ANTECEDERAM AS NORMAS CONTROLADAS PELO TCU.....	123
3.1. PROCESSO ANP 48610.008961/2014-14 E PROCESSO ANP 48610.006853/2014-15....	125
3.2. PROCESSO ANA 02501.001711/2016-51.....	127
3.3. PROCESSO ANTAQ 50301.001515/2014-14.....	128
3.4. PROCESSO ANATEL 53500.016839/2012-37.....	130
3.5. PROCESSO ANAC 00058.054992/2014-33.....	131
3.6. PROCESSO ANTAQ 50300.000381/2008-86.....	134

3.7. PROCESSO ANEEL 48500.001501/2011-60	135
3.8. PROCESSO ANTAQ 50300.001334/2014-14	136
3.9. PROCESSO ANTT 50500.115698/2003-59, PROCESSO ANTT 50500.134971/2003-62 E PROCESSO ANTT 50500.151063/2004-06.....	137
3.10. EXAME SOBRE RELAÇÃO DE “CAUSA-EFEITO” ENTRE A PROCESSUALIZAÇÃO DOS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS E A MAIOR OU MENOR DEFERÊNCIA DO TCU PELAS NORMAS REGULATÓRIAS ADVINDAS DOS REFERIDOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS	139
4. CONCLUSÕES.....	146
5. BIBLIOGRAFIA	153
ANEXO I - PASSO A PASSO DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL NO SÍTIO ELETRÔNICO DO TCU	163
ANEXO II – TABELA DOS ACÓRDÃOS DO TCU ANALISADOS.....	166
ANEXO III – TABELA DOS ACÓRDÃOS PERTINENTES E FILTROS PARA ANÁLISE DELES.....	200
ANEXO IV – TABELA DE ANÁLISE DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS	202

INTRODUÇÃO

IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO: O TEMA E O PROBLEMA

Em primeiro lugar, tem-se que o objeto deste trabalho diz respeito (i) ao controle realizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) sobre a função normativa das Agências Reguladoras e (ii) à qualidade instrutória dos processos administrativos de que derivam essas normas regulatórias.

As questões principais que serão enfrentadas, neste estudo, são as seguintes: em um primeiro sentido, como o TCU decide a respeito da atividade normativa desempenhada pelas Agências Reguladoras? Em um segundo sentido, há relação de “causa-efeito” entre a processualização dos atos normativos das Agências e a maior ou menor deferência do TCU, ou não interessa a legitimação da regulação normativa pelo processo para a mencionada Corte de Contas?

DELIMITAÇÃO DOS TERMOS ESSENCIAIS AO TRABALHO

Para bem identificar o tema, é necessário, desde logo, estabelecer o sentido de cada uma das expressões utilizadas para os fins pretendidos no presente trabalho. Por isso, o controle que se estudará diz respeito ao controle externo realizado pelo TCU. Antes, registre-se que controle traz a ideia de exame realizado para aferir determinada conformação: o objeto controlado tem de estar em consonância com uma referência pré-estabelecida¹.

Sobre a perspectiva jurídica do termo (e em conformidade com o conceito trazido sobre o sentido genérico de controle), entende-se o controle da Administração Pública como a “verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado”². Assim, em um sentido mais específico, trata-se, no presente trabalho, do controle externo –

¹ O dicionário Houaiss afirma, na primeira acepção da palavra “controle”, que ela significa “*monitoração, fiscalização ou exame minucioso, que obedece a determinadas expectativas, normas, convenções etc.*” Conforme disponível no sítio eletrônico do referido dicionário: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1>. Acesso em: 3 de setembro de 2019.

² MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 30.

a cargo do Congresso Nacional – exercido com o auxílio do TCU, conforme determina o artigo 71 da Constituição Federal.

Estabelecido esse conceito, vê-se que o controle externo realizado com a participação do TCU se contrapõe, em um sentido, ao controle interno desempenhado pela própria Administração Pública no controle de seus próprios atos administrativos³; em outro sentido, difere-se do controle judicial⁴, pois ele é – como o próprio nome indica – o controle feito pelo Poder Judiciário sobre a atuação administrativa; em uma última perspectiva, aparta-se do controle social⁵, que significa um controle sobre a Administração Pública, cuja ação é “desenvolvida por setores organizados da sociedade ou até mesmo por cidadãos e, ainda, por órgãos dotados de neutralidade perante os interesses diretos estatais”⁶.

De outro lado, explique-se que a função normativa é uma das funções que compõem o plexo das competências atribuídas às Agências Reguladoras. A referida função é aquela “praticada pelo regulador no exercício de poderes normativos para edição de atos unilaterais e imperativos, gerais e abstratos”⁷. Ou seja, a regulação normativa não tem um destinatário específico no setor regulado e, sim, destina-se a uma coletividade nele existente. Além disso, a função normativa dos atos das agências reguladoras é também marcada pela tendência à continuidade, pois referidos atos normativos não se inclinam, em regra, para o exaurimento após decorrido algum tempo.

Ademais, neste estudo, serão tratados os denominados atos normativos jurídicos, especificamente aqueles que são produzidos pelas agências e controlados pelo TCU. Os mencionados atos normativos jurídicos são, no caso analisado, os atos direcionados ao

³ Conforme discutido em: MEDAUAR, Odete. Controles internos da administração pública. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, 1990, p. 39-55. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67131/69741>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

⁴ Sobre o controle judicial, o diagnóstico de Antônio Carlos de Araújo Cintra é preciso: “No direito brasileiro, o problema dos limites do controle judicial, à primeira vista, parece colocado de forma simples. De um modo geral, pode-se dizer que o Poder Judiciário, no Brasil, aprecia as questões de legalidade, mas não reexamina o mérito do ato administrativo, isto é, a sua oportunidade e conveniência, que se incluem na competência exclusiva do administrador. Este quadro, no entanto, está longe de esgotar a riqueza e a complexidade da matéria” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 179).

⁵ Conforme amplamente discutido em: PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Parte I: Controle da Administração Pública e Responsabilidade do Estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 7, p. 192.

⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Parte IV: Regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4. p. 506.

ambiente regulado, diferentemente dos regulamentos de organização, que são classificados como normas direcionadas para a própria Administração Pública para efeito de organização interna⁸.

Então, nota-se que a regulação normativa se difere das regulações (i) fiscalizatória, pois essa se destina à observação da aderência, ou não, das atividades reguladas às normas setoriais; (ii) sancionadora, pois ela visa à imposição de penalidade em razão do cometimento de infração normativa, após o transcurso de processo administrativo sancionador; e (iii) adjudicatória, pois essa última diz respeito à concessão de um título, o qual habilita o particular a desempenhar uma determinada atividade no setor objeto de regulação.

As distinções feitas não devem levar à compreensão de que as funções do regulador são somente a que se analisa (normativa) e as de que se distingue acima (fiscalizatória, sancionadora e adjudicatória), pois são variadas – e de diversas naturezas – as funções postas às Agências Reguladoras, as quais têm atribuições diferentes entre si, em razão das disparidades das leis de regência de cada uma dessas autarquias especiais.

Nesse contexto, sustenta-se o “dever de a Administração Pública realizar processo administrativo para edição de seus atos normativos”⁹, sobretudo – na hipótese analisada – em razão da especialidade da atividade normativa das Agências Reguladoras. Assim, entende-se o processo administrativo como um encadeamento de atos preparatórios para a produção de um ato administrativo normativo, como forma, sobremaneira, de legitimação da atividade administrativa normativa, de maneira a se respeitar as garantias e direitos dos interessados na produção de determinada norma, como signo de uma Administração Pública que se pretenda mais democrática e transparente.

Estabelecidas essas premissas conceituais para que haja exatidão no uso dos conceitos adotados, é necessário registrar que este estudo se propõe a analisar a jurisprudência do TCU sobre a função normativa das Agências Reguladoras. Assim, as informações obtidas são primárias, já que extraídas do sítio eletrônico do TCU, conforme filtros metodológicos tratados posteriormente.

⁸ Sobre a distinção entre atos normativos jurídicos e regulamentos de organização, tem-se: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Poderes da Administração Pública. In: FIGUEIREDO, Marcelo. (org.). *Novos rumos para o direito público*: reflexões em homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 228.

⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade Administrativa da Administração Pública*. Estudo do Processo Administrativo Normativo. 2014. 480f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 23.

O referido estudo jurisprudencial será conjugado à análise sobre os processos administrativos no âmbito das Agências, para a concepção dos atos normativos regulatórios tratados nos acórdãos do TCU. Esses processos administrativos serão lidos a partir de vetores que vão ser apresentados no terceiro capítulo do trabalho, a fim de avaliar a qualidade regulatória na edição de normas, sob o filtro objetivo da existência de requisitos formais do procedimento.

ESTRUTURA DO TRABALHO

O trabalho que será realizado visará, sobretudo, (i) à análise da jurisprudência do TCU no que diz respeito à função normativa das Agências Reguladoras e (ii) ao exame dos processos administrativos de que derivam essas normas. Para tratar desses assuntos e visando a responder aos questionamentos formulados no item anterior, a dissertação será dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo será destinado a uma análise individualizada das instituições estudadas neste trabalho: primeiro, as Agências Reguladoras; depois, o TCU. No início do referido capítulo, será tratada a realidade dessas autarquias especiais no Estado brasileiro contemporâneo, o que será confrontado com a idealização dos anos 90 do século passado sobre o que esses entes deveriam se tornar. Nesse ponto, será feita uma discussão sobre os limites entre políticas públicas e regulação.

Depois, sob o influxo da Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei Federal n.º 13.848/19), será discutida a necessária processualização da atividade normativa da Administração Pública e, especificamente, das Agências Reguladoras, tendo em conta a legitimação pelo processo.

De outro lado, será tratado – também, no primeiro capítulo – o controle externo exercido pelo TCU sobre a Administração Pública. Após exame sobre o processo de fortalecimento dessa Corte de Contas no Brasil, será analisada a legislação que rege sua atuação. Depois, vai ser feito um exame mais procedimental sobre o modo como o referido Tribunal de Contas atua (o que será preparatório para o capítulo seguinte), isto é, (i) sobre sua estrutura organizacional, (ii) sobre como ocorre a tramitação dos seus processos, (iii) sobre os comandos decisórios nos seus acórdãos.

No segundo capítulo, será examinada a jurisprudência do TCU atinente à função normativa das Agências Reguladoras. Ainda, será feita uma análise qualitativa e

quantitativa sobre os acórdãos analisados, com (i) a identificação de tendências existentes nas decisões da referida Corte de Contas e (ii) a observação dos comandos dos acórdãos do TCU atinentes às normas das agências, para que se analise o tipo de tratamento dado à regulação normativa.

No terceiro capítulo, a partir do que foi obtido no capítulo anterior, será estudado o procedimento prévio à aprovação dos atos normativos das Agências Reguladoras que foram objeto de controle pelo TCU.

Confrontadas essas informações (do processo administrativo nas Agências *vis-à-vis* os comandos dos acórdãos da Corte de Contas), pretende-se observar se – pela perspectiva do TCU – existe, ou não, uma legitimação (e uma deferência) da regulação normativa pelo processo.

1. PRIMEIRO CAPÍTULO – ANÁLISE DAS INSTITUIÇÕES E DAS SUAS FUNÇÕES: A REGULAÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O CONTROLE EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

De início, este trabalho não pode prescindir de uma reflexão sobre as instituições cujas atuações – na relação regulação-controle – serão analisadas posteriormente, para que se compreenda, desde logo, (i) as competências que lhes são atribuídas normativamente, (ii) o papel que desempenham na Administração Pública federal contemporânea, (iii) a trajetória que tiveram, nos últimos tempos, no âmbito do Poder Público, com mais ou menos protagonismo na dinâmica da ação estatal, (iv) a reputação institucional¹⁰ de que dispõem na conformação do Estado brasileiro na atualidade.

Essa análise sobre a realidade das instituições analisadas, isto é, sobre as Agências Reguladoras e sobre o TCU, possibilitará uma compreensão mais ampla dos capítulos seguintes. Assim ocorre porque, em primeiro lugar, deverá ser compreendido o objeto de estudo deste trabalho em seu modo estático – concebendo os entes como eles são na organização administrativa brasileira e quais são as suas finalidades e os instrumentos de que dispõem para atingi-las –, para que, então, seja possível entender a relação entre as Agências Reguladoras e o TCU em seu aspecto dinâmico.

É dizer: daquelas, pretende-se entender de que forma acontece o processo interno de concepção de atos normativos regulatórios; desse, quer-se perceber de que maneira a sua jurisprudência é construída no controle da referida regulação normativa.

Feitas essas anotações inaugurais, passa-se à análise dessas instituições, com o intento de se descobrir, na realidade jurídica brasileira atual, de que atores estatais se está tratando no presente trabalho.

1.1. AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CONTEXTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO ECÔNOMICO ATUAL

¹⁰ Conforme tratado também em MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo *et al.* Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*, v. 278. Rio de Janeiro, Mai./Ago. 2019.

De início, é necessário atentar para o papel das agências reguladoras no Brasil. Mas referida análise não pode se dar por um olhar exclusivo e apartado sobre referidas autarquias especiais, senão por um exame contextualizado para se entender o significado das Agências no Direito Administrativo Econômico atual.

Assim, questiona-se: o que quer dizer a existência de agências reguladoras em cotejo com a tradição do Direito Administrativo brasileiro? É essencial entender acerca de uma cultura administrativista brasileira para que se perceba de que forma essas autarquias especiais são entendidas na realidade de um Estado progressivamente multifacetário e em franca transição, conforme será discutido.

Por isso, em linhas introdutórias, o Direito Administrativo brasileiro, para sua conformação original, sofreu influência do Direito Público francês, conforme lição de Fernando Dias Menezes de Almeida, “no tocante à modelagem político-institucional e ao pensamento doutrinário”¹¹. Desse modo, é necessário discutir esses dois aspectos.

Quanto ao pensamento doutrinário, é relevante atentar para o fato de que diversos institutos do Direito Administrativo brasileiro eram conceituados, pela doutrina administrativista brasileira, a partir dos ensinamentos dos publicistas franceses, os quais – por sua vez – buscavam fundamento para o seu entendimento na jurisprudência do Conselho de Estado francês. Como exemplo histórico, o mesmo Fernando Menezes menciona a obra “Ensaio sobre o Direito Administrativo” do Visconde do Uruguai, de 1862, na qual se tem, em sua bibliografia, “68 livros de juristas ou filósofos franceses, em um total de 111 obras referidas”¹².

Por justiça, deve-se dizer que, por boa parte do século passado, existiam poucas leis endereçadas à Administração Pública e à conceituação de seus institutos no Direito brasileiro, o que dificultava o estabelecimento de parâmetros nacionais aos institutos importados. A importação dos modelos franceses¹³ se tornava um tanto quanto inevitável, e faltavam outros referenciais para subsidiar a crítica e as devidas ponderações aos institutos gálicos.

¹¹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. O Brasil necessita ressuscitar a jurisdição administrativa? Debate à luz da história do direito administrativo brasileiro. In: MARRARA, Thiago; AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. (Org.). *Controles da administração e judicialização de políticas públicas*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2016, v. 1, p. 276.

¹² MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. A francofonia e o direito brasileiro: a contribuição do francês para moldar a academia e as instituições jurídicas. In: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; ZAGO, Marina Fontão. (Org.). *Direito público francês: temas fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 440.

¹³ Não se despreza a contribuição americana ao Direito Administrativo brasileiro, mesmo em período anterior à década de 90 do século XX, a qual representa um período fecundo dessa influência.

Diante dessa carência de referências, veja-se a sintomática definição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello sobre contrato administrativo¹⁴:

Daí a conclusão: inexistente contrato administrativo. Alguns atos administrativos são complementados por contratos sobre a equação econômico-financeira a eles pertencentes. Aliás, tal se dá tão-somente com a concessão de obra ou de serviço público. Os outros pretensos contratos administrativos não passam de contratos de direito privado, com regime especial, porque a lei assim dispôs e os administrados, ao perfazerem o acordo de vontades, aderiram aos seus dispositivos, que se tornaram cláusulas contratuais, ou as próprias partes, no ajuste, aquiesceram em lhe dar regime especial¹⁵.

No entanto, sobretudo nas últimas décadas do século XX, quando foram concebidas diversas leis atinentes à Administração pública brasileira – a Constituição Federal de 1988, por exemplo, dedica o capítulo VII ao tema –, já havia se cristalizado o francófilo entendimento doutrinário sobre diversos institutos de Direito Administrativo. Assim, houve, por vezes, uma discrepância entre a previsão legal e o conceito doutrinário previamente consolidado, como é exemplo a discussão quanto aos limites dos institutos atinentes à delegação de serviços públicos¹⁶ no contexto de privatizações¹⁷.

Nesse contexto, a legislação – sobretudo da década de 90 do século XX e que representava novos vetores a indicar uma mudança no papel do Estado e na sua relação com a iniciativa privada – impôs-se sobre dogmas administrativistas que não guardavam

¹⁴ Sobre o tema, embora não exatamente nesse contexto, Fernando Dias Menezes de Almeida afirma: “A posição pela negação da possibilidade da existência de uma relação contratual a reger a colaboração entre particulares e a Administração no desempenho de funções estatais fundamentava-se sobretudo numa visão do Estado que ressaltava seu aspecto de superioridade – atributo da soberania estatal – em relação aos indivíduos. São corolários desta superioridade, de um lado, a ausência de isonomia entre eventuais vontades pública e privada contratantes; de outro, a impossibilidade de o Estado propriamente negociar seus interesses soberanos” (*Contrato Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. v. 1, p. 151).

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. 1, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 687.

¹⁶ Embora não se desconheça que, no caso, a noção de reserva originária de serviço público é mais italiana do que francesa, conforme afirma Vitor Rhein Schirato: “Mas a assunção de tais atividades pelo Estado, no direito italiano, teve um traço que se repetiu no direito brasileiro que não era algo imanente à noção de serviço público no direito francês: a criação de uma *reserva originária ou exclusiva* da atividade em favor do Estado” (*In: Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 78).

¹⁷ Carlos Ari Sundfeld comenta a respeito: “A propósito, está em curso no Brasil um debate, um tanto surdo, quanto à possibilidade de a exploração de serviço de titularidade estatal, como os de telecomunicações e energia elétrica, ser feita em regime privado, o que foi previsto nas leis de reestruturação, com o intuito de introduzir a desregulação parcial desses setores (por meio de mecanismos como a liberalização do acesso dos exploradores ao mercado, a flexibilização dos preços, a ausência de garantia de rentabilidade etc.). Alguns de meus colegas consideram que isso seria contrário à Constituição, pois dela decorreria o caráter necessariamente público da exploração, por particulares, das atividades reservadas ao Estado. Esse argumento baseia-se na crença de que existiria, implícito nas dobras constitucionais, um regime jurídico único para a exploração de serviços estatais (que mereceria o qualificativo de 'público')” (*Introdução às agências reguladoras*, *In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 33).

correspondência com a realidade de uma Administração Pública em evolução¹⁸. Ainda sobre o exemplo anterior dos serviços públicos, Carlos Ari Sundfeld, já com algum afastamento histórico da ocorrência dos fatos, afirmou o seguinte:

A crítica, ao menos até aqui, caiu no vazio. Ela nem pôde comprovar que a Constituição adotara o serviço público de regime fechado como único modelo viável, nem jamais explicou onde estariam os defeitos jurídicos substanciais da assimetria regulatória. Também revelou-se inútil o embate sobre o "verdadeiro conceito constitucional de autorização", que simplesmente não existe; os críticos estavam a invocar, isto sim, definições antigas de manual, elaboradas sem qualquer base constitucional (e que, claro, têm de ser revistas para amoldar-se à legislação vigente). Tratava-se, em suma, de censura superficial e formal, sustentada mais em argumento de autoridade que em análise constitucional¹⁹.

Dessa forma, entende-se que, historicamente, o Direito Administrativo brasileiro tem sido pautado, muitas vezes, por idealizações, generalizações e reproduções conceituais acríticas, como é o exemplo da “ilusão garantística da gênese”²⁰, conforme afirma Paulo Otero, pois tem sido repetido que a formação do Direito Administrativo ocorreu no final do século XVIII e início do século XIX²¹, como decorrência do esfacelamento do antigo regime, a partir do qual foi possível estabelecer limites à atuação administrativa, outrora sem amarras.

Por isso, o Estado de Direito representaria, nesse contexto, a submissão da Administração Pública à legalidade, como se, subitamente, a partir de rápida transmutação revolucionária, a atuação administrativa – antes, realenga – tenha deixado de ser incontrolável e tenha se tornado uma atuação plenamente submetida à Lei.

Assim, conforme o referido administrativista português, somente por “manifesta ilusão de ótica ou equívoco se poderá vislumbrar uma gênese garantística no Direito Administrativo”²².

Feita essa breve contextualização sobre a Administração Pública brasileira e sobre o Direito administrativo pátrio, tem-se que ele vive, atualmente, “uma fase de transição, na

¹⁸ Em referência, aqui, à seguinte obra vanguardista: MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2017.

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações_RDIT*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 5584, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=41072>. Acesso em: 12 de janeiro de 2020.

²⁰ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 273.

²¹ Como se afirma, por todos, em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12 de janeiro de 2020.

²² OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 281.

qual uma teoria geral pautada por conceitos tipicamente franceses convive com conceitos americanos induzidos por um novo contexto institucional decorrente de uma economia aberta para relações globalizadas”²³.

Diante dessa nova realidade decorrente de mudanças no Estado e na economia, pode-se falar de um Direito Administrativo Econômico atual, do qual as agências reguladoras são, provavelmente, o exemplo máximo, bem como são as maiores representantes de uma virada na tradição administrativista brasileira.

Sobre esse assunto, Vitor Rhein Schirato afirma que “o surgimento das agências reguladoras passa a ser um dos mais marcantes elementos do esgotamento do modelo tradicional de Administração Pública e do surgimento de uma Administração Pública democrática e consentânea com a realidade existente”²⁴. Desde logo, entende-se que, se o surgimento das agências reguladoras já contrasta com a tradição administrativista sobre as atividades que o Estado deveria desempenhar, tanto mais colidente é o aspecto da capacidade normativa daquelas, como será mais bem discutido posteriormente.

O referido surgimento do Estado regulador no Brasil ocorreu em função da possibilidade de que as agências reguladoras – no contexto de mutação da década de 90, com a superação do Estado prestador e monopolista em diversos serviços públicos, ensejando a abertura dessa seara aos agentes privados – se afirmassem pela tecnicidade de suas decisões em setores econômicos de grande sensibilidade para a sociedade e para o próprio Estado brasileiro.

Nessa linha, Vitor Rhein Schirato afirma o seguinte sobre as decisões técnicas das agências reguladoras:

Destarte, as decisões das agências reguladoras são carregadas de elementos extremamente técnicos, aferíveis claramente por peritos na matéria regulada, mas nem sempre por leigos. Dessa realidade advém uma certa discricionariedade técnica das agências reguladoras, uma vez que decisões discricionárias são muitas vezes esteadas em critérios eminentemente técnicos. O alcance efetivo das finalidades legalmente estabelecidas dá-se pela escolha de uma entre mais de uma opção por razões técnicas²⁵.

²³ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. A francofonia e o direito brasileiro: a contribuição do francês para moldar a academia e as instituições jurídicas. In: ALMEIDA, Fernando Menezes de; ZAGO, Marina Fontão. (orgs.). *Direito público francês: temas fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 446.

²⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. As Agências Reguladoras Independentes e alguns Elementos da Teoria Geral do Estado. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de. (orgs.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 1ª reimpressão, p. 498.

²⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. As Agências Reguladoras Independentes e alguns Elementos da Teoria Geral do Estado. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Orgs.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 1ª reimpressão, p. 528.

Assim, a mencionada “discrecionabilidade técnica” das decisões regulatórias somente é possível se as agências reguladoras se caracterizarem pela independência, pela não sujeição a quem quer que seja, na fiel persecução de um ambiente regulado equilibrado, o que será discutido no tópico seguinte.

1.1.1. A REALIDADE SOBRE A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL: A INDEPENDÊNCIA NÃO CONCRETIZADA

Para bem cumprir o enorme desafio de regular setores de grande relevância econômico-social, em que existem os interesses contrapostos dos agentes privados, dos consumidores e do próprio Estado, houve a pretensão de conceber autoridades reguladoras independentes²⁶, isto é, agências reguladoras dotadas de suficiente autonomia, de forma a evitar as já denunciadas²⁷ capturas do regulador verificadas, há muito, na experiência regulatória estrangeira.

Para se encaixar em um dos figurinos possíveis da organização administrativa brasileira – os quais ainda fazem referência, em relevante intensidade, ao distante Decreto-Lei n.º 200 de 1967 –, as agências reguladoras independentes foram concebidas sob o rótulo de autarquias especiais, integrando, desse modo, a Administração Pública indireta.

No entanto, as Agências Reguladoras independentes não poderiam ser confundidas com os demais entes administrativos da Administração Pública indireta – submissos, por exemplo, à supervisão ministerial (art. 26 do referido Decreto)²⁸ –, já que elas foram concebidas, no contexto da reforma gerencial, para ser um oásis de eficiência no deserto burocrático da Administração Pública brasileira²⁹.

²⁶ Expressão que, embora não usual no Direito brasileiro, é mais significativa no Direito português, conforme: MAÇÃS, Fernanda; MOREIRA, Vital. *Autoridades Reguladoras Independentes: estudo e projecto de lei-quadro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

²⁷ Como é exemplo: CUSHMANN, Robert E. *The independent Regulatory Commissions*. New York: Octagon Books, 1972.

²⁸ Eis a redação do artigo 26: “Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade. II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade. III - A eficiência administrativa. IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade”.

²⁹ Conforme afirma o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado: “Reformar o aparelho do Estado significa garantir a esse aparelho maior governança, ou seja, maior capacidade de governar, maior condição de implementar as leis e políticas públicas. Significa tornar muito mais eficientes as atividades exclusivas de Estado, através da transformação das autarquias em ‘agências autônomas’” (Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (1995) *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Imprensa Nacional, novembro 1995. Plano aprovado pela Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República em setembro de 1995. Disponível em:

Para sustentar essa distinção entre as Agências Reguladoras e as demais repartições públicas³⁰, não faltaram bons fundamentos, pois, conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quatro elementos serviriam de pressupostos para a independência das referidas autarquias especiais:

1º) independência política dos gestores, investidos de mandatos e com estabilidade nos cargos durante um termo fixo; 2º) independência técnica decisional, predominando as motivações apolíticas para seus atos, preferentemente sem recursos hierárquicos impróprios; 3º) independência normativa, necessária para o exercício de competência reguladora dos setores de atividades de interesse público a seu cargo; e 4º) independência gerencial orçamentária e financeira ampliada, inclusive com a atribuição legal de fonte de recursos próprios, como, por exemplo, as impropriamente denominadas taxas de fiscalização das entidades privadas executoras de serviços públicos sob contrato³¹.

Vistos esses pressupostos para a existência de agências reguladoras independentes, é necessário discorrer sobre a realidade de cada um deles na experiência regulatória brasileira, de forma a se observar o quão distantes estão as referidas autarquias especiais da idealização da década de 90 quanto à independência do regulador.

No que tange à independência política dos gestores, 27% dos nomeados para as agências têm filiação político-partidária³², o que evidencia que a indicação desses agentes públicos está atrelada, em algum nível, ao alinhamento que se tem ao governo do momento.

No mesmo sentido, há “um mecanismo de *by-pass* do processo de nomeação dos dirigentes”³³, pois “a figura do *dirigente-interino* pode ser o *estágio probatório* prévio à indicação pelo Presidente da República: se satisfeito com a posição do interino, trabalhará pelo seu nome junto ao Senado Federal”³⁴. Essa satisfação é sinônima de subordinação. Ou seja, todas essas observações estão a reforçar a sujeição das agências ao poder político.

<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 19 de janeiro de 2020.

³⁰ Repetindo a provocação de Eros Roberto Grau em: *As agências, essas repartições públicas*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 25-28.

³¹ *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 148.

³² BARRIONUEVO; Arthur; SALAMA, Bruno Meyerhof. *Nomeação de dirigentes de agências reguladoras: um estudo descritivo*. São Paulo: FGV Direito SP, Grupo de Relações entre Estado e Empresa Privada (GRP), 2016, p. 223.

³³ BARRIONUEVO; Arthur; SALAMA, Bruno Meyerhof. *Nomeação de dirigentes de agências reguladoras: um estudo descritivo*. São Paulo: FGV Direito SP, Grupo de Relações entre Estado e Empresa Privada (GRP), 2016, p. 78.

³⁴ Na sequência da referida citação, afirma-se: “Isso aumenta significativamente a politização no âmbito das Agências Reguladoras porque o interino, ansioso pela indicação, passa a se comportar do modo mais amistoso possível ao Presidente e, naturalmente, pode defender o interesse do Governo central no Colegiado. Segurar a indicação é o modo de mantê-lo fiel aos interesses governamentais” (BARRIONUEVO; Arthur; SALAMA, Bruno Meyerhof. *Nomeação de dirigentes de agências*

De outro lado, no que diz respeito à independência técnica para decidir, “predominando as motivações apolíticas para seus atos, preferentemente sem recursos hierárquicos impróprios” (conforme excerto doutrinário acima), tem-se aspecto que também já foi alvo de investida estatal. Cite-se o já clássico exemplo do Parecer n.º 51/2006 da AGU³⁵, no qual se traz a possibilidade de os ministérios reverem os atos das agências reguladoras de ofício ou mediante recurso, nas hipóteses em que “as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta”.

No caso concreto, o Parecer n.º 51/2006 indicou que a decisão adotada pela ANTAQ deveria ser mantida, tendo em vista que a Agência não havia desbordado da sua competência, nem violado políticas públicas, sendo incabível o recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes. Em síntese, entende-se, aqui, que a possibilidade de recurso hierárquico impróprio de decisão da agência é a negação da independência das agências e da capacidade delas de fazer cumprir suas decisões.

Já no que toca à independência normativa, trata-se do tema central deste trabalho, o que será objeto de análise para se compreender sobre a existência de independência normativa das agências em relação ao TCU especificamente. Em sentido amplo, será analisado, em tópicos seguintes, o poder normativo da Administração Pública e das agências reguladoras.

Por fim, no que é concernente à independência gerencial orçamentária e financeira, observa-se que são impostos contingenciamentos às Agências Reguladoras pelo Executivo, o que obviamente compromete a qualidade da atividade regulatória prestada. As taxas de fiscalização previstas nas leis de regência das Agências, como forma de viabilizar a autonomia econômico-financeira delas, não têm servido precipuamente à manutenção dos

reguladoras: um estudo descritivo. São Paulo: FGV Direito SP, Grupo de Relações entre Estado e Empresa Privada (GRP), 2016, p. 78-79).

³⁵ O que propiciou esse parecer foi a decisão da ANTAQ, que afirmou que “a cobrança de taxa efetuada pelos operadores portuários sobre a movimentação e entrega de contêineres destinados a outros recintos alfandegados no Porto de Salvador, conhecida como THC (*terminal handling charge*) 2”, levava a crer a existência de exploração abusiva de posição dominante no mercado por parte desses operadores portuários, o que fez com que a ANTAQ remetesse o caso ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

entes reguladores, mas ao reforço de caixa da Administração central, que o faz com suporte no contingenciamento de despesas previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal³⁶.

De outro lado, as Agências reguladoras não têm orçamento próprio e, sim, têm suas propostas orçamentárias compreendidas no orçamento do ministério ao qual cada uma delas se vincula, o que – mais uma vez – serve para subordinar essas autarquias especiais ao governo.

É interessante observar que, no Acórdão n.º 2261/2011 do Plenário do TCU³⁷, em que se discutiu acerca da governança das Agências Reguladoras, a fim de identificar eventuais riscos e falhas estruturais que pudessem “comprometer o alcance dos objetivos da regulação estatal”, o relator José Jorge afirmou que o referido contingenciamento das agências se dá de três maneiras:

A um, há contingenciamento anual em face do disposto na Lei Complementar nº 101, de 4/5/2000. A dois, há possibilidade de alteração de fontes por meio de portaria, possibilitando que a administração possa reservar recursos vinculados não gastos. A três, o poder executivo faz a desvinculação de receitas com o uso de medidas provisórias posteriormente transformadas em lei.

Além disso, no referido acórdão, o TCU indicou boas práticas capazes de aprimorar a governança regulatória, no que se inclui – em comando decisório endereçado à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados e à Casa Civil – a “criação de mecanismos/instrumentos formais que propiciem maior estabilidade e maior previsibilidade na descentralização de recursos para as agências”.

Em suma, conforme discutido, os pressupostos afirmadores da independência das agências reguladoras foram e são postos à prova diuturnamente na realidade estatal brasileira.

Um dos aspectos a inviabilizar a pretendida independência diz respeito à confusão entre política pública e regulação, inviabilizando a plena distinção entre a atuação do gestor público e do regulador, conforme se discute na sequência.

³⁶ Sobre o tema, José Nilton de Souza Vieira, Ricardo Corrêa Gomes e Edson Ronaldo Guarido Filho afirmam o seguinte: “Conforme a sistemática do processo orçamentário brasileiro, pode haver uma significativa diferença entre receitas próprias e despesa autorizada, mesmo quando se trata de receitas vinculadas, como as taxas de fiscalização. Ademais, o Poder Executivo pode editar decretos de contingenciamento e portarias fixando limites para a programação orçamentária” (Avaliação da independência das agências reguladoras dos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo no Brasil. *Revista do Serviço Público* (Brasília), v. 70, 2019, p. 590).

³⁷ Processo nº TC 012.693/2009-9, Data da sessão 24/08/2011.

1.1.2. A CONFUSÃO ENTRE POLÍTICAS PÚBLICAS E REGULAÇÃO E A SUA CONSEQUÊNCIA SOBRE A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Existe a percepção, no Direito brasileiro, de que políticas públicas e regulação são estanques e plenamente apartadas, como se esta somente servisse à execução daquelas, sem qualquer interação entre ambas.

De saída, há o entendimento de Maria Paula Dallari Bucci de que “políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”³⁸.

Como será demonstrado a seguir, é comum a ideia de que as políticas públicas seriam plenamente formuladas por altas autoridades administrativas, em processos decisórios que culminariam em normas hierarquicamente superiores fornecendo perfeitas diretrizes para que os agentes públicos subalternos apenas dessem efetividade ao que já estava totalmente formatado.

Por exemplo – em uma perspectiva de direito comparado, na busca de similaridades entre o regulador no Brasil e no modelo britânico –, Marcelo Barros Gomes tem a compreensão de uma regulação para exclusivamente concretizar as políticas públicas formuladas por autoridades políticas superiores, conforme raciocínio a seguir transcrito:

De um lado, expõem-se as explicações para adoção de um modelo convergente de regulação em ambos os países, com separação entre operação e controle da indústria de infra-estrutura e a ascensão de um novo ente regulador, criado para implementar de forma autônoma as políticas públicas regulatórias decorrentes dos processos de flexibilização da prestação de serviços anteriormente providos preponderantemente por empresas do estado³⁹.

De igual maneira, no já mencionado Parecer n.º 51/2006 da AGU, foi afirmado que a ANTAQ não havia desbordado da sua competência, nem violado políticas públicas, o que reforça a perspectiva engessada sobre o significado de política pública em contraposição à regulação, além de possibilitar a maleabilidade das raízes entre uma e outra, quando for da conveniência da Administração central.

³⁸ DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

³⁹ GOMES, Marcelo Barros. *O controle externo de agências reguladoras no Brasil em perspectiva comparativa: lições, eventos recentes e desafios futuros*. In: VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31 Oct. 2003. Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0047111.pdf>. Acesso em: 19 de janeiro de 2020, p. 2.

No entanto, entende-se que as agências reguladoras podem ser convidadas a participar do processo de aprimoramento das políticas públicas – as quais não são prontas e acabadas –, pois, conforme raciocínio de Alexandre Santos de Aragão, há o princípio da retroalimentação da regulação, que consiste, em suas palavras, em uma “imensa fluidez e constante adaptação às mudanças da realidade socioeconômica subjacente, fazendo com que a ‘política pública’ e a ‘implementação da política pública’ funcionem de forma circular e retro-operativa”⁴⁰.

A compreensão do regulador como mero executor das políticas públicas já é problemática desde a concepção das referidas entidades. Isto é, desde as leis de regência de cada uma das agências reguladoras, não se pode afirmar categoricamente qual seria o papel das agências no que diz respeito às políticas públicas.

As leis deram tratamentos distintos às agências reguladoras, quanto às suas funções, ao papel delas em relação às políticas públicas, à maneira como se daria a relação com os ministérios aos quais estariam vinculadas *etc*⁴¹.

⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 363.

⁴¹ Dando conta dessa complexidade, Vítor Rhein Schirato afirma – em excerto longo, mas necessário – o seguinte: “Hoje, há uma miríade de órgãos e entidades incumbidos de fixar políticas públicas e políticas regulatórias para os setores regulados.

Vejam os. No setor de energia elétrica, por força da já citada Lei nº 10.848/2004, há a ANEEL, como autoridade reguladora, repartindo competências com a Empresa de Planejamento Energético (EPE), criada por força da Lei nº 10.847, de 30 de março de 2004, empresa responsável pelo planejamento do setor e pelo cadastramento de novos empreendimentos. Com isso, muitas decisões da ANEEL ficam coatas por prévias decisões da EPE (sobretudo no que se refere ao manejo de instrumentos regulatórios de controle da entrada de agentes no mercado). Além disso, alterações promovidas na lei de criação da ANEEL (Lei nº 9.427/96) impuseram um compartilhamento de suas competências com o Ministério de Minas e Energia, que deixou de ser um formulador de políticas públicas e passou a ser um corresponsável pela formulação de políticas regulatórias (como regras para os leilões de energia, por exemplo). Com isso, vê-se que a autoridade reguladora vem se tornando simples repartição de despachos executórios de outras autoridades.

No setor de logística a situação não é nada diferente. As competências das agências setoriais (Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT) vêm sendo sensivelmente fragmentadas. No caso dos transportes aquaviários, as políticas regulatórias são divididas entre a ANTAQ, a Secretaria Especial de Portos, autoridade com grau de Ministério, e a Empresa de Planejamento Logístico. A atuação dessas duas últimas fixa pontos muito relevantes da política regulatória e vincula a ação da autoridade reguladora. De modo idêntico, no caso dos transportes terrestres, o compartilhamento de competências entre Ministério dos Transportes, Empresa de Planejamento Logístico e ANTT torna esta última em diversos casos refém das decisões das anteriores.

E o mesmo se passa no setor de aviação civil, com o compartilhamento de competências entre a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Empresa de Planejamento de Logística e Secretaria de Aviação Civil (também com grau de Ministério). A autoridade reguladora (ANAC) torna-se simples executora das decisões de órgãos e entidades políticos, impedindo que os interesses do setor sejam devidamente ponderados para uma decisão equilibrada.

O movimento que leva a isso é claro. O Governo, com a finalidade de não demonstrar ao mercado o desmanche do sistema regulatório, cria órgãos e entidades por ele controlados e transfere a essas competências das autoridades de regulação. Já que não se pode formalmente mudar a lei que assegura autonomia às autoridades reguladoras, porque prejudicaria o ambiente de investimentos no País, faz-se um *institutional bypass*, ou, em tradução aproximada, um contorno institucional para que a vontade política

Por exemplo, a Lei n.º 9.427/96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL “vinculada ao Ministério de Minas e Energia” (art. 1º), tendo como uma das atribuições “implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995”. De igual maneira, a Lei n.º 13.575/2017, que concebeu a Agência Nacional de Mineração (ANM)⁴², estabeleceu que a esta caberia “implementar a política nacional para as atividades de mineração” (art. 2º, I).

De forma diversa, na Lei n.º 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, foi definida a vinculação ao Ministério da Saúde (art. 1º), mas estabeleceu a competência da referida agência de “propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar – Consu para a regulação do setor de saúde suplementar” (art. 4º, I). No caso da ANVISA, a Lei n.º 9.782/1999 afirmou que compete à diretoria colegiada da Agência “propor ao Ministro de Estado da Saúde as políticas e diretrizes governamentais destinadas a permitir à Agência o cumprimento de seus objetivos” (art. 15, II). No que diz respeito à ANATEL, não é diferente: compete ao Conselho Diretor da Agência “propor o estabelecimento e alteração das políticas governamentais de telecomunicações” (art. 22, III, da Lei n.º 9.472/97).

Sobre as competências da ANS e da ANVISA na proposição de políticas públicas, Thiago Marrara afirma:

A ANS obrigatoriamente se comunica com a administração superior, dentro de uma mesma linha de normas, respeitando a competência ministerial, diferentemente do que parece ocorrer na estrutura da Anvisa. Além do mais, o descumprimento injustificado do contrato de gestão firmado entre a ANS e o Ministério da Saúde implicará a dispensa do Diretor-Presidente da agência mediante solicitação do ministro⁴³.

Diferindo-se dos dois modelos trazidos, a Lei n.º 9.478/97, que instituiu o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP) – cuja relação será posteriormente analisada em um caso relevante sobre os limites das agências no âmbito das políticas públicas –, afirmou que ao primeiro compete “propor ao Presidente

prevaleça sobre a vontade reguladora (independente e isenta)” (A Deterioração do Sistema Regulatório Brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 44, 2013, p. 263).

⁴² Não se dá por decidido, no presente trabalho, que a ANM desempenha uma atividade propriamente regulatória, apesar do rótulo que possui.

⁴³ MARRARA, Thiago. A Legalidade na Relação entre Ministérios e Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 397.

da República políticas nacionais” (art. 2º, *caput*) e “definir a estratégia e a política de desenvolvimento econômico e tecnológico da indústria de petróleo, de gás natural, de outros hidrocarbonetos fluidos e de biocombustíveis, bem como da sua cadeia de suprimento” (art. 2º, IX).

A Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019), sobre a qual se tratará posteriormente, afirma que são objetivos do plano estratégico vigente e do plano de gestão anual “aperfeiçoar as relações de cooperação da agência reguladora com o Poder Público, em particular no cumprimento das políticas públicas definidas em lei” (art. 15, II).

Assim, as referidas Leis de regência das Agências demonstram que não há uma uniformidade no tratamento legal sobre qual é o preciso papel das agências na concepção de políticas públicas. A persistência da dicotomia entre regulação e políticas públicas – com uma zona gris entre elas, sendo a faixa lindeira preenchida sempre pela vontade da Administração central – tem servido, sobretudo, à instrumentalização das agências, na execução acrítica dos ditames governamentais.

Para ilustrar a referida instrumentalização, citem-se dois exemplos: o primeiro deles diz respeito ao tabelamento do frete⁴⁴. Em 27 de maio de 2018, durante a greve dos caminhoneiros, foi editada a Medida Provisória n.º 832, que instituiu a política de preços mínimos do transporte rodoviário de cargas, com o intuito de “promover condições razoáveis à realização de fretes no território nacional, de forma a proporcionar a adequada retribuição ao serviço prestado” (artigo 2º). Com base nessa determinação, foi estabelecido que a “Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT publicará tabela com os preços mínimos referentes ao quilômetro rodado na realização de fretes, por eixo carregado” (artigo 5º).

Três dias depois dessa MP, a ANTT concebeu a Resolução n.º 5.820/18, com a publicação de “tabela com preços mínimos em caráter vinculante, referentes ao quilômetro rodado na realização de fretes, por eixo carregado, instituído pela Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas, nos termos da MP 832/18”.

Acontece que, no dia 7 de junho, a ANTT publicou – por força da reivindicação de diversos setores da economia, sob o argumento, inclusive, da pressão inflacionária que decorreria da medida adotada – nova tabela com preço mínimo do frete, em substituição à tabela anterior, o que culminaria na redução de 20% dos valores, em média, existentes na

⁴⁴ Conforme tratado por este autor (em coautoria) no artigo “*O tabelamento do preço do frete: uma medida inconstitucional e anacrônica*”. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI282018,71043-O+tabelamento+do+preco+do+frete+u+ma+medida+inconstitucional+e>. Acesso em: 19 de janeiro de 2020.

norma precedente. Mas a segunda tabela foi revogada pelo governo federal, tendo em vista a ameaça de nova greve dos caminhoneiros.

Dessa maneira, fica evidente que a ANTT serviu de instrumento de política do governo, o qual pretendia interromper a greve dos caminhoneiros. À Agência, coube apenas, três dias apenas após a MP 832, editar a Resolução nº 5.820/18, em plena conformidade com o que lhe foi estabelecido pelo governo federal. Não se menospreza o caráter emergencial da situação, mas as Agências Reguladoras não foram criadas para atendimento nem de agenda política, nem para ser regidas pelo imediatismo no atendimento das demandas de determinados segmentos sociais.

Outro exemplo relevante diz respeito à Medida Provisória n.º 579/2012. À época da edição da referida MP, diversas concessões do setor elétrico já tinham sido vencidas e prorrogadas. Havia grande expectativa dos agentes do setor elétrico sobre qual seria o modelo adotado para as novas outorgas. Muitas concessões, na iminência de expirar à época, poderiam ser prorrogadas, com base nos contratos e na legislação que lhes era atinente.

Então, o governo federal editou a referida MP pela urgência decorrente dos vencimentos iminentes das outorgas e visando à captura dos investimentos “fortemente amortizados”, em proveito da modicidade tarifária. Na mencionada MP, o governo federal determinou de que forma ocorreriam as prorrogações antecipadas dos contratos de concessão no setor elétrico, o que se daria a partir da aceitação expressa das condições impostas às concessionárias na MP 579/2012.

Nesse caso, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL teria uma função acessória, como calcular a “remuneração por tarifa (...) para cada usina hidrelétrica” (artigo 1º, §1º, I, da MP 579/2012). As diretrizes já estavam traçadas no que diz respeito ao modelo que seria adotado para as concessões do setor elétrico.

Sem se pretender discutir os efeitos nocivos da MP 579/2012, observa-se apenas a instrumentalização da ANEEL, em uma decisão pautada não pela tecnicidade, mas pela ingerência política na relação do regulador com as concessionárias.

Enfim, por esses fundamentos, vê-se a confusão existente entre políticas públicas e regulação, sem que se saiba exatamente onde uma começa e onde a outra termina – com o acréscimo das singularidades de cada agência a inviabilizar um tratamento uniforme sobre o que seria política pública a ser executada.

A consequência dessa indefinição conceitual de política pública, em contraponto à regulação, é o manejo pela Administração central das referidas noções em proveito próprio, de forma a intervir indevidamente na atuação das agências reguladoras, instrumentalizando-as para que sejam meros autômatos a serviço dos humores políticos, em vez de serem autoridades reguladoras independentes.

1.1.3. A LEI GERAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS (A LEI FEDERAL Nº 13.848/19) E SUAS DIRETRIZES NO APERFEIÇOAMENTO REGULATÓRIO

Após a discussão sobre o atual estado de coisas da regulação no Brasil, é necessário tratar da Lei Federal n.º 13.848/19, que é a Lei Geral das Agências Reguladoras. Há muito, já se afirmava a necessidade de se ter uma “lei geral do regime das agências reguladoras”, isto é, uma “lei-quadro” das agências⁴⁵, a qual se destinaria às seguintes finalidades:

Tal lei serviria para: i) divisar quais são requisitos para um órgão ser considerado uma agência independente de regulação (evitando a proliferação desmedida de agências cujo objeto não se coaduna com a figura aqui tratada); ii) uniformizar o regime jurídico das agências, facilitando sua operação e o controle de suas atividades; iii) solucionar questões ainda não resolvidas no tocante ao regime aplicável a estes órgãos reguladores, as quais vão desde o processo de indicação do dirigente máximo do órgão, até o regime de pessoal de seus agentes⁴⁶.

A referida necessidade de uma lei que desse um tratamento pretensamente uniforme para as agências reguladoras decorre do fato de elas terem surgido, uma a uma, conforme as contingências de um determinado setor econômico, sem que a lei de regência de uma guardasse necessariamente correspondência com o tratamento dado pela lei de regência de outra, o que evidencia as diversas assimetrias na conformação das agências reguladoras no Direito brasileiro.

Como sintoma dessa constatação, observa-se que não foram todas as mencionadas autarquias especiais concebidas sob o espírito desestatizante dos anos 90 do século passado, pois algumas delas foram criadas já sob novas circunstâncias político-econômicas neste século, o que faz avolumar a diferença entre elas, em razão do momento histórico em que cada uma foi criada.

⁴⁵ Conforme sugerido, há muito, por Floriano de Azevedo Marques Neto, que concebeu um projeto de lei-quadro para aperfeiçoamento do modelo regulatório brasileiro, com declarada inspiração na obra de Vital Moreira e Fernanda Maças, *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Sobre todos esses aspectos: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes - Fundamentos e seu Regime Jurídico*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 147-211.

⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes - Fundamentos e seu Regime Jurídico*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 133-134.

Assim, faltava uma lei que as disciplinasse de uma forma abrangente (pois também são muitas as semelhanças), já que somente a Lei n.º 9.986/00 – voltada, pontualmente, à gestão de recursos humanos das agências – podia ser entendida como uma lei endereçada especificamente às diversas agências reguladoras brasileiras.

Nesse cenário, a Lei Geral das Agências Reguladoras trata de diversos aspectos da vida das agências, sendo interessante, a este trabalho, a discussão atinente à parte decisória, especificamente para a concepção dos atos normativos regulatórios.

Com esse filtro, importa atentar para o capítulo I da Lei, que é dedicado precisamente ao processo decisório das agências reguladoras. Nesse capítulo, há o art. 6º, em que se afirma a obrigatoriedade de que a “adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados” sejam precedidas de Análise de Impacto Regulatório (AIR)⁴⁷, a qual conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

O referido instituto, conforme Patricia Pessoa Valente, diz respeito à “análise de medidas regulatórias a serem adotadas ou já adotadas pelos agentes reguladores com base em evidências empíricas, resultando na introdução de mecanismos de legitimação democrática e de responsabilização do regulador”⁴⁸.

A exigência de prévia realização de AIR em relação à edição de ato normativo também está presente na Lei n.º 13.874/2019, a autodenominada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, com redação praticamente idêntica⁴⁹ à existente na Lei Geral das Agências Reguladoras. Já foi possível a este autor a análise comparativa dessas Leis, conforme excerto a seguir reproduzido:

Além de comum às duas Leis analisadas, como se a significar um inegável avanço na experiência regulatória brasileira, a AIR se apresenta como o

⁴⁷ Nos termos do “Guia Orientativo para Elaboração e Análise de Impacto Regulatório (AIR)” da Casa Civil da Presidência da República, a AIR é “processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos”. Conforme disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf>. Acesso em: 26 de janeiro de 2020.

⁴⁸ VALENTE, Patricia Rodrigues Pessôa. *Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 89. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde26032012-092844/>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

⁴⁹ Dispositivo da Lei da Liberdade Econômica: Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

elemento contraditório daquilo que pode ser exigido, nas duas Leis, de todas as agências reguladoras, apesar dos procedimentos próprios que cada uma tem, das especificidades de cada um dos setores *etc.*

Por isso, é que tanto na Lei Nacional da Liberdade Econômica, quanto na Lei das Agências, afirma-se que regulamento “disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR”, o que pode representar o esvaziamento, na prática, da utilidade do referido instituto, pelo risco de não se ter o necessário rigor (sem que se deseje que vá resvalar, na antípoda, na excessiva minuciosidade, o que não contemplaria todas as Agências) no estabelecimento de balizas quanto à realização de AIR.

Nesse contexto, deve-se ter em conta a prática das referidas análises de impacto regulatório no Brasil, que não ensejam a análise baseada em evidências, mas são prestantes, frequentemente, somente para ratificar as intenções prévias do regulador em determinado tema.

Isso para não dizer do manejo equivocado da consulta pública na AIR, já que – em um ciclo regulatório deturpado – os interessados vão se manifestar, muitas vezes, depois que já houver o convencimento administrativo sobre a necessidade de elaboração de certa norma regulatória e, não, para sugerir quais saídas podem ser buscadas diante de um problema identificado em determinado setor.

Por isso, se não houver cientificidade e seriedade na conformação infralegal da AIR e, depois, na aplicação pelas Agências, haverá o risco de não se efetivar o que as Leis mencionadas almejam quanto ao referido instituto, que é incapaz – sozinho – de evitar a ocorrência da regulação arbitrária e desmesurada⁵⁰.

Então, apesar das ponderações feitas no excerto acima sobre os riscos de que haja a deturpação (como já existe) do instituto, não se pode desprezar que a AIR, se adotada com seriedade, pode servir para reforçar uma “reserva regulatória”, como elemento para a progressiva legitimação das agências em suas decisões.

Ademais, quanto à Lei Geral das Agências Reguladoras, é necessário atentar para a obrigatoriedade de realização de consulta pública antes da concepção ou alteração de “atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados” (art. 9º). O alcance da referida obrigação é bem específico, pois concerne somente à especial atividade normativa das agências, mas não a outros atos das agências.

O parágrafo primeiro do artigo 9º explica que a “consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora”.

⁵⁰ DOURADO, Guilherme Afonso. A análise de impacto regulatório sob o prisma da Lei da liberdade econômica (Lei Federal nº 13.874/19). In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota. *Lei de Liberdade Econômica - Anotada*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 2, p. 129-130.

Esse dever de realização de consulta pública – não extensível à audiência pública, que é uma faculdade⁵¹ – é signo de uma pretensão de tornar as agências mais democráticas, possibilitando os aportes da sociedade e o diálogo com o que essa lhe sinaliza nas contribuições dadas. A audiência pública pode ser entendida como “o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria relevante” (art. 10, §1º, da Lei das Agências).

Tal obrigação de realização de consulta pública não é novidade para uma parte das Agências, pois já existia na lei de regência delas⁵², o que não retira a relevância do dispositivo (art. 9º), que torna incontroversa a obrigatoriedade de realização de consulta pública em todas as agências reguladoras para a edição de ato normativo.

Para que a consulta pública não seja entendida como uma via de mão única, sem que se saiba o que essas autarquias especiais farão com as colaborações concedidas pelos interessados, o parágrafo quinto do art. 9º estabelece que o posicionamento das agências reguladoras quanto às contribuições decorrentes da consulta pública tem de ser “disponibilizado na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria”⁵³.

Ademais, é digno de nota o dever de as agências reguladoras elaborarem plano estratégico para cada período quadrienal, o qual conterà “os objetivos, as metas e os resultados estratégicos esperados das ações da agência reguladora relativos a sua gestão e a suas competências regulatórias, fiscalizatórias e normativas” (art. 17 da Lei das Agências). Na mesma tendência, o art. 21 da Lei em questão diz respeito à agenda regulatória, o qual é “instrumento de planejamento da atividade normativa que conterà o conjunto dos temas prioritários a serem regulamentados pela agência durante sua vigência”.

⁵¹ O art. 10 da Lei das Agências afirma que a “agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo”.

⁵² Por exemplo, o art. 42 da Lei da Anatel (Lei nº 9.472/97), expressamente revogado pela Lei das Agências, afirmava que “As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca”.

⁵³ O diálogo previsto no parágrafo quinto do art. 9º da Lei Geral das Agências visa a se contrapor à crítica de Egon Bockmann Moreira de que “existem apenas ‘colaborações’ ou contribuições espontâneas dos interessados (termos que qualificam a participação externa), cuja influência na decisão final é oriunda de um critério interno da agência, com lastro na competência técnica sobranceira de seus diretores” (MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 157).

Esses dois dispositivos visam a direcionar o regulador para uma análise de médio e de longo prazos da atividade regulatória, para que as agências reguladoras pensem o seu respectivo setor de uma forma previdente e, não, simplesmente reativa, embora sejam tantas as ingerências da Administração central a perturbar a previsibilidade, conforme já discutido.

Em suma, no que é central a este trabalho, a Lei Geral das Agências Reguladoras dá a tônica: a atividade das agências tem de se dar de forma processualizada, o que já estava “expressamente prevista nas leis de criação das Agências Reguladoras”⁵⁴, mas que ganha novos contornos com a Lei n.º 13.848/2019, que traz regramento sobre o procedimento mínimo esperado que ocorra em todas as agências reguladoras, no qual se estabelece a obrigatoriedade da realização de determinados atos (conforme tratado), a significar pretensamente o aprimoramento do modelo regulatório brasileiro.

No que diz respeito à atividade normativa das agências, tema que será tratado na sequência, o rigor procedimental – que deve ser lido sob uma acepção democrática de participação da sociedade no procedimento – é ainda maior, como no exemplo tratado sobre a obrigatoriedade da consulta pública antes de edição ou alteração de ato regulatório normativo (art. 9º da Lei Geral das Agências Reguladoras).

1.1.4. A ATIVIDADE NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM SENTIDO AMPLO E DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Tratar sobre a possibilidade de produção normativa pela Administração Pública é discorrer sobre um tema que, historicamente, foi visto com reservas pela doutrina administrativista brasileira.

A referida controvérsia, antes de ser atinente às agências reguladoras – embora tenha sido ressignificada após o advento delas –, diz respeito à possibilidade de criação normativa por parte de toda a Administração Pública.

Assim, a assertiva clássica de Miguel Seabra Fagundes, de que administrar é aplicar a lei de ofício⁵⁵, significa, por exclusão, que não está contemplada, nas atividades da Administração Pública, a função normativa, incumbindo-lhe somente dar cumprimento à

⁵⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade Administrativa da Administração Pública*. Estudo do Processo Administrativo Normativo. 2014. 480f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 30.

⁵⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. atual. Por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3.

norma legislativa, que já lhe seria apresentada como produto completo e exauriente das situações possíveis de serem apresentadas ao gestor público⁵⁶.

Na doutrina administrativista brasileira, a discussão sobre a possibilidade de criação normativa pela Administração Pública, notadamente sob a forma de regulamento, é fortemente orientada pela compreensão da plena vinculação da Administração Pública à legalidade em sentido estrito, com a “sacralização da lei, que determina a estrita conformidade das ações administrativas à lei (atuação *secundum legem*)”⁵⁷, como se ela dissesse tudo, como se a norma fosse unívoca, como se a legislação ordinária descesse à minúcia de aspectos cotidianos da vida do gestor público (servindo para orientá-lo) *etc.*

Com a Constituição de 88, adveio o art. 84, IV, no qual se estabeleceu a possibilidade de expedição de regulamentos “para sua [das leis] fiel execução”. Por sua vez, a Emenda Constitucional n.º 32/2011 previu, entre outros dispositivos, a possibilidade de o Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre “a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos” (art. 84, VII, da Constituição Federal).

A partir desse arcabouço constitucional sobre o tema do poder normativo do Executivo e diante da persistente confrontação do nosso modelo com os regulamentos autônomos à francesa⁵⁸, Maria Sylvia Zanella di Pietro, por exemplo⁵⁹, entende que, “no

⁵⁶ Existe um processo de formação legal cada vez menos consensual, cada vez menos assertivo e, por conseguinte, cada vez menos com imposições claras acerca daquilo que a Administração Pública tem de fazer. Assim, há a transferência para dispositivos infralegais da definição normativa sobre a matéria tratada. Conforme Carlos Ari Sunfeld, “as indeterminações normativas envolvem, assim, um adiamento pragmático de decisões difíceis” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 214).

⁵⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade Administrativa da Administração Pública*. Estudo do Processo Administrativo Normativo. 2014. 480f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 78.

⁵⁸ O artigo 37 da Constituição Francesa de 1958 estabelece: “*Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent*”.

⁵⁹ A partir de outra perspectiva sobre o poder normativo do Executivo, Gustavo Binbenjoni entende o seguinte: “Neste sentido, costuma-se repetir, sem maiores reflexões, que o regulamento não pode inovar na ordem jurídica. Conforme já tivemos a oportunidade de consignar, a noção de que o regulamento não pode inovar no ordenamento jurídico deve ser tomada com cautela, por duas ordens de razões: em primeiro lugar, o direito positivo brasileiro acolhe os regulamentos autônomos, que podem inovar amplamente na sua esfera de matérias constitucionalmente estabelecidas, conforme se desenvolverá adiante; em segundo lugar, mesmo os regulamentos de execução inovam de certa maneira no direito; do contrário seriam despidos. (...) O que se está aqui propugnando é que a noção de regulamento de execução não pode ser circunscrita a uma atividade basicamente repetidora da lei, ou ‘um mero elemento de sua execução, como um procedimento de sua aplicação’, conforme defendia Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Sempre, em

direito brasileiro, excluída a hipótese do artigo 84, VI, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, só existe o regulamento de execução, hierarquicamente sendo ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo”⁶⁰.

Na prática, a atividade normativa da Administração Pública é (por exemplo, sob a forma de medidas provisórias) e foi (com o formato de Decreto-lei em contextos ditatoriais no Brasil) extremamente fecunda, conforme afirma Juliana Bonacorsi de Palma⁶¹, independentemente do que afirma o cânone administrativista da plena vinculação da Administração Pública à lei em sentido estrito.

Sem fazer louvor à afirmação seguinte, mas o fato é que corriam – e ainda correm – apartadas teoria e prática no assunto: boa parte da doutrina insistente na defesa da plena vinculação dos regulamentos à lei, não dialogando com a real e fecunda produção normativa da Administração Pública; a *práxis* administrativa, há muito, a demonstrar que gestor público legisla por vias oblíquas no Brasil, sem se importar com os supostos limites postos à atuação administrativa.

Como se não bastasse, houve relevante alteração no tema a partir da concepção das agências reguladoras, as quais foram concebidas com a função “quase-legislativa” (*quasi-legislative power*), à medida em que dispõem de função normativa, conforme as respectivas leis de regência.

Nesse sentido, tem-se a Lei n.º 9.472/97 que, por exemplo, atribuiu à ANATEL a expedição de “normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público” (inciso IV) e “sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado” (inciso X); ou a Lei n.º 9.427/96, que estabeleceu a competência da ANEEL de “aprovar as regras e os procedimentos de energia elétrica” (art. 3º, XIV); ou, ainda, a Lei n.º 10.233/2001, que previu a competência da ANTT para “regular e coordenar a atuação dos concessionários” (art. 25, V).

Diante desse quadro da regulação normativa, Juliana Bonacorsi de Palma sintetiza o debate no direito administrativo brasileiro sobre o tema em três perguntas: “(i) pode a lei conferir poderes normativos às agências reguladoras?; (ii) os atos normativos editados

maior ou menor medida – ressalvadas, é claro, as hipóteses de reserva de lei, notadamente a absoluta – haverá espaço para atividade criativa do poder regulamentar de execução” (*Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 157-158).

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 127.

⁶¹ A referida autora afirma: “O Brasil é o país dos regulamentos. Este é um fato da realidade que o debate sobre a atividade administrativa invariavelmente teve de considerar, qualquer que seja o entendimento sustentado. A produção normativa é amplíssima [...]” (*Atividade Administrativa da Administração Pública*. Estudo do Processo Administrativo Normativo. 2014. 480f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 105).

pelas agências reguladoras podem inovar a ordem jurídica?; e (iii) qual o limite e a abrangência das normas editadas pelas agências reguladoras?”⁶².

De forma sucinta, é necessário enfrentar esses pontos já amplamente debatidos no Direito público brasileiro. Quanto ao fundamento para os poderes normativos das agências, não parece adequada a concepção de que “com relação à ANATEL e à ANP, pode-se reconhecer a sua função reguladora, porque se trata de entidades previstas na Constituição como órgãos reguladores” e, ainda assim, “as matérias que podem ser objeto de regulamentação são única e exclusivamente as que dizem respeito aos respectivos contratos de concessão, observados os parâmetros e princípios estabelecidos em lei”⁶³.

Essa assimetria de tratamento em relação às agências reguladoras não se mostra sustentável, como se somente as Agências Reguladoras com previsão constitucional tivessem a potencialidade de dar efetividade às suas respectivas Leis de regência; às outras, seria dado um papel de “meras autarquias”, sem “atributos jurídicos excepcionais”⁶⁴. Assim, no plano constitucional – no qual o operador do Direito espera, muitas vezes, encontrar tudo, embora a Constituição Federal já seja excessivamente analítica –, não é necessário mais do que já afirma o art. 174⁶⁵, em que se entende o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Depois, quanto à vedação da possibilidade de os atos normativos regulatórios inovarem a ordem jurídica, tem-se um lugar-comum de baixa utilidade prática. As normas de efeitos abstratos das agências, por estarem no plano infralegal – isto é, mais perto de onde a vida regulatória se processa efetivamente –, obviamente vão criar direitos e obrigações.

Se não fosse para inovar, em algum nível, na ordem jurídica, seria inútil a criação de uma norma regulatória. A regulação é o constante processo de escolha e de preterição, de administração de conflitos *etc.* Não é verossímil a ideia de que a regulação normativa é

⁶² PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade Administrativa da Administração Pública*. Estudo do Processo Administrativo Normativo. 2014. 480f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 91.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 398.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 392-393.

⁶⁵ Em sentido diverso: “Para desincumbirem-se dessas tarefas, as agências lançam mão, exatamente, de uma capacidade normativa derivada de seus respectivos textos legais de regência, cuja constitucionalidade dependeria apenas de o legislador haver estabelecido *standards* suficientes, capazes de balizar a ação normativa infralegal (VERISSIMO, Marcos Paulo. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.), *O Poder Normativo das Agências de Regulação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 291).

mera cumpridora de comandos legais (em concepção estrita)⁶⁶ já que somente com esses comandos não se tem um ferramental mínimo para disciplinar a dinâmica de um ambiente regulado.

Ademais, quanto ao limite e à abrangência das normas editadas pelas agências reguladoras, é relevante observar que, nos diferentes tons possíveis do significado da regulação normativa – o que vai, nos polos, desde os regulamentos autônomos franceses (que significam efetivamente o amplo poder de legislar) até, na antípoda, ao modelo brasileiro de suposta submissão plena da norma administrativa à lei – Egon Bockmann Moreira tenta posicionar as normas regulatórias no Direito brasileiro da seguinte forma:

O ideal, num plano abstrato, seria a possibilidade da criação de um gênero próprio ao momento em que se vive – tanto diverso do tradicional modelo francês de autonomia absoluta, como, na outra ponta, do modelo ortodoxo brasileiro de execução automática. Mas mesmo essa proposta intermediária mereceria ser rejeitada, quer pelos perigos que ela abriga, quer pela ausência de um regime jurídico diferenciado que a permitisse existir sem forçar os paradigmas, quer devido à ausência de uma consolidação normativa do tema⁶⁷.

Diante do referido posicionamento, entende-se, no presente trabalho, que há limitações às normas regulatórias, seja de não contrariar um bloco extenso de legalidade (no qual estão, também e sobretudo, a Constituição e os direitos fundamentais) existente na contemporaneidade⁶⁸, seja de não ultrapassar os limites do setor regulado, seja de não se apartar das competências previstas nas Leis de regência de cada uma das Agências.

Ademais, referidas normas das Agências são potencialmente censuráveis, por exemplo, pelo Judiciário, diante da inafastabilidade desse juízo, embora se fale da discricionariedade técnica do regulador como elemento a esmaecer a intensidade desse controle⁶⁹.

⁶⁶ Nesse sentido, tem-se o seguinte entendimento: “A competência da qual dispõem as agências reguladoras não é apenas a de mera, singela e desadornada execução sumária dos preceitos legais, outorgando-lhes uma “concretude automática” dentro de estreitos limites” (MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 140).

⁶⁷ *Ibidem*, p. 139-140.

⁶⁸ É necessário dar conta da seguinte crise decorrente da ampliação da legalidade: a “teoria do direito administrativo haverá de evoluir para oferecer resposta à iminente crise de segurança jurídica decorrente da amplificação da legalidade” (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 417).

⁶⁹ Sobre o tema, tem-se o seguinte posicionamento de Rafael Hamze Issa: “O que não nos parece possível é que o Judiciário deixe de efetuar um controle mais robusto a respeito do ato regulatório, simplesmente por considerar que sendo ele portador de “discricionariedade técnica”, mostra-se impossível o controle judicial. Isto nada tem de deferência ao entendimento da agência, uma vez que a deferência implica na análise dos elementos do ato regulatório e sua confirmação, caso se mostrem minimamente razoáveis” (ISSA, Rafael Hamze. *O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 188-189).

Enfim, como discutido, ainda são postos enormes desafios à regulação normativa, em torno da qual não estão consolidados diversos pontos, seja quanto ao seu fundamento constitucional, seja quanto à possibilidade de inovação no ordenamento jurídico, seja quanto aos seus limites e abrangência *etc.* Na pretensão de arrefecer as referidas dúvidas e visando a consolidar a possibilidade normativa das agências, discute-se, na sequência, sobre a legitimação da regulação normativa pelo processo.

1.1.5. A PROCESSUALIZAÇÃO DA ATIVIDADE NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A LEGITIMAÇÃO DA REGULAÇÃO NORMATIVA PELO PROCESSO

A processualização da atividade administrativa é um traço marcante do Direito Administrativo atual, a qual ganhou nova semântica, no Brasil, sobretudo após a edição da Lei Federal n.º 9.784/99.

Não é que o constituinte originário não tivesse dado atenção ao processo administrativo – no art. 5º, LV, está assegurado o contraditório e a ampla defesa também nessa seara e não somente no processo judicial – nem que, na doutrina, não estivesse surgindo a percepção quanto à necessidade de processualização da ação administrativa⁷⁰, mas havia mesmo a necessidade de uma Lei de Processo Administrativo, “que pudesse vulgarizar essa concepção, tornando-a lugar-comum, retirando-a do domínio exclusivo de jurista e espalhando-a nas mãos da burocracia leiga”⁷¹.

À medida que a noção de necessidade de processo administrativo, antecedendo a decisão administrativa, vai se consolidando, o ato administrativo – concebido, em um certo sentido, como manifestação única e peremptória do gestor público, sem oitiva dos cidadãos – perde a centralidade de outrora⁷² no estudo do Direito Administrativo e é ressignificado, para ser compreendido como unidade no encadeamento de atos que constituem um processo administrativo.

Nesse contexto, Odete Medauar, citando Feliciano Benvenuti, afirma que a “manifestação sensível da função estatal, o modo de fazer-se ato, é o procedimento; o

⁷⁰ Faz-se referência à seguinte obra: MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993.

⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; e MUÑOZ, Guillermo Andrés (coords.). *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros Editores e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2000, p. 24.

⁷² Conforme discussão remontada em: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

procedimento é a história da transformação do poder em ato; o procedimento se traduz como processo quando há atuação de sujeitos diversos daquele ao qual compete editar o ato”⁷³.

Sabida a relevância do processo administrativo e o papel que ele ocupa no Direito Público contemporâneo, passa-se a tratar das finalidades a que o referido processo se destina, as quais justificam a crescente importância dele nos últimos tempos.

São diversas as finalidades do processo administrativo, desde significar uma garantia em favor do cidadão, até representar o aprimoramento da qualidade das decisões administrativas, passando pelo desvelamento das razões administrativas, o que facilita eventual controle posterior do que foi decidido.

No entanto, a finalidade que mais interessa ao presente trabalho diz respeito ao imbricamento entre processo administrativo e democracia: aquele significando uma das formas de concretização desta. Desde o *caput* do primeiro artigo da Constituição Federal, já há a referência ao Estado Democrático de Direito.

Esse significa, na acepção que mais importa aqui, a determinação de que a ação estatal seja pautada pela valorização da participação popular⁷⁴ na construção da decisão administrativa, como ato final de um procedimento bem desenvolvido, sem supressão de manifestações relevantes dos cidadãos.

Nessa acepção democrática, Vitor Rhein Schirato explica a vinculação entre a obrigatoriedade da processualização da ação administrativa e a consagração de direitos fundamentais dos cidadãos:

Destarte, para os fins do presente estudo, a noção de Estado de direito levará em consideração não apenas o Estado obrigado a respeitar a ampla gama de direitos conferidos aos cidadãos, mas também o Estado obrigado a atuar positivamente com a finalidade de realizar os direitos fundamentais dos indivíduos. Neste contexto, temos por claro e irrefutável que o dever de processualização da atuação estatal não consiste apenas na obrigação de abstenção de realizar atos contrários ao direito, mas sim em direito subjetivo público dos cidadãos,

⁷³ MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 412-413.

⁷⁴ A ampliação dos que dialogam com a atuação administrativa leva, a um só tempo, à democratização e ao fortalecimento do Direito e dos seus códigos, conforme se obtém da seguinte passagem doutrinária: “A participação no exercício das funções estatais “populariza”, se assim podemos dizer, o Direito, dessacralizando-o. O Direito desce do pedestal e passa, de fato, a ser comentado e interpretado em meio aos conflitos, divergências e disputas sociais. Desnudado e politizado, o Direito nada perde, mas, ao contrário, ganha nova força, fruto de sua adequação à realidade social” (PEREZ, Marcos Augusto. *A administração Pública Democrática: Institutos de Participação Popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 62).

expressamente contemplado pela Constituição Federal (inciso LV do art. 5.º), exigível em qualquer caso que apresente alguma contraposição de interesses⁷⁵.

Assim, é evidente que – no Estado em que vivemos, com a pretensão democrática que ele encerra – o referido dever de processualização deve permear toda a Administração Pública. Sobremaneira, recrudescer-se essa imposição quando se tratar de atos administrativos normativos, os quais – abstratos e impessoais – têm potencialidade de atingir diversos interessados e, ainda, de forma contínua.

Na escala crescente do dever de processualização, depois do ato administrativo normativo, existe a regulação normativa, pois essa via procedimental serve, especialmente, para a legitimação da produção de normas pelas agências reguladoras.

Sobre essas autarquias especiais, não é prescindível dizer que ainda persistem questionamentos acerca do déficit de legitimidade democrática – tanto mais para a produção de normas –, conforme discussão trazida por Vital Moreira:

As agências reguladoras independentes suscitam naturalmente problemas de ‘accountability’ pública. Desde há muito que esse problema se deparou na pátria delas, os Estados Unidos. Mas o remédio para o déficit de legitimidade democrática e de prestação de contas das autoridades reguladoras independentes não é a sua governamentalização, sujeitando-as à superintendência ministerial, mas sim através de mecanismos de “democracia procedimental” (transparência e participação pública dos interessados, regulados e consumidores) e sobretudo através de um estreitamento das relações entre as mesmas e as comissões parlamentares competentes⁷⁶.

Dessa forma, tendo em conta o constante espectro do déficit democrático das agências reguladoras – sobretudo, em seu poder normativo –, o dever de processualização da atividade administrativa alcança, por assim dizer, o paroxismo na regulação normativa. Antes de se avançar, tem-se que essa premissa (com esse rigor em relação aos atos normativos regulatórios) é central a este trabalho e dá as linhas de como ele irá se desenvolver.

Às agências reguladoras, não é dada a possibilidade de ser indiferente ao Estado de democrático de Direito e de seus legítimos clamores, em nome de um tecnicismo que imporia uma discricionariedade⁷⁷ imune de censura.

⁷⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete, e SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). *Atuais rumos do processo administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 23-24.

⁷⁶ MOREIRA, Vital. Agências Reguladoras Independentes em Xequê no Brasil. In: MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *A Mão Invisível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 229.

⁷⁷ Sobre a discricionariedade técnica, Egon Bockmann Moreira afirma que “não pode haver dúvidas quanto à possibilidade de controle da chamada ‘discricionariedade técnica’. Não existe decisão altamente técnica que não possa ser imparcialmente avaliada em juízo, nem tampouco existe uma perícia exclusiva, sigilosa,

Sem qualquer defesa de populismos regulatórios (sob pena de se deturpar a finalidade da regulação), mas as agências reguladoras, por integrarem uma Administração Pública alegadamente democrática, não podem pretender um insulamento burocrático – embora se saiba, *modus in rebus*, da relevância do apartamento da autoridade regulatória das diversas formas de captura e de ingerência – que leve ao distanciamento em relação à realidade social de uma forma ampla⁷⁸.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho entende que agência reguladora independente e Democracia são conceitos inter-relacionáveis⁷⁹, pois diante da “alusão a um comitê de sábios, a propósito das agências” – a qual “congrega os titulares do saber técnico-científico e atua segundo parâmetros de natureza preponderantemente cognitiva” –, “não se justifica a existência de uma agência que atue como um *comitê de déspotas*”⁸⁰.

Somente a título de exemplo, é importante observar que, nos Estados Unidos da América, cargos administrativos são providos mediante eleição popular. Lá também, diante da relevância tomada pelas decisões das agências no âmbito econômico a partir da década de 30 do século passado, houve a edição da Lei de Processo Administrativo (*Administrative Procedure Act*) em 1946, com previsão de garantias aos cidadãos, como a possibilidade participação no processo de “*rule making*”⁸¹, o qual se aproxima do que aqui se discute.

desconhecida dos demais cientistas e expertos. Não será essa nomenclatura instrumento hábil a afastar o exame e controle jurisdicional” (Os limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 165).

⁷⁸ Não se pode parecer ingênuo de achar que a participação popular nos processos administrativos das agências reguladoras é – com tanta assimetria informacional – efetivamente popular, pois – na verdade – alcançam somente alguns grupos bem organizados e tanto mais informados do que a população de forma geral. Nesse sentido, tem-se o seguinte excerto doutrinário: “A participação em consultas e audiências públicas custa tempo e dinheiro: apenas interesses econômicos e/ou interesses políticos relativos a grupos específicos autorizam o investimento.

A ampla maioria da população não sabe que existem as consultas; se souber, não conhece do assunto tratado; se conhecer, não tem pleno acesso aos dados e alternativas; se tiver, não tem nenhuma garantia da medida em que suas considerações serão levadas em conta” (MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 147).

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 236.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 244.

⁸¹ Conforme se colhe no seguinte excerto da Lei de Processo Administrativo americana acerca do *rule making*: “(b) PROCEDURES.—After notice required by this section, the agency shall afford interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity to present the same orally in any manner; and, after consideration of all relevant matter presented, the agency shall incorporate in any rules adopted a concise general statement of their basis and purpose. Where rules are required by statute to be made on the record after

Assim, diante dos exemplos americanos dados, não é pelo voto o caminho necessário para a afirmação democrática das agências reguladoras brasileiras: no ângulo relevante a este trabalho, a legitimação democrática da regulação normativa deve ocorrer pelo processo administrativo.

Na mesma tendência, Juliana Bonacorsi de Palma traz pergunta e resposta sobre o déficit de legitimidade das agências reguladoras brasileiras e de que forma se é possível combatê-lo:

Assim, a pergunta “há um déficit de legitimidade das Agências Reguladoras?” foi prontamente respondida pela perspectiva procedimental: o processo administrativo normativo, aberto à participação administrativa, seria o mecanismo de racionalização da tomada de decisões administrativa e de controle do exercício de poderes pelas autoridades reguladoras independentes, determinando, portanto, uma legitimação pelo processo⁸².

Portanto, por esse raciocínio descrito, estão lançadas as bases que orientarão a pesquisa ora realizada: diante da inexistência de agências reguladoras herméticas à sociedade, as quais são indubitavelmente integrantes de uma Administração Pública sobre a qual se apõe o rótulo de democrática, e que devem, sob uma perspectiva procedimental (não excludente de outras, mas que fogem a esse trabalho), afastar o espectro recorrente do déficit democrático mediante o processo.

É por essa lente que, no capítulo III, será observado se as agências reguladoras têm cumprido, por assim dizer, o dever de casa, com essa obrigação que deve ser percebida, cada dia mais, como comezinha na atuação normativa das agências reguladoras – que é a procedimentalização que antecede o ato normativo regulatório –, como forma de se impor diante do controle realizado pelo TCU.

1.2. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Nas primeiras linhas em que se trata sobre o TCU, é necessário afirmar que ele, sob a regência da Constituição Federal de 1988, obteve novas competências e foi alçado a outro patamar na estrutura burocrática brasileira. Se, antes, sob o regime da Constituição

opportunity for an agency hearing, the requirements of sections 7 and 8 shall apply in place of the provisions of this subsection”.

⁸² PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade Administrativa da Administração Pública*. Estudo do Processo Administrativo Normativo. 2014. 480f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 277.

de 1967⁸³, havia a previsão de que o controle da referida Corte de Contas deveria se dar a partir do filtro da legalidade, com o advento da Constituição de 1988, novos vetores passaram guiar a atuação do TCU.

Especificamente, o artigo 70 traz uma amplitude semântica que possibilita, ao TCU, compreender – e “julgar” – a Administração Pública controlada por diversos prismas (“quanto à legalidade, legitimidade, economicidade”), sendo oponente contra “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada” que se vincule a “dinheiros, bens e valores públicos” (parágrafo único do referido dispositivo).

Além disso, o artigo constitucional 71 estabelece competências para a referida Corte de Contas, dentre as quais está a possibilidade de auditoria operacional⁸⁴, que é o “exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o

⁸³ Conforme demonstram os seguintes dispositivos da Constituição pretérita: “Art 71 - A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei. § 1º - O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

Art. 73, § 4º - No exercício de suas atribuições de controle da administração financeira e orçamentária, o Tribunal representará ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos por ele verificados.

§ 5º - O Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deverá (...)”.

⁸⁴ Sobre a amplitude que as auditorias operacionais têm ganhado no controle realizado pelo TCU, Vera Monteiro e André Rosilho afirmam: “No entanto, é a competência constitucionalmente prevista para a realização de auditorias operacionais que tem servido de base para a fiscalização sobre a atividade reguladora em si, ou seja, para acompanhar a prestação de serviços públicos. Há um consenso no próprio TCU de que ele tem aptidão para verificar se os resultados obtidos pelos reguladores estão de acordo com os objetivos da agência, consoante estabelecidos em lei. Caberia ao TCU examinar o cumprimento da missão reguladora e fiscalizadora das agências sobre as empresas concessionárias quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia, para assegurar a adequada prestação de serviços públicos à população. Assim, se o TCU perceber omissão ou incapacidade da agência, deve agir a fim de evitar maiores transtornos à sociedade. É o reconhecimento, pela própria corte, de que ele é um autor importante na formulação de políticas públicas” (MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André; *Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União*. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. (org.) *Direito da Infraestrutura*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2, p. 55). Em sentido oposto, após análise da jurisprudência do TCU, Benjamin Zymler e Guilherme Almeida afirmam: “Sintetizando o acima exposto, pode-se afirmar que cabe ao Tribunal contribuir para o atingimento de um nível de excelência na prestação de serviços públicos. Para tanto, no que concerne à fiscalização operacional das atividades-fim das agências reguladoras, o TCU deve assumir uma posição de parceiro dessas entidades paralelamente à de fiscal” (ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 165).

aperfeiçoamento da gestão pública”⁸⁵, isto é, significa “um exame do todo, do conjunto da atividade administrativa”⁸⁶.

Depois do plano constitucional, há o complemento legal à ampliação de atribuições postas ao TCU: não se pode perder de vista a Lei nº 8.443/1992 – que é a Lei Orgânica da referida Corte de Contas (LOTUCU) e que estabelece, entre outras coisas, sua “natureza, competência e jurisdição” (Título I) –, na qual se traz, em caráter inaugural, o poder regulamentar do TCU, de que deriva a possibilidade de “expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade” (art. 3º).

Da referida possibilidade normativa do TCU, pairam – ou deveriam, por isonomia – dúvidas semelhantes às concernentes à regulação normativa, com base na perspectiva da plena vinculação administrativa à lei e da estanque separação de poderes. No entanto, não se pode perder de vista que a atividade normativa é tanto mais precisa e delimitada nas leis de regência das agências do que na Lei nº 8.443/1992: por exemplo, não se sabe, com base nessa Lei, a quem se destina o excerto “obrigando ao seu cumprimento”, isto é, quem está sujeito à teia normativa do TCU.

Prosseguindo no plano legal, tem-se a previsão na Lei de Licitações de que “qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica” (artigo 113, §1º) represente ao TCU em razão de irregularidades na aplicação da Lei n.º 8.666/93. Mas o controle não ocorre necessariamente *a posteriori*: não se pode perder de vista o papel que o TCU vem desempenhando na análise de minutas ainda não publicadas de editais de licitações⁸⁷ – compartilhando o protagonismo nas escolhas administrativas –, possibilidade de que não se cogita na ordem constitucional vigente, apesar do histórico brasileiro de controle prévio realizado pela Corte de Contas⁸⁸.

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portaria nº 144, de 10 de julho de 2000. Aprova o manual de auditoria de natureza operacional do Tribunal de Contas da União. Com anexo atualizado pela Portaria Segecex 4/2010. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/PORTN/20100707/PRT2000-144.doc>. Acesso em: 9 de junho de 2019.

⁸⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 182.

⁸⁷ Conforme tratado em: JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, n. 47, out./dez. 2014.

⁸⁸ Já na origem do TCU, é interessante observar que Rui Barbosa tinha, no que diz respeito ao modelo de controle das finanças públicas, uma predileção pelo formato italiano (controle *a priori*), em detrimento do arranjo francês de Corte de Contas (controle *a posteriori*), uma vez que nesse modelo “a fiscalização se limita a impedir que as despesas sejam ordenadas, ou pagas, além das faculdades do orçamento”; ao passo que, naquele, “antecipa-se ao abuso, atalhando em sua origem os atos do poder executivo susceptíveis de

Dando conta do contexto em que surgiram as mencionadas Leis nº 8.443/1992 e nº 8.666/93, André Janjácómo Rosilho traz as seguintes observações:

Dois fatores foram decisivos para que os diplomas que disciplinaram as competências e atribuições do TCU assumissem suas feições atuais: 1) o fato de a Constituição e a LOTCU terem sido editadas em um período histórico do Brasil marcado pelo desprestígio do Poder Executivo; e 2) a difusão, naquele período, de crença entre os parlamentares segundo a qual o interesse público seria mais bem atendido pelas mãos dos controladores do que pelas mãos da administração pública.

(...)

O projeto de lei que está na sua origem tramitou no Congresso Nacional entre os anos de 1989 e 1992, período coincidente com o curto governo do Presidente Fernando Collor de Mello, cujo mandato foi gravado por sucessivos escândalos de corrupção envolvendo desvios e malversação de recursos públicos. Nessas circunstâncias, era natural que o TCU, importante fiscal das receitas e despesas da União, ganhasse especial atenção dos legisladores. Robustecê-lo era uma maneira relativamente simples – mas muito simbólica – de os parlamentares darem uma resposta direta aos anseios da sociedade por menos impunidade e por mais lisura no trato com a coisa pública⁸⁹.

Dessa forma, vê-se o quanto a legislação brasileira de Direito Público – não circunscrita ao momento histórico narrado no excerto doutrinário acima – é formada, muitas vezes, por leis simbólico-reativas⁹⁰, servíveis muito mais a dar resposta a uma das recorrentes crises do Estado brasileiro na história⁹¹ do que propriamente a se apresentar com institutos suficientemente amadurecidos para aprimoramento da gestão pública.

De mais a mais, ainda na esfera legal, não se pode deixar de registrar a relevância da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) no controle do orçamento público, o qual deu novo ferramental para a atividade fiscalizatória da gestão fiscal pelo TCU.

gerar despesa ilegal”. Por isso, o modelo italiano “é o que satisfaz cabalmente os fins da instituição, o que dá toda a elasticidade necessária ao seu pensamento criador” (*Revista do Tribunal de Contas da União*. v.1, n.1. Brasília: TCU, 1970, p. 257. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1113/1171>. Acesso em: 3 de agosto de 2019).

⁸⁹ ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 326.

⁹⁰ Sobre a legislação simbólica, há o seguinte entendimento doutrinário: “Sendo assim, o sistema jurídico pode assimilar, de acordo com os seus próprios critérios, os fatores do ambiente, não sendo diretamente influenciado por esses fatores. A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas, pois depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico” (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 136-137).

⁹¹ Como exemplo dessa assertiva, este autor, tratando sobre o estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista, afirmou que “a Lei 13.303/2016 foi concebida, com alguns excessos, como no extenso tratamento da parte de licitações, em clara resposta aos efeitos havidos na Petrobras com o processo simplificado até então existentes para o processo de contratação pública” (DOURADO, Guilherme Afonso. *O estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista: uma análise da lei 13.303/2016 como legislação simbólico-reativa a partir da teoria dos sistemas* [artigo não publicado], p. 10).

De outro lado, quanto à posição do TCU em relação aos poderes do Estado, tem-se a percepção inicial de que essa Corte de Contas está subordinada ao Legislativo, pois o art. 71 da Constituição afirma que “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União”.

Sob um prisma topográfico, as referências constitucionais à organização e às competências do TCU estão contidas na Seção IX – Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, a qual se insere, por sua vez, no capítulo I – Do Poder Legislativo⁹². Assim também o fizeram, por exemplo, as Constituições mais recentes (de 1946 e de 1967).

No entanto, como explica Odete Medauar, “a Constituição Federal em nenhum dispositivo utiliza a expressão ‘órgão auxiliar’; dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas”⁹³. Dessa forma, ela demonstra que não se pode confundir a função com a natureza do TCU.

Pela ótica jurisprudencial, o STF decidiu na Representação nº 1.179/ES, conforme voto do Ministro Alfredo Buzaid, que o Tribunal de Contas não se tratava de “órgão preposto do legislativo” e, sim, de “órgão auxiliar do Poder Legislativo”, como demonstra o seguinte excerto do entendimento do relator:

Ora, o Tribunal de Contas não é preposto do Legislativo. É, como resulta do § 1º do art. 70 da Constituição da República, órgão auxiliar do Legislativo. A função que exerce recebe-a diretamente da Constituição, que lhe define as atribuições. Isto não quer dizer, porém, que o Tribunal de Contas, posto que autônomo no exercício de sua competência e relevante no sistema da fiscalização financeira e orçamentária, seja outro Poder no seio das instituições nacionais⁹⁴.

Mais recentemente, é relevante observar o enquadramento dado pelo STF – na linha do voto do Ministro Marco Aurélio de Mello – ao TCU na estrutura do Estado brasileiro, na ADIN nº. 1.175-8, em que se tratava sobre a competência para julgar as contas dos tribunais de contas. É relevante a seguinte transcrição:

Estaria o Tribunal de Contas em situação superior até mesmo aos poderes, ao Poder Judiciário, já que o Supremo Tribunal Federal presta contas ao Tribunal de Contas da União, e em situação superior ao Poder Legislativo? A meu ver, não, presidente. Sob minha óptica, trata-se de um órgão auxiliar do Legislativo, que atua também no campo da administração, fazendo despesas, manuseando o dinheiro público. Tem de haver uma interpretação construtiva que revele a existência de um órgão para tomar essas contas; e, se o Tribunal de Contas é

⁹² De forma diversa ocorreu, por exemplo, na Constituição de 1934, na qual a Corte de Contas foi colocada em capítulo atinente aos órgãos de cooperação nas atividades governamentais (Capítulo VI), o que demonstra a não sujeição a qualquer dos poderes constituídos.

⁹³ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 144.

⁹⁴ STF – Rep. 1179/ES, Relator: Min. Alfredo Buzaid, j. 29/06/1984, Tribunal Pleno, DJ 17/08/1984.

órgão auxiliar do Legislativo, a Casa Legislativa deve arcar com essa incumbência⁹⁵.

Dessa forma, estabelecido o conjunto normativo atinente ao TCU no ordenamento jurídico e discutida a posição dessa Corte de Contas no arranjo do Estado brasileiro, conclui-se essa seção com a percepção de que o “princípio da separação de Poderes interdita que órgãos de Estado “parem” sob os três Poderes legitimamente reconhecidos”, pois não “há espaço institucional para ‘satélites organizacionais’ que, por suas características ou maior grau de autonomia, pretensamente orbitem os Poderes constituídos”⁹⁶.

1.2.1. O FORTALECIMENTO INSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NOS ÚLTIMOS ANOS: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

Conforme afirma Juliana Bonacorsi de Palma, há uma “orfandade precoce: o Direito Administrativo no Brasil sem Conselho de Estado”⁹⁷. Dessa forma, não houve, por longo período na história administrativa brasileira, um controle suficientemente robusto capaz de fazer frente aos arbítrios do Executivo.

Assim, a possibilidade de um contencioso administrativo é uma hipótese recorrente⁹⁸ na discussão sobre o exercício da jurisdição no Brasil. E, após a extinção do Conselho de Estado brasileiro (com as limitações à brasileira que tivera, quando existente), o Tribunal de Contas passou, de certo modo, a ser visto como a figura a quem seria determinada, por assim dizer, a função judicante não recorrível no âmbito administrativo.

Para comprovar a afirmação feita, é importante observar que o Regulamento n.º 1.166/1891, editado logo após a concepção do Tribunal de Contas, determinou que não eram sindicáveis as decisões da referida Corte de Contas. Nesse contexto, Alfredo Cecílio

⁹⁵ STF. Tribunal Pleno, ADIN n. 1.175/DF. Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso (voto vencido), decisão de 04/08/2004, DJ de 19/12/06.

⁹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Juridicidade e Controle dos Acordos Regulatórios: O Caso TAC ANATEL* (no prelo).

⁹⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade Administrativa da Administração Pública*. Estudo do Processo Administrativo Normativo. 2014. 480f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 109.

⁹⁸ É relevante o posicionamento de Fernando Dias Menezes de Almeida: “Nesse sentido, a adoção da jurisdição administrativa no Brasil – segundo um dos diversos modelos possíveis, senão um especialmente desenvolvido para nosso País –, parece-me, deve ressurgir como uma discussão de atualidade. E, desde já, manifesto-me favoravelmente a ela” (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. O Brasil necessita ressuscitar a jurisdição administrativa? Debate à luz da história do direito administrativo brasileiro. In: MARRARA, Thiago; AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. (org.). *Controles da administração e judicialização de políticas públicas*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2016, v. 1, p. 291).

Lopes afirmou, com preocupação, que se observava “a ressurreição do contencioso administrativo, com a violação declarada da letra e do espírito do dispositivo constitucional instituidor do Tribunal de Contas entre nós”⁹⁹.

Depois, observa-se que, a não concretização de um Conselho de Estado à francesa, com todas as potencialidades de que dispõe, ainda turba a compressão do TCU como uma Corte de Contas simplesmente. Já há quem afirme que “é passagem paulatina para que o Tribunal de Contas passe a compor, em futura alteração constitucional, o Poder Judiciário”¹⁰⁰.

Com efeito, o maior ponto de influxo na conformação da referida Corte de Contas foi mesmo a Constituição Federal de 1988, com as contribuições de algumas leis da década de 90 do século passado, conforme já tratado.

Por isso, Benjamin Zymler e Guilherme Henrique de La Rocque Almeida – respectivamente, ministro e auditor da citada Corte de Contas – afirmam que “é interessante notar que os governos autoritários sempre enfraqueceram o TCU. Por outro lado, a redemocratização do país sempre acarretou o fortalecimento da Corte de Contas”¹⁰¹.

Dessa forma, o controle realizado pelo TCU passou a ocorrer a partir de novos vetores, e novas ferramentas foram postas à disposição da referida Corte de Contas, como a possibilidade de realização de auditorias operacionais.

Diante da fluidez dos dispositivos constitucionais quanto aos diversos prismas em que a Administração Pública tem ser controlada (“quanto à legalidade, legitimidade, economicidade”), vê-se que a interpretação expansiva das competências do TCU tem contado com a chancela – ou, ao menos, com a condescendência – do Judiciário (a quem cabe a revisão das decisões do TCU), notadamente do STF.

Salvo para afirmar a própria autoridade e a autoridade do Judiciário de forma geral, como no MS 23.665/DF¹⁰² ou no recente AgR-AR 2433/DF¹⁰³, o STF tem postura bastante deferente à atuação do TCU.

⁹⁹ LOPES, Alfredo Cecílio. *Ensaio sobre o Tribunal de Contas*. São Paulo: [s.n.], 1947, p. 222.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 590.

¹⁰¹ ZYMLER, Benjamin e ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 139.

¹⁰² Vale a transcrição do que foi julgado: “MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA. REGISTRO. VANTAGEM DEFERIDA POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DETERMINAÇÃO À AUTORIDADE ADMINISTRATIVA PARA SUSPENDER O PAGAMENTO DA PARCELA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Vantagem pecuniária incluída nos proventos de aposentadoria de servidor público federal, por força de decisão judicial transitada em julgado. Impossibilidade de o Tribunal de Contas da União impor à autoridade administrativa sujeita à sua fiscalização a suspensão do respectivo pagamento. Ato que se afasta da competência reservada à Corte de Contas (CF, artigo 71, III). 2. Ainda que

Por exemplo, a Corte Constitucional tem entendimento de “que não se aplica o art. 54 da Lei n. 9.784/1999 aos processos em que o Tribunal de Contas da União exerce sua competência constitucional de controle externo, pois a concessão da aposentadoria é ato jurídico complexo que se aperfeiçoa com o registro no Tribunal de Contas”¹⁰⁴. Essa perspectiva retira do gestor público a palavra final sobre o tema, e confere ao TCU o poder de dar suficiência a esse ato administrativo, ainda que a custo da relativização da segurança jurídica existente no referido art. 54.

Quanto aos enunciados de súmula do STF, é importante atentar para a chancela de poderes ao TCU: no enunciado 6, garante-se a autoridade desse no que decidir em relação ao executivo, pois “a revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário”; no enunciado 347, assegura-se que o TCU, “no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

A síntese desse quadro da jurisprudência do STF, validando competências ao TCU, é feita no seguinte excerto doutrinário:

Na ponta, o STF reconhece a leitura feita pelo TCU do art. 71, inc. IX, da Constituição Federal como um permissivo genérico do controle da ação administrativa pelo TCU. A partir da chave da legalidade, encontra-se o TCU legitimado a intervir em qualquer expressão da atividade administrativa. Some-se a isso o fato de não ser debatido no âmbito do STF o conceito de reserva de administração no tocante ao controle da ação pública pelo TCU. Uma vez que não mais se admite a distinção entre controle de legalidade e controle de mérito com a expansão dos princípios, o posicionamento do STF favorável ao controle determina a participação ativa do TCU nas decisões públicas ou, em determinados casos, na avocação da competência administrativa pela instituição de controle¹⁰⁵.

contrário à pacífica jurisprudência desta Corte, o reconhecimento de direito coberto pelo manto da ‘*res judicata*’ somente pode ser desconstituído pela via da ação rescisória. Segurança concedida” (MS 23.665/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno, DJ 20.09.2002).

¹⁰³ Cujas ementas são as seguintes: “Agravos internos em ação rescisória. TCU. Violação de literal dispositivo de lei. Norma de interpretação controvertida. Enunciado da Súmula nº 343/STF. Agravos regimentais não providos. 1. A compreensão adotada pelo Supremo Tribunal Federal à época da prolação do *decisum rescindendo* era no sentido de que vantagem pecuniária incorporada aos proventos de aposentadoria de servidor público por força de decisão judicial transitada em julgado não era suprimível pelo Tribunal de Contas, mas apenas pela via rescisória. Aplicável ao caso o verbete 343 da súmula do Supremo” (AR nº 2.421/DF- AgR, Plenário, DJe de 15/6/18). 2. Agravos regimentais não providos (AR 2433 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-277 DIVULG 12-12-2019 PUBLIC 13-12-2019).

¹⁰⁴ MS 30.916, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 22.05.2012.

¹⁰⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; MORENO, Maís (coord.). *Relatório de pesquisa bianual do Observatório do Controle da Administração Pública: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. Janeiro de 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/38343645/Relat%C3%B3rio_de_Pesquisa-Observat%C3%B3rio_do_Controle_da_Administra%C3%A7%C3%A3o_P%C3%BAblica. Acesso em: 8 de março de 2020, p. 171.

Em suma, o STF pavimenta a esboçada interpretação extensiva das competências constitucionais do TCU, seja de forma omissiva – por não enfrentar e censurar situações em que o TCU avança sobre decisões cabíveis ao gestor público – ou comissiva (conforme exemplos tratados), com a exceção daquilo que importe, na disputa por poderes, em restrição de poder à Corte Constitucional e ao Judiciário em sentido amplo.

Assim, acompanha-se o fortalecimento do TCU nos últimos anos – em diversos aspectos, não somente sob uma lógica sancionatória –, tendo em conta o apelo social por uma efetiva moralização do Estado brasileiro, ao passo que aquele ocupa o hiato de poder deixado por outras instituições, que têm perdido legitimidade, seja por ineficiência, seja por casos de corrupção.

Nesse contexto, a conformação do TCU vai sendo talhada *ad hoc*, durante o caminho: não deve mais causar estranheza a afirmação de que “o Tribunal está desenvolvendo novos horizontes, pois, como já mencionado, suas ações estão sendo progressivamente direcionadas para a análise do desempenho da Administração Pública”¹⁰⁶, sem excluir as competências de que já dispunha.

Para dar lastro técnico a essa pretensão expansionista, o TCU, inclusive “com recursos oriundos de um convênio firmado com o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID”, desenvolveu projeto para “capacitar recursos humanos” nos temas regulatórios, a fim de “desenvolver e atualizar métodos e técnicas de controle da regulação, avaliar o modelo organizacional e elaborar documentos técnicos sobre o tema”¹⁰⁷. Sob o mesmo prisma, vive-se o “sucateamento do corpo técnica da agência”¹⁰⁸, diante da “insuficiência de pessoal”¹⁰⁹ nas Agências para analisar complexas matérias dos setores regulados.

¹⁰⁶ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 145.

¹⁰⁷ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 157. É necessário analisar se, para o desenvolvimento desse conhecimento e, por extensão, para decidir sobre determinados aspectos da regulação a partir dessa expertise, há autorização normativa para fazê-lo. A legitimidade na matéria não pode se dar, como quer fazer crer o excerto doutrinário acima, a partir da “capacitação de recursos humanos”.

¹⁰⁸ VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. *A qualidade da regulação estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade*. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 241. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16052016-164903/pt-br.php/>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 235.

Ademais, no contexto do processo de agigantamento do controle no Brasil, não é somente o TCU que está fortalecido: vive-se o “concurso de carrascos”¹¹⁰ atualmente, alegoria que serve para dar conta da disputa das instituições sobre qual seria mais implacável no controle da Administração Pública.

Por exemplo, a Nota Técnica nº 01/2017 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF – ao discutir sobre o microsistema anticorrupção brasileiro, pretendendo ressaltar o protagonismo do *Parquet* federal na celebração de acordos de leniência – afirma o seguinte:

Registre-se ainda que a multiplicidade de instituições para a promoção do acordo pode se apresentar como uma violação antigarantista, que proporciona insegurança jurídica aos acordantes e ainda promove o recrudescimento da reação punitiva, na medida em que pode ensejar disputas em torno da maior resposta penal possível, em tempos em que se busca racionalizar a atuação estatal¹¹¹.

De outro lado, o TCU editou a Instrução Normativa nº 74/2015 (foi substituída pela IN 83/2018/TCU), para afirmar a sua competência para fiscalização “quanto à organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal”, o que seria “condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes” (art. 3º).

Portanto, em um cenário de fortalecimento das instituições de controle no Brasil – com as disputas existentes entre elas quanto ao exercício de papéis de relevo no combate à corrupção –, o TCU não destoa da tendência e afirma uma interpretação expansiva das competências que lhe foram atribuídas constitucionalmente, como se se tratasse de “instância revisora geral da administração pública”¹¹², ou – por um certo ponto de vista – como se se tratasse de um redivivo Conselho de Estado brasileiro.

1.2.2. A ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DO TCU

É relevante tratar do funcionamento do TCU para que se tenha um ferramental mínimo para a adequada compreensão dos acórdãos – e dos seus respectivos processos – tratados no capítulo seguinte.

¹¹⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Sistema anticorrupção do país gera incerteza jurídica*. Consultor Jurídico - Conjur, 19 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-19/floriano-marques-neto-sistema-anticorruptao-gera-incerteza-juridica>. Acesso em: 8 de março de 2020.

¹¹¹ Conforme disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em: 8 de março de 2020.

¹¹² ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 336.

Quanto à estrutura organizacional do TCU, existe, já no plano constitucional, a previsão de que ele é “integrado por nove Ministros” (art. 73), quais sejam atualmente: José Mucio Monteiro (presidente), Ana Arraes (vice-presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, Bruno Dantas e Vital do Rêgo¹¹³.

Ademais, são os seguintes os órgãos do TCU: “o Plenário, a Primeira e a Segunda Câmaras, o Presidente, as comissões, de caráter permanente ou temporário, e a Corregedoria, que colaborarão no desempenho de suas atribuições” (art. 7º do Regimento Interno - RI).

Quanto ao plenário do TCU especificamente, cuja produção jurisprudencial será objeto de análise no capítulo seguinte, é importante observar que compete a esse órgão deliberar privativamente, e dirigido pelo Presidente da Corte de Contas, sobre as matérias de alta relevância postas ao TCU, nos termos do extenso rol existente no art. 15 do RI¹¹⁴.

Ademais, o Ministério Público funciona junto ao TCU, ao qual se aplicam “os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, compõe-se de um procurador-geral, três subprocuradores-gerais e quatro procuradores” (art. 58 – RI).

¹¹³ São substitutos, os ministros Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

¹¹⁴ Art. 15. Compete privativamente ao Plenário, dirigido pelo Presidente do Tribunal: I – deliberar originariamente sobre: a) o parecer prévio relativo às Contas do Presidente da República; b) pedido de informação ou solicitação sobre matéria da competência do Tribunal que lhe seja endereçado pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas casas, ou por suas comissões; c) solicitação de pronunciamento formulada pela comissão mista permanente de senadores e deputados referida no § 1º do art. 166 da Constituição Federal, nos termos do § 1º do art. 72 da Constituição Federal; d) incidente de uniformização de jurisprudência, na forma do art. 91; e) conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição Federal, em matéria da competência do Tribunal; f) fixação dos coeficientes destinados ao cálculo das parcelas a serem entregues aos estados, Distrito Federal e municípios, à conta dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), a que alude o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal, observados os critérios estabelecidos nas normas legais e regulamentares pertinentes; g) fixação dos coeficientes destinados ao cálculo das parcelas que deverão ser entregues aos estados e ao Distrito Federal, sobre o produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, de que trata o inciso II do art. 159 da Constituição Federal, observados os critérios estabelecidos nas normas legais e regulamentares pertinentes; h) contestação mencionada no art. 292; i) inabilitação de responsável e inidoneidade de licitante, nos termos dos arts. 270 e 271, e adoção das medidas cautelares previstas nos arts. 273 a 276, resguardada, no caso do último artigo, a possibilidade de antecipação da medida pelo relator ou pelo Presidente; j) realização de fiscalizações em unidades do Poder Legislativo, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, da Presidência da República, do Tribunal de Contas da União, do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público, bem como do Ministério Público da União e da Advocacia-Geral da União; l) representação de equipe de fiscalização prevista no art. 246; m) relatório de auditoria operacional; n) relatório de fiscalização realizada em virtude de solicitação do Congresso Nacional, de suas casas e das respectivas comissões, bem como daquela autorizada nos termos da alínea “j” do inciso I do art. 15; o) consulta sobre matéria da competência do Tribunal; p) denúncia; q) matéria regimental ou de caráter normativo; r) conflito de competência entre relatores; s) qualquer assunto não incluído expressamente na competência das câmaras”.

Quanto à Secretaria do TCU, “incumbe a prestação de apoio técnico e a execução dos serviços administrativos” (art. 65 - RI). Ainda, a Resolução-TCU nº 305/2018 “define a estrutura, as competências e a distribuição das funções de confiança das unidades da Secretaria”.

Nesse ato normativo, busca-se “ajustar a arquitetura organizacional da Secretaria do TCU aos desafios identificados em reflexões internas convergentes” (conforme sua exposição de motivos), tendo em conta a tendência de restrição orçamentária imposta a essa Corte de Contas nos últimos anos, notadamente em função da EC 95/2016 (teto de gastos públicos), a qual “apresenta uma série de riscos ao TCU” (nos termos da referida exposição de motivos).

Assim, a pretensão da Resolução-TCU n.º 305/2018 de aprimorar as atividades do TCU se deu sob três vetores: (i) eficiência e produtividade; (ii) custos de transação; e (iii) trabalho remoto.

Nesse sentido, a secretaria do TCU foi modelada com a seguinte estrutura: unidades básicas¹¹⁵, unidades de assessoramento direto à Presidência¹¹⁶ e unidades de assessoramento a autoridades¹¹⁷. Ademais, a referida secretaria conta com instâncias de governança e apoio ao processo decisório, conforme elencado no art. 4º da Resolução-TCU nº 305/2018¹¹⁸.

Por fim, esse mencionado rearranjo institucional visa a concretizar as determinações do plano estratégico 2015-2021 do TCU, no qual se estabelece – entre outras coisas – o dever de promover a integração e a sinergia no TCU, o que “corresponde a todas as movimentações internas que procuram garantir maiores convergência e

¹¹⁵ São elas: a) Secretaria-Geral da Presidência (Segepres); b) Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex); e c) Secretaria-Geral de Administração (Segedam), conforme disposição do art. 3º, I, da Resolução-TCU nº 305/2018.

¹¹⁶ São as seguintes: a) Consultoria Jurídica (Conjur); e b) Secretaria de Auditoria Interna (Seaud), nos termos do art. 3º, II, da Resolução-TCU nº 305/2018.

¹¹⁷ Conforme do art. 3º, III, da Resolução-TCU nº 305/2018, são as seguintes unidades: a) Gabinete do Presidente (Gabpres); b) Gabinete de Apoio Estratégico (Gapes); c) Gabinete do Corregedor (Corregedoria); e d) Gabinetes de Ministro, de Ministro-Substituto e de Membro do Ministério Público junto ao Tribunal.

¹¹⁸ São as seguintes instâncias de governança e apoio ao processo decisório: I - Comissão de Coordenação Geral (CCG); II - Comissão Permanente de Avaliação de Documentos (CAD); III - Comissão de Avaliação de Desempenho dos Servidores do Tribunal (Cadad); IV - Comitê de Gestão de Pessoas (CGP); V - Comitê Gestor de Tecnologia da Informação (CGTI); VI - Comissão de Ética do TCU (CET); VII - Comitê Gestor de Logística Sustentável (CLS); VIII - Conselho Editorial da Revista do TCU (CER); e IX - Conselho Científico da Revista do TCU (CCR).

coerência nas ações organizacionais de forma a garantir que o Tribunal cumpra sua missão institucional”¹¹⁹.

1.2.3. O PROCESSO ADMINISTRATIVO NO TCU

O processo se inicia no TCU seja por provocação, seja por atuação de ofício: essa possibilidade tem previsão desde a Constituição Federal, notadamente no art. 71, IV, no qual se afirma que essa Corte de Contas pode realizar, por iniciativa própria, “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”¹²⁰.

Dado o início do mencionado processo administrativo, tem-se que a distribuição dele ocorre com obediência aos “princípios da publicidade, da alternatividade e do sorteio” (art. 147 do RI).

Quanto ao sorteio, o Presidente do TCU sorteará – “na primeira sessão ordinária do Plenário do mês de julho, nos anos pares”¹²¹ – o relator de cada uma das listas de unidades jurisdicionadas¹²², as quais são constituídas do agrupamento das unidades administrativas dos Poderes, de entidades da administração indireta e por outras unidades, que, por determinação normativa, estejam submetidas ao julgamento do TCU¹²³.

Depois, na linha do art. 156 do RI, as etapas do processo administrativo do TCU são (i) a instrução, (ii) o parecer do Ministério Público e, por fim, (iii) o julgamento ou a apreciação.

¹¹⁹ Conforme disponível em: https://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/planejamento/2021/doc/Plano%20estrat%C3%A9gico%202015_2021.pdf. Acesso em 15 de março de 2020.

¹²⁰ A Lei Orgânica do TCU traz dispositivo parecido: art. 1º, II: “proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas Comissões, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das demais entidades referidas no inciso anterior”.

¹²¹ Conforme redação do art. 150 do RI.

¹²² Conforme afirmado no sítio eletrônico oficial do TCU, a “LUJ é organizada a partir de Órgãos Vinculadores, que agregam as Unidades Jurisdicionadas a partir de sua relação de vinculação organizacional”. Ademais, a partir do biênio 2019-2020, “os processos de atos de pessoal, de tomadas de contras especiais (TCE), de denúncias e representações ligadas às aquisições logísticas e de fiscalização dos procedimentos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal serão distribuídos aos relatores mediante sorteio”. Conforme disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/unidades-jurisdicionadas/>. Acesso em: 28 de março de 2020.

¹²³ É a redação do art. 148 do RI: “Art. 148. Para efeito da realização do sorteio, as unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, as entidades da administração indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público federal, e outras unidades que, por determinação normativa, estejam sujeitas à jurisdição do Tribunal, serão agrupadas em listas de unidades jurisdicionadas”.

No que diz respeito à instrução do processo, tem-se que ela será presidida pelo relator (art. 157 do RI), que contará com a atuação da unidade técnica do TCU especializada na matéria discutida em determinado processo, o qual culminará – após diligências e estudos – em relatório da unidade.

Esse relatório da unidade técnica servirá para que o ministro-relator elabore o seu voto, bem como para que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MPTCU) emita o seu parecer. Na sequência, há a decisão de uma das câmaras ou do plenário do TCU (hipótese que interessa a este trabalho, já que não serão analisados os acórdãos das câmaras, conforme justificado no próximo capítulo).

Nesse sentido, a LOTCU afirma – em seu art. 1º, §3º – que são partes essenciais das decisões do Tribunal: (i) o relatório do relator, em que constarão as conclusões da instrução e do MPTCU; (ii) a fundamentação com que o relator analisará as questões de fato e de direito; (iii) e o dispositivo com que o relator decidirá sobre o mérito do processo.

Superada essa fase, é possível a interposição de recurso contra esse acórdão do plenário do TCU¹²⁴, o qual – se entendido como admissível pelo relator – será objeto de “providências para sua instrução, saneamento e apreciação” (art. 278, §1º, do RI). Em síntese, o *iter* acima mencionado se repete – com a manifestação do MPTCU (se cabível na hipótese) – mas com a ressalva de que novo ministro-relator será sorteado para essa fase processual.

Observado esse encadeamento de atos processuais, entende-se que, diante da amplitude cognitiva do que é objeto de análise pelo TCU – diferentemente do processo judicial, orientado pelo princípio da congruência¹²⁵ – e dos poderes postos a essa Corte de Contas, pois “nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto”¹²⁶, tem de haver, como contrapartida, o amplo exercício do contraditório e da ampla defesa pelo responsável e pelo interessado¹²⁷.

¹²⁴ Assim afirma o art. 277 do RI: “Cabem os seguintes recursos nos processos do Tribunal: I – recurso de reconsideração; II – pedido de reexame; III – embargos de declaração; IV – recurso de revisão; V – agravo”.

¹²⁵ Sobre o referido princípio, o Código de Processo Civil vigente estabelece o seguinte: “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

¹²⁶ Conforme redação do art. 42 da LOTCU.

¹²⁷ Nos termos do art. 144 do RI, parágrafos primeiro e segundo, responsável é “aquele assim qualificado, nos termos da Constituição Federal, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e respectiva legislação aplicável”; interessado é “aquele que, em qualquer etapa do processo, tenha reconhecida, pelo relator ou pelo Tribunal, razão legítima para intervir no processo”.

Por isso, há uma preocupação no STF de que o devido processo legal seja respeitado no âmbito de um processo administrativo com tantas potencialidades, como é o do TCU. Pode-se citar, como exemplo, “o acompanhamento do processo por advogado e o acesso à informação (MS 22.314, 1996); o dever de participação de todos os interessados em procedimento que possa resultar na suspensão ou anulação do contrato (MS 23.550, 2001); e a exigência de motivação qualificada na suspensão de benefício pelo TCU (MS 31.835, 2013)”¹²⁸.

Sobretudo, há a Súmula Vinculante n.º 3 em que se afirma que nos processos perante o TCU devem ser assegurados “o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

Sob essa lente de se assegurar garantias aos cidadãos nos processos administrativos do TCU, deve ser entendido o referido procedimento, até para que se afaste a pecha de um processo inquisitorial, conduzido pelo ministro-relator com amplos poderes na marcha processual.

1.2.4. OS COMANDOS DECISÓRIOS DOS ACÓRDÃOS DA CORTE DE CONTAS

Como desembocadura de todo o processo administrativo descrito acima – com o devido processo legal assegurado, em contrapartida aos diversos poderes do TCU na condução de seu processo administrativo –, tem-se o comando decisório de um acórdão do TCU.

As deliberações do plenário do TCU, como dispõe o art. 67 do RI, podem ter as seguintes formas: (i) instrução normativa¹²⁹, (ii) resolução¹³⁰, (iii) decisão normativa¹³¹,

¹²⁸ MARQUES NETO, Flávio de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; MORENO, Maís (coord.). *Relatório de pesquisa bianual do Observatório do Controle da Administração Pública: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. Janeiro de 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/38343645/Relat%C3%B3rio_de_Pesquisa-Observat%C3%B3rio_do_Controle_da_Administra%C3%A7%C3%A3o_P%C3%ABlica. Acesso em: 28 de março de 2020, p. 170.

¹²⁹ “Quando se tratar de disciplinamento de matéria que envolva pessoa física, órgão ou entidade sujeita à jurisdição do Tribunal” (art. 67, I, do RI).

¹³⁰ “Quando se tratar de: a) aprovação do Regimento Interno, de ato definidor da estrutura, atribuições e funcionamento do Tribunal, das unidades de sua Secretaria e demais serviços auxiliares; b) outras matérias de natureza administrativa interna que, a critério do Tribunal, devam revestir-se dessa forma” (art. 67, II, do RI).

¹³¹ “Quando se tratar de fixação de critério ou orientação, e não se justificar a expedição de instrução normativa ou resolução” (art. 67, III, do RI).

(iv) parecer¹³², (v) acórdão¹³³. Na análise que será feita neste trabalho, serão abordadas as deliberações do plenário sob a forma de acórdão.

De mais a mais, é necessário dar notícia da Resolução n.º 315/2020 do TCU, que revogou a Resolução n.º 265/2014 do TCU, e na qual se “dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas” no âmbito do TCU.

Na nova Resolução, afirma-se que a determinação¹³⁴ é a “deliberação de natureza mandamental que impõe ao destinatário a adoção, em prazo fixado, de providências concretas e imediatas com a finalidade de prevenir, corrigir irregularidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares” (art. 2º, I).

Ciência, por seu turno, é a “deliberação de natureza declaratória que científica o destinatário sobre a ocorrência de irregularidade, quando as circunstâncias não exigirem providências concretas e imediatas, sendo suficiente, para fins do controle, induzir a prevenção de situações futuras análogas” (art. 2º, II). Ainda, recomendação¹³⁵ é a “deliberação de natureza colaborativa que apresenta ao destinatário oportunidades de melhoria, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão ou dos programas e ações de governo” (art. 2º, III).

Na jurisprudência do TCU, tem-se o relevante Acórdão n.º 1.757/2004¹³⁶, em que, na linha do voto do ministro-revisor, Benjamin Zymler, foi firmado o entendimento de que, na hipótese de atos vinculados irregulares de agências reguladoras, o TCU pode determinar a correção das irregularidades; se se tratar de atos discricionários, “praticados de forma motivada e visando a satisfazer o interesse público”, somente é possível à Corte de Contas recomendar as condutas que reputa mais adequadas às Agências.

No entanto, se a discussão disser respeito a ato discricionário das Agências que “contiver vício de ilegalidade ou se tiver sido praticado por autoridade incompetente, se não tiver sido observada a forma devida, se o motivo determinante e declarado de sua prática não existir ou, ainda, se estiver configurado desvio de finalidade”, será possível ao

¹³² “Quando se tratar de: a) Contas do Presidente da República; b) outros casos em que, por lei, deva o Tribunal assim se manifestar” (art. 67, IV, do RI).

¹³³ “Quando se tratar de deliberação em matéria da competência do Tribunal de Contas da União, não enquadrada nos incisos anteriores” (art. 67, V, do RI).

¹³⁴ Na Resolução n.º 265/2014, havia o entendimento de que as determinações têm, como pressuposto, “o normativo, a legislação ou a jurisprudência (...) infringida”, bem como devem ter “fundamento legal que legitima o TCU a expedir a deliberação” (art. 2º, II, para ambas as citações).

¹³⁵ A Resolução n.º 265/2014 afirmava, em seu anexo II, que as recomendações têm, como requisitos, as “oportunidades de melhoria identificadas”, além da “viabilidade fática, técnica e jurídica”.

¹³⁶ TCU, Acórdão 1.757/2004 - Plenário, relator Walton Alencar Rodrigues, sessão de 10/11/2004.

TCU “determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão”.

Discutindo o referido entendimento jurisprudencial do TCU, André Rosilho e Vera Monteiro afirmam o seguinte:

O segundo fator capaz de originar ações mais interventivas por parte do TCU diz respeito à atribuição, por sua jurisprudência, de efeitos supostamente diversos para determinações (em tese cabíveis nos casos de atos vinculados ou de atos discricionários maculados por vícios de legalidade) e recomendações (em tese cabíveis nos casos de atos discricionários não maculados de vício de legalidade). O que se depreende é que as primeiras seriam mais “graves” do que as segundas, teoricamente justificando o receio do TCU, especialmente manifestado nos votos do Ministro Benjamin Zymler, de a Corte, ao expedir determinações relativas a atos discricionários lícitos, perturbar (indevidamente) o que chamou de “jogo regulatório”, produzindo, com isso, insegurança jurídica¹³⁷.

Entretanto, a distinção não tem se mostrado, na prática, tão evidente, pois o TCU tem tentado aproximar as recomendações das determinações, conferindo àquelas um dever de observância como se se tratasse dessas¹³⁸. André Rosilho alerta que, uma das formas de o TCU fazer isso, é “combinar em suas decisões recomendação com determinação para a elaboração de “planos de ação” para “sanear o problema verificado (art. 2º, I, da resolução 265/2014)”, o que é “uma forma de descaracterizar o viés orientativo das recomendações”¹³⁹.

Tal perspectiva sobre o significado das resoluções e recomendações e a inexistência de distinção prática entre elas, terá grande valia na análise dos acórdãos do TCU no capítulo seguinte, com a observação sobre a forma em que são endereçados os comandos decisórios às Agências Reguladoras.

¹³⁷ MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. (org.). *Direito da Infraestrutura*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2, p. 47.

¹³⁸ Este autor já discutiu sobre o enviesamento do uso das recomendações do TCU em artigo que tratou sobre o Acórdão 2.121/2017, no qual se discutiu sobre a Resolução n.º 629 de 2013 da Anatel, que é o Regulamento do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) na referida Agência. Nesse trabalho, afirmou-se: “As ‘recomendações’ do Acórdão 2.121/2017 eram no sentido de ‘aperfeiçoar a Resolução-Anatel 629/2013’, ‘estabelecer sistemática de credenciamento e certificação prévia da lista de empresas privadas’ etc. Definitivamente, não se tratava de conselho. As blandícias existentes no Acórdão do TCU não evidenciam, à primeira vista, a possibilidade de responsabilização individual de todos quem ousem desacatar suas “recomendações” (DOURADO, Guilherme Afonso). *A política do “big stick” do TCU e o “é melhor deixar pra lá” da ANATEL*. Disponível em: <https://www.duartegarcia.com.br/es/noticias/exibir/95>. Acesso em: 29 de março de 2020.

¹³⁹ ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 340.

2. SEGUNDO CAPÍTULO – A JURISPRUDÊNCIA DO TCU ATINENTE À FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Superada a análise apartada feita, no primeiro capítulo, sobre as Agências Reguladoras, de um lado, e sobre o TCU, de outro, é necessária a passagem de um enfoque institucional estático para um enfoque dinâmico neste capítulo, “no qual passa a ser relevante a compreensão da interação das agências com outras instituições e a delimitação do seu espaço de atuação”¹⁴⁰.

Especificamente, a investigação ocorrerá em torno da alegada intervenção do TCU nas atividades ínsitas às Agências Reguladoras, tema sobre o qual os estudiosos do Direito Público brasileiro têm tratado amplamente nos últimos anos, com posições seja para criticar, seja para justificar a suposta ingerência dessa Corte de Contas.

Por exemplo, Nara Carolina Merlotto, após a realização de análise jurisprudencial do TCU no que é concernente à atuação das Agências Reguladoras, afirma que os seus achados de pesquisa permitem afirmar que essa Corte de Contas tem uma “tendência de interpretação marcadamente ampla das competências que lhe foram constitucional e legalmente atribuídas no que concerne à sua atuação no controle da função regulatória, assumindo um papel ativo na regulação”¹⁴¹.

De igual maneira, Gustavo Leonardo Maia Pereira afirma que o “TCU tem uma compreensão expansiva de suas competências”, pois tem “realizado um controle amplo de juridicidade de todos os atos regulatórios, inclusive de normas setoriais”¹⁴².

De outro lado, não se pode perder de vista os estudos realizados, sobre o tema, pelo Observatório de Controle da Administração Pública, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, os quais propiciaram a constatação de que o controle das Agências Reguladoras pelo TCU é “amplo, abrangendo não apenas a estrutura

¹⁴⁰ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: Uma Proposta de Sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 150.

¹⁴¹ MERLOTTO, Nara Carolina. *A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras: entre a independência e o controle*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p. 164.

¹⁴² PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?* Dissertação de mestrado - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. 2019, p. 182.

organizacional das Agências Reguladoras, mas especialmente a atividade-fim por elas desempenhada”¹⁴³.

Nesse trabalho, decorrente do Observatório, foram elencados exemplos de decisões do TCU sobre as Agências Reguladoras, conforme excerto que se reproduz a seguir:

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 concretas¹⁴⁴.

Ainda, a reforçar a tendência doutrinária acima exposta, Vera Monteiro e André Rosilho entendem que o TCU não pode ser entendido como “revisor geral dos atos das agências reguladoras”, mas que ele “se coloca como tal diante de sua competência fiscalizatória, fazendo uso da mesma teoria que um dia foi construída para viabilizar o controle judicial dos atos administrativos”¹⁴⁵.

Na antípoda, a legitimar a atuação do TCU, Benjamin Zymler afirma que, apesar de a competência ser atribuída pelo ordenamento jurídico pátrio às Agências Reguladoras, “não está afastada a possibilidade de o Tribunal executar um controle direto sobre as concessionárias e permissionárias de serviços públicos”¹⁴⁶.

De mais a mais, o referido Ministro do TCU – em outra obra, na qual há coautoria com Guilherme Henrique de La Rocque Almeida – afirma, de forma finalística, que “compete à Corte de Contas examinar os resultados alcançados pelas agências no exercício de sua missão institucional”, pois, reproduzindo o raciocínio do ex-Ministro do TCU, Marcos Vinícios Vilaça, “a fiscalização da legalidade só será relevante e eficaz se estiver integrada à avaliação do desempenho da administração pública e dos responsáveis pela gestão dos recursos públicos”¹⁴⁷.

Essa atuação ampliada do TCU se justificaria pelo fato de as Agências Reguladoras supostamente padecerem de um déficit de legitimidade, o que poderia ser compensado por “meio da ação do controle externo, que confere mais transparência às ações dessas

¹⁴³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo *et al.* Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*, v. 278. Rio de Janeiro, Mai/Ago. 2019, p. 67.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 67.

¹⁴⁵ MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André; Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. (org.). *Direito da Infraestrutura*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 2, p. 57.

¹⁴⁶ ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 189.

¹⁴⁷ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 165.

agências e afere a aderência dessas ações aos ditames legais e regulamentares e às políticas setoriais”¹⁴⁸.

Apesar das perspectivas divergentes apresentadas quanto ao controle exercido pelo TCU sobre as Agências Reguladoras, é necessário afirmar a recorrência¹⁴⁹ da afirmação, na jurisprudência dessa Corte de Contas, de que a atuação dela, no controle externo das atividades-fim dessas autarquias especiais, “cinge-se a uma fiscalização de segunda ordem, respeitando ao máximo os limites de atuação e a autonomia funcional daquelas entidades”¹⁵⁰.

Dessa forma, impõe-se a realização de uma análise da jurisprudência do TCU, conforme feito nos próximos tópicos, sob os pressupostos metodológicos a seguir apresentados, para que se examine a veracidade da afirmação de que essa Corte de Contas somente realiza uma “fiscalização de segunda ordem” e, se existente a ingerência, de que forma ocorre o controle do TCU sobre as Agências Reguladoras, notadamente – no que interessa a este trabalho – sob a perspectiva do controle sobre a regulação normativa.

2.1. PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS E O PRODUTO OBTIDO: 130 (CENTO E TRINTA) ACÓRDÃOS ANALISADOS

O produto obtido para análise, que são os acórdãos do TCU selecionados, derivam do estabelecimento de pressupostos metodológicos que guiaram a pesquisa científica realizada. Assim, apresenta-se, neste tópico, a metodologia adotada no presente trabalho.

Em primeiro lugar, tem-se o desafio de identificação, na jurisprudência do TCU, do controle da função normativa das Agências. Na prática, pretender encontrar esse tema sob o rótulo de “regulação normativa” ou “função normativa” das agências reguladoras seria inviável, pois não é, sob essa feição, que o referido fenômeno se afigura sob o crivo do TCU. Assim, é preciso tratar de específicos atos normativos das agências, que é como a regulação normativa se materializa efetivamente.

Nesse sentido, Floriano Marques Neto ajuda a refletir sobre as espécies do gênero “regulação normativa”:

¹⁴⁸ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 211.

¹⁴⁹ Apenas para ficar com alguns exemplos: Acórdão nº 1.703/04 – Plenário (*leading case*); Acórdão nº 150/2006 – Plenário; Acórdão nº 1.313/2010 - Plenário; Acórdão nº 2.573/2012 – Plenário; Acórdão nº 2.071/2015 – Plenário; Acórdão nº 2.121/2017 – Plenário; Acórdão nº 2.121/2017 – Plenário; Acórdão nº 1.704/2018 – Plenário; Acórdão nº 2.661/2019 – Plenário.

¹⁵⁰ Excerto obtido do Acórdão nº 909/2015-Plenário, Processo 028.229/2014-2, Relator Vital do Rêgo, data da Sessão: 22/4/2015.

Conforme se evidencia na prática regulatória, diversas são as formalizações da regulação normativa. O tipo de revestimento do ato normativo é disciplinado especificamente em cada setor, de modo que o regulamento pode se materializar em um determinado setor como instrução normativa, enquanto se traduz como resolução normativa em outro. Esta particularidade da regulação normativa determina que o operador se atenha às características do ato em análise para verificar a sua natureza jurídica: se seu conteúdo se projetar para o futuro, não se exaurindo em um caso concreto, e for destinado à disciplina de particulares, então se estará diante de uma regulação normativa¹⁵¹.

Dessa maneira, adota-se – como filtro no sítio eletrônico do TCU, na seção de pesquisa de jurisprudência, na parte dos “acórdãos”¹⁵² (não se trata de jurisprudência selecionada, nem de acórdão de relação¹⁵³) – o termo “resolução”, por ser um ato dotado, em tese, de abstração e generalidade, utilizado por órgãos colegiados (como é o caso das Agências Reguladoras¹⁵⁴), bem como por se tratar do ato normativo mais recorrente entre elas e por ser comum a todos esses entes reguladores (ainda que com o acréscimo da palavra “normativa”, isto é, sob a forma de “resolução normativa”, que está contemplada nesse filtro de pesquisa também).

Assim, para que não sejam perdidas as referências atinentes às “resoluções normativas” das Agências Reguladoras (para as que as têm), bem como para que não deixem de constar acórdãos em que o TCU se refere a, por exemplo, “Resolução-ANEEL” ou “Resoluções ANP”, foi acrescentado o operador de pesquisa “\$”, que – conforme o próprio sítio eletrônico referido – visa a substituir “qualquer palavra ou parte de uma palavra, seja uma letra, prefixo, radical, ou sufixo”, sem que ocorra, desse modo, perda na pesquisa nas hipóteses acima referidas.

Além disso, a busca pelo termo mencionado se dá (acrescido do citado operador de pesquisa) no campo “acórdão”¹⁵⁵, como forma de assegurar (ou, ao menos, de tornar mais provável) que a discussão sobre a função normativa das agências reguladoras não ocorreria de forma lateral, *en passant* no acórdão analisado. Isso porque uma mera referência a uma resolução de uma Agência Reguladora no relatório de um acórdão não é a hipótese mais

¹⁵¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Parte IV: Regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4. p. 569.

¹⁵² Já que, conforme art. 67 do RI do TCU (nos termos já discutidos neste trabalho), é sob a forma de acórdão, pelo seu caráter residual em relação às outras espécies decisórias, que a discussão sobre o controle da citada Corte de Contas sobre as Agências Reguladoras ocorre.

¹⁵³ Os acórdãos de relação refletem o julgamento simplificado, sem relatório e voto, e possuem apenas a parte dispositiva da deliberação, o que é inservível para este trabalho.

¹⁵⁴ A Lei nº 13.848/2019, denominada Lei Geral das Agências Reguladoras, determina, em seu art. 7º, que o “processo de decisão da agência reguladora referente a regulação terá caráter colegiado”.

¹⁵⁵ Existem outros tantos campos para pesquisa, como, por exemplo, “Relatório”, “Unidade Técnica”, “voto”, “voto revisor” etc.

fecunda para a análise que se pretende realizar, pois se quer examinar a regulação normativa em acórdãos em que ela é central no julgamento do TCU.

Em complemento, o colegiado definido foi o plenário, como forma de buscar uma análise mais fidedigna da jurisprudência do TCU em sua integralidade, com base na percepção de todos os seus ministros sobre o fenômeno ora analisado e, acima de tudo, por ser da competência do plenário deliberar privativamente sobre as matérias de alta relevância postas a essa Corte de Contas, nos termos do art. 15 do RI, conforme já discutido.

No espaço em que se pode indicar o “nome do órgão ou da entidade” foram usados os termos “Agência Nacional”, por se tratar dos termos iniciais e comuns a todas as Agências Reguladoras Federais, embora não se despreze a atividade regulatória realizada por outros entes que não têm esses termos iniciais¹⁵⁶. O recorte feito quanto aos entes que têm seus atos normativos controlados pelo TCU segue a lógica existente no artigo 2º da Lei n.º 13.848/2019, em que são consideradas como Agências Reguladoras para os fins da referida Lei, a Aneel, a ANP, a Anatel, a Anvisa, a ANS, a ANA, a Antaq, a ANTT, a Ancine, a Anac e a ANM¹⁵⁷.

Por fim, no que diz respeito à data da sessão, foi estabelecido o intervalo compreendido entre 01/09/2014 e 01/09/2019 (data em que foi finalizado o referido mecanismo de busca), para que, por meio da análise jurisprudencial do TCU no intervalo de cinco anos, obtenha-se uma perspectiva atualizada e consistente da perspectiva da mencionada Corte de Contas sobre a regulação normativa.

Sob esses filtros¹⁵⁸, foram obtidos 130 (cento e trinta) resultados, nos quais se tem acórdãos que dizem respeito a todas as Agências Reguladoras Federais. Todos esses acórdãos são analisados no presente trabalho, ainda que para afirmar a não pertinência de parte deles ao tema aqui discutido (por não tratar da regulação normativa) – o que deve ensejar a devida fundamentação para demonstrar a desvinculação do assunto central tratado –, conforme Anexo II (tabela dos acórdãos do TCU analisados) deste trabalho.

¹⁵⁶ Conforme entendimento de Egon Bockmann Moreira, “podemos afirmar que CMN, BACEN e CVM não são agências administrativas independentes, mas autoridades reguladoras, que detêm poder regulamentar autônomo - ainda que substancialmente diverso daqueles detidos pelas atuais agências” (Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 218, 1999, p. 110).

¹⁵⁷ Cujas atividades regulatórias propriamente já foram objeto de discussão acima.

¹⁵⁸ No Anexo I, o passo a passo da pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do TCU está demonstrado em imagens.

2.2. EXAME DOS ACÓRDÃOS ATINENTES AO TEMA

Na sequência, são tratados os acórdãos do TCU que são, efetivamente, concernentes ao controle realizado sobre a função normativa das Agências. De outro lado, os acórdãos não pertinentes são indicados no item 2.3.

A exposição sobre os acórdãos pertinentes – a despeito dos múltiplos e relevantes aspectos existentes em cada um dos acórdãos do TCU – estará muito concentrada na análise do controle realizado pela Corte de Contas sobre a regulação normativa, com sucinta exposição dos casos tratados, bem como dos elementos mais relevantes existentes em cada um dos processos que tramitam na citada Corte de Contas.

Após essa parte estritamente descritiva dos acórdãos nos subtópicos seguintes, haverá, no item 2.3, uma análise crítica sobre as referidas decisões, com uma proposta de sistematização da jurisprudência analisada, a fim de se tentar compreender tendências decisórias do TCU quanto à regulação normativa.

2.2.1. O Acórdão n.º 1.409/2016 e o Acórdão n.º 2.034/2019

O processo n.º 007.446/2015-2, no qual foram proferidos os acórdãos n.º 1.409/2016 e n.º 2.034/2019, diz respeito a uma auditoria operacional na ANP, a fim de “conhecer e avaliar a fiscalização da Agência no setor de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), mais especificamente no GLP envasado em botijões de 13 kg”.

Na origem do processo, denúncias informais “referentes à falta de segurança dos vasilhames em circulação, bem como à fragilidade das fiscalizações realizadas pela ANP no setor subsidiaram a autuação de uma representação da Unidade Técnica (TC 018.274/2014-5)”, que indicou a necessidade de uma auditoria, sobre a qual se discute nesse processo n.º 007.446/2015-2.

No primeiro dos Acórdãos (o de n.º 1.409/2016), o Plenário do TCU determinou que o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), o Ministério de Minas e Energia (MME) e a ANP desenvolvessem estudos para “quantificar os efeitos da política de diferenciação de preços no mercado de Gás Liquefeito de Petróleo no preço final do produto tipo P-13” ao consumidor propriamente, diante da necessidade de universalização do mencionado produto.

Conforme a Nota Técnica Conjunta 002/SDR-ANP/DCDP-SPG-MME, “não é possível quantificar em que proporção o diferencial de preços praticado na refinaria entre P13 e outros é transmitido ao longo da cadeia até o consumidor final”, tendo em conta “condições estruturais e aspectos operacionais do mercado de GLP, especialmente: (i) modalidades de venda (granel e envasado); (ii) custos e margens de cada atividade”.

No Acórdão n.º 2.034/2019, que representa o monitoramento do cumprimento das determinações e recomendações do acórdão anterior, são discutidas as Resoluções ANP 49/2016 e ANP 51/2016¹⁵⁹ (ambas posteriores ao primeiro acórdão), as quais determinam que “o revendedor vinculado ou independente, que entrega o botijão de gás ao consumidor final, não pode efetuar o envasilhamento e o transvasamento do gás”. Assim, essa cadeia logística implicaria custos diferenciados no preço final dos botijões.

Por isso, há – no Acórdão n.º 2.034/2019, cuja relatoria é de Vital do Rêgo – a recomendação à ANP para que avaliasse “o impacto regulatório das Resoluções ANP 49 e 51, ambas publicadas em 2/12/2016, encaminhando a avaliação de impacto regulatório das Resoluções ANP 49/2016 e 51/2016, no prazo de quinze dias, após a manifestação da diretoria colegiada acerca do resultado dessa avaliação”.

Essa recomendação não cumpriu sua finalidade, no entanto, pois, pouco antes do referido julgamento do TCU (que ensejou o Acórdão n.º 2.034/2019), a ANP já havia aprovado resolução que permitia a “verticalização das atividades de distribuição e revenda de GLP”, por meio da Resolução n.º 797 de 19 de julho de 2019.

Assim, foram revogados os dispositivos da (i) Resolução ANP n.º 49, que estabelecia os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de gás liquefeito de petróleo - GLP; (ii) e da Resolução ANP n.º 51, que estabelecia os requisitos necessários à autorização para o exercício das atividades de revenda de gás liquefeito de petróleo - GLP.

¹⁵⁹ São os seguintes os dispositivos das Resoluções discutidos: “Resolução 51/2016, Art. 25. É vedado ao revendedor de GLP: IV - efetuar o envasilhamento ou transferência de GLP entre recipientes transportáveis, assim como o abastecimento de recipiente estacionário a granel”.

“Resolução 49/2016, Art. 31. A comercialização, a operação de transvasamento e de abastecimento a granel somente poderão ser executadas por distribuidor de GLP autorizado pela ANP, sendo vedada a terceirização dessas operações.

§ 1º Os recipientes transportáveis de GLP com capacidade nominal de até 90 (noventa) quilogramas de GLP, inclusive, somente poderão ser envasilhados na base do distribuidor, a exceção dos recipientes transportáveis de GLP para utilização em empilhadeiras e equipamentos industriais de limpeza movidos a motores de combustão interna, que poderão também ser envasilhados em instalação de consumidor que possua Central de GLP dotada de sistema de transferência de GLP líquido, exclusivamente para consumo próprio, nos termos da norma ABNT NBR 13523 - Central de gás liquefeito de petróleo - GLP”.

2.2.2. O Acórdão n.º 2.253/2015 e Acórdão n.º 1.946/2019

No Processo n.º 003.379/2015-9, tem-se o objetivo de estabelecimento de diretrizes para a prorrogação dos contratos – que venceriam até 2017 – de quarenta e uma concessionárias de distribuição de energia elétrica, pois a MP 579/2012 (depois convertida na Lei n.º 12.783/2013) trazia previsão somente para os contratos de geração e transmissão.

Assim, por meio do Acórdão n.º 1.836/2013, foram expedidas determinações, a fim de que fosse planejada tempestivamente a solução a ser adotada para as referidas concessões sem previsão normativa.

Depois, nos acórdãos compreendidos no recorte feito nesta pesquisa, tem-se que o Acórdão n.º 2253/2015 – que se presta ao monitoramento do item 9.3.2¹⁶⁰ do Acórdão 1.836/2013, o qual diz respeito às concessões de distribuição de energia elétrica que venceriam até 2017 – consagrou o entendimento de que, a despeito de manifestação contrária da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica do TCU (SeinfraElétrica)¹⁶¹, havia sido “parcialmente cumprido o item 9.3.2 do Acórdão 1.836/2013-TCU-Plenário”.

O executivo federal publicou, em 2/6/2015 – faltando pouco mais de um mês para o final de boa parte das concessões, em 7/7/2015 –, o Decreto n.º 8.461/2015, regulamentando a prorrogação das referidas concessões de distribuição. Na sequência, a Aneel abriu a primeira fase da audiência pública para tratar sobre o modelo de prorrogação que ocorreria a partir das linhas traçadas no referido decreto.

O MME alegou, no caso, “que as complicações conjunturais e estruturais enfrentadas pelo setor elétrico em 2013 e 2014 dificultaram a definição, mais cedo, de diretrizes para as concessões”. Assim, apesar da “instabilidade jurídica e regulatória”, o Plenário do TCU entendeu, na linha do raciocínio do relator Raimundo Carreiro, que “a

¹⁶⁰ “9.3. determinar ao MME que: (...) 9.3.2 apresente a esta Corte os fundamentos e as diretrizes que regerão a prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica, tão logo os defina”.

¹⁶¹ A conclusão a que chegou SeinfraElétrica foi a seguinte: “298. Diante do exposto conclui-se pela inconstitucionalidade e ilegalidade do modelo proposto de prorrogações gerais e sem condicionantes prévias, concretizado pelo Decreto 8.461/2015 e minutas de contrato submetidas à audiência pública. 299. Propõe-se, então, determinações corretivas no sentido de realização de licitação desses contratos e redefinição do limite espacial para otimização dessas áreas de concessão de distribuição de energia elétrica. 300. Verificou-se, ainda, na minuta de contrato, possibilidades de melhorias e lacunas importantes que deverão ser melhor tratadas. Embora o documento esteja em audiência pública, não sendo, portanto, versão definitiva, entendeu-se adequada análise da minuta com o objetivo de recomendar ao MME e à Aneel ações para aumentar a transparência, previsibilidade e segurança jurídica desses instrumentos e possibilitar alterações em menor tempo”.

realização da licitação de todas as concessões na atual conjuntura econômica e política traz riscos significativamente maiores à continuidade dos serviços e à própria segurança energética do que a opção pela prorrogação”.

Por isso, o entendimento firmado pelo TCU foi o de que “à exceção da permissão de alienação do controle acionário após o início do processo de declaração de caducidade, o Decreto 8.461/2015, ao regulamentar o art. 7º da Lei n.º 12.783/2013, não fugiu dos limites ali impostos, razão pela qual não deve ser afastada a sua aplicabilidade”.

Depois, houve o Acórdão n.º 1946/2019, em que se fez o “monitoramento de determinação ao Ministério de Minas e Energia (MME) e à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) para que introduzissem melhorias necessárias a dar transparência e previsibilidade ao processo de delegação das concessões alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013”.

Nesse acórdão, além de se afirmar¹⁶² o cumprimento de recomendações e determinações existentes no acórdão anterior, há, no que diz respeito à regulação normativa, a recomendação à ANEEL para que “institucionalize a figura do ‘plano emergencial’ em resolução, contendo os requisitos mínimos para sua constituição, indicando as hipóteses para sua constituição, bem como o diferenciando do já institucionalizado ‘plano de resultados’”.

A referida recomendação decorre da observação da situação da distribuidora Enel Goiás, a qual embora não tivesse descumprido os limites contratuais que lhe foram impostos como condição à prorrogação da concessão, tinha o segundo pior desempenho de continuidade entre as distribuidoras do Brasil.

Assim, a ANEEL determinou à Enel Goiás, em fevereiro de 2019, a apresentação de plano emergencial¹⁶³ para melhoria da qualidade dos serviços prestados, por força da observação de que as ações do segundo ciclo do plano de resultados (que somente terminaria em agosto de 2019) não seriam suficientes para sanar os problemas observados.

Esse plano de resultados foi previsto na Resolução Normativa Aneel 846/2019, com o objetivo de melhoria do desempenho “com base em evidências que apontem degradação ou sinalizem deterioração da prestação do serviço”. No entanto, o plano

¹⁶² “9.1. considerar, com relação as deliberações do Acórdão 2253/2015 – TCU – Plenário: 9.1.1. cumpridas as determinações exaradas nos subitens 9.7.1, 9.7.2, 9.7.3 e 9.7.4; 9.1.2. implementadas as recomendações feitas nos subitens 9.8.1, 9.8.2 e 9.8.3; 9.1.3. não mais aplicável a recomendação emanada do subitem 9.8.4; 9.1.4. em cumprimento as determinações consubstanciadas nos subitens 9.5.1 e 9.5.2”.

¹⁶³ Conforme noticiado no sítio oficial da ANEEL: https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao-2/-/asset_publisher/zXQREz8EVIZ6/content/aneel-determina-a-enel-goias-apresentacao-de-plano-emergencial-de-resgaste-da-qualidade/656877?inheritRedirect=false. Acesso em: 29 de abril de 2020.

emergencial – diferentemente do plano de resultados – não tinha fundamento normativo-regulatório, o que ensejou a referida recomendação do TCU à ANEEL.

2.2.3. O Acórdão n.º 322/2019 e o Acórdão n.º 1.600/2019

O processo n.º 014.907/2015-1 diz respeito à auditoria de conformidade realizada na ANTT e na Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (Valec), tendo por objetivo avaliar “a legalidade, a legitimidade e a economicidade” de atos atinentes à subconcessão de trecho da ferrovia EF-151 (ferrovia norte-sul).

A discussão sobre norma de agência reguladora no Acórdão n.º 322/2019, cuja relatoria é do ministro Aroldo Cedraz, ocorre com a determinação à ANTT que apresentasse “plano de ação, no prazo de 30 (trinta) dias, dotado das medidas voltadas à conclusão da revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011, relacionada às metas de desempenho”, bem como que encaminhasse, “oportunamente, a este Tribunal, a referida resolução, em sua versão final”.

Essa Resolução da ANTT compreendia o regulamento em que eram disciplinadas as “metas de produção por trecho e metas de segurança para as concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas”. No entanto, ela não previa a fórmula de cálculo de penalidade se houvesse o descumprimento de metas. Por isso, a ANTT iniciou o processo de revisão da Resolução n.º 3.696/2011 em 2015.

Diante da demora na revisão normativa mencionada, houve a referida determinação do TCU para que a ANTT concluísse esse processo, o que seria, conforme unidade técnica, “fundamental para que a Agência possa penalizar eventuais descumprimentos e incentivar que as metas sejam cumpridas”, especificamente, no caso analisado, dos descumprimentos das metas de produção e de segurança por parte da FNS S.A. (para quem foi atribuída a subconcessão de trecho da ferrovia EF-151).

Por fim, no Acórdão n.º 1.600/2019, em que se trata de embargos de declaração opostos pela ANTT contra o Acórdão anterior, a Agência comprovou que, antes do Acórdão n.º 322/2019, já tinha ocorrido a publicação da Resolução ANTT 5.831/2018, de 23 de outubro de 2018, que revogou a Resolução ANTT 3.696/2011.

Nesse sentido, os embargos de declaração foram providos, substituindo a determinação do Acórdão n.º 322/2019 de que houvesse a “conclusão da revisão da Resolução-ANTT 3.696/2011”, para a determinação à Secretaria de Fiscalização de

Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPor) de que autuassee “processo apartado para acompanhar, à luz da Resolução ANTT 5.831/2018, os procedimentos instaurados pela ANTT na aplicação de sanções”, especificamente no que diz respeito ao descumprimento de metas de produção e segurança do discutido contrato de subconcessão.

2.2.4. O Acórdão n.º 1.257/2019

O processo n.º 027.119/2018-1 trata de auditoria operacional, em que se pretendia realizar uma avaliação da “gestão de segurança das barragens de usos múltiplos sob responsabilidade do Departamento Nacional de Obras Contra a Seca - Dnocs e da Companhia do Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – Codevasf”.

A referida auditoria se deu no contexto do rompimento da barragem da Mina do Córrego do Feijão em Brumadinho/MG, para se constatar em que medida a gestão de segurança de barragens estava cumprindo os objetivos estabelecidos na Política Nacional de Segurança de Barragens (Lei n.º 12.334/2010).

No que é atinente ao controle de ato normativo regulatório, existe no Acórdão n.º 1.257/2019, cuja relatoria coube a Augusto Nardes, a recomendação “ao Ministério do Desenvolvimento Regional para que a Agência Nacional de Águas – ANA e os órgãos estaduais de recursos hídricos” fizessem o aprimoramento da definição normativa do nível de perigo global da barragem (NPGB).

O NPGB tem previsão no artigo 12, da Resolução ANA 236/2017¹⁶⁴, em que se estabelece que o referido nível de perigo deverá constar no relatório de Inspeção de Segurança Regular, considerando as seguintes definições: (i) normal; (ii) atenção; (iii) alerta; e (iv) emergência.

Ademais, no artigo 12, parágrafo único, da Resolução ANA 236/2017, afirma-se que o NPGB será no mínimo igual ao Nível de Perigo da Anomalia (NPA) “de maior gravidade, devendo, no que couber, estar compatibilizado com o Nível de Resposta previsto no artigo 27”.

¹⁶⁴ Essa resolução estabelece a periodicidade de execução ou atualização, a qualificação dos responsáveis técnicos, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento do Plano de Segurança da Barragem, das Inspeções de Segurança Regular e Especial, da Revisão Periódica de Segurança de Barragem e do Plano de Ação de Emergência, conforme art. 8º, 9º, 10, 11 e 12 da Lei nº 12.334 de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens - PNSB.

No entanto, para a unidade técnica¹⁶⁵ – com a qual o plenário do TCU concordou –, trata-se de uma impropriedade, podendo “gerar excessivo rigor na estipulação no referido NPGB, não refletindo um resultado preciso decorrente de necessária análise conjunta das anomalias”. Por esse fundamento, o TCU fez a recomendação de aprimoramento normativo do NPGB.

2.2.5. O Acórdão n.º 1.439/2016 e o Acórdão n.º 923/2019

O processo n.º 004.662/2014-8 diz respeito à denúncia atinente a três irregularidades, quais sejam: (i) aumento abusivo, sem homologação pela Antaq, das tarifas praticadas no arrendamento portuário Libra Terminal Rio S.A. (Libra); (ii) cobrança da tarifa *Terminal Handling Charge* (THC) — ou Taxa de Movimentação no Terminal — sem comprovação de sua natureza de ressarcimento; e (iii) omissão da Antaq na fiscalização e na regulação da atuação dos armadores estrangeiros.

Conforme a denúncia formulada, a Libra teria decidido aumentar, em janeiro de 2014, a sua tabela pública de serviços, sem homologação da Antaq e de forma supostamente abusiva, com elevações que teriam chegado a até 490% (quatrocentos e noventa por cento), ou seja, muito acima da variação dos índices oficiais de preços.

Diante desse pressuposto fático, o TCU determinou – no Acórdão n.º 1.439/2016, de relatoria da ministra Ana Arraes – que a Antaq, no que é pertinente à regulação normativa, deveria (i) regular a atuação de todos os concessionários e arrendatários, para exigir a divulgação aos usuários da composição dos custos da THC e todos os serviços atinentes; (ii) apresentar plano de ação quanto “à regulação, ordenação e supervisão da navegação de longo curso nos portos brasileiros, de forma a permitir o controle dessa atividade”¹⁶⁶.

Para dar cumprimento a essas determinações do TCU, a Antaq editou a Resolução Normativa n.º 18/2017, a qual dispõe sobre “os direitos e deveres dos usuários, dos agentes intermediários e das empresas que operam nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso e estabelece infrações administrativas”.

¹⁶⁵ Atuaram no caso a Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) e a Secretaria de Controle Externo no Estado do Ceará (Sec/CE).

¹⁶⁶ O que contemplaria: “o registro de armadores estrangeiros; o registro de preços de frete, extra-frete e demais serviços; estudos comparativos de rotas e preços praticados pelos armadores estrangeiros; e normas para aplicação de sanção aos armadores estrangeiros em caso de omissões injustificadas de portos”.

Depois, no Acórdão n.º 923/2019, cuja relatoria é do ministro Benjamin Zymler, há pedidos de reexame formulados pelo Centro Nacional de Navegação Transatlântica - Centronave e pela Antaq. Nesse Acórdão, o TCU determinou à referida Agência que informasse os resultados decorrentes “das fiscalizações empreendidas após a edição da Resolução Normativa Antaq 18/2017, no que concerne à detecção e apuração de eventuais abusos praticados pelos armadores, informando se foram efetivamente aplicadas sanções”.

De mais a mais, o TCU determinou à SeinfraPortoFerrovia que verificasse se “a edição da Resolução Normativa Antaq 18/2017 atendeu ao comando exarado no item 9.3.10¹⁶⁷ do acórdão recorrido, com a redação e a numeração conferidas pelo presente *decisum*”. Quanto a esse ponto, o relator havia afirmado em seu voto que era oportuna e conveniente a proposta formulada pelo MPTCU, para que, “em monitoramento futuro do acórdão ora recorrido, seja analisado se a edição da norma em tela significou o efetivo cumprimento desta determinação”.

2.2.6. O Acórdão n.º 2.121/2017 e o Acórdão n.º 716/2019

O processo n.º 022.280/2016-2 trata de “representação acerca de possíveis irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC)” pela Anatel. Esclareça-se que a discussão existente no referido processo decorre do fato de a mencionada Agência Reguladora ter aprovado a Resolução n.º 629/2013, que é o seu regulamento de “celebração e acompanhamento” dos TACs.

De início, a então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Aviação Civil e Comunicações (SeinfraAeroTelecom) formulou uma representação, visando a discutir irregularidades na celebração de TACs pela Anatel. Essa representação decorre de auditoria tratando sobre o tema (processo TC 023.133/2015-5), no qual o TCU, em medida cautelar, impediu que fosse assinado o TAC com a empresa Oi – conforme mantido pelo Acórdão 2.572/2016¹⁶⁸ – por força de “potenciais irregularidades graves”.

¹⁶⁷ No referido item, afirma-se: “9.3.10. com fulcro no art. 20, II, alínea “b”, da Lei 10.233/2001 e no princípio da promoção do desenvolvimento econômico e social previsto no art. 11 da mesma lei, presente, em 90 (noventa) dias, plano de ação voltado à regulação, ordenação e supervisão da navegação de longo curso nos portos brasileiros, de forma a permitir o controle dessa atividade, contemplando, dentre outras questões que considere pertinentes: o registro de armadores estrangeiros; o registro de preços de frete, extra-frete e demais serviços; estudos comparativos de rotas e preços praticados pelos armadores estrangeiros e normas para aplicação de sanção aos armadores estrangeiros em caso de omissões injustificadas de portos”.

¹⁶⁸ Eis o comando desse Acórdão do Plenário do TCU: “9.1. ratificar a manutenção da medida cautelar adotada nos termos dos despachos às peças 10 e 26, por meio da qual se determinou, em razão dos indícios de irregularidades e do risco de dano ao erário apontados na representação, com fundamento no art. 276,

No processo que aqui interessa, em que se trata com maior enfoque o possível TAC da telefônica, o plenário do TCU entendeu, no primeiro dos acórdãos referidos (n.º 2.121/2017), que “não existe qualquer impedimento para que a agência adote tal mecanismo no âmbito de sua atividade regulatória”. Ou, ainda, conforme voto do relator, ministro Bruno Dantas, “temos de cuidar para que nossas decisões não inviabilizem as iniciativas do Poder Público, em respeito ao mérito administrativo e à confiança nos gestores, fator essencial para o surgimento de uma administração de caráter mais gerencial”.

No entanto, o plenário do TCU impôs determinações à Anatel nesse acórdão: em algumas delas¹⁶⁹, a Resolução n.º 629/2013 foi tomada como referência normativa, para que fossem adotadas providências para atender às disposições do citado ato normativo.

Apesar disso, no mesmo Acórdão, o TCU fez recomendações, entre as quais estava “aperfeiçoar a Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) de forma a prever participação tempestiva do Conselho Diretor no processo de negociação de TAC, não somente ao final”, o que se daria “mediante estabelecimento de pontos de controle ao longo do processo para a análise e decisão do referido colegiado”.

Depois, no acórdão n.º 716/2019 – no qual se fez o monitoramento do acórdão anterior –, há o relato de que a Anatel informou que não era oportuna a revisão recomendada da Resolução-Anatel n.º 629/2013 quanto ao ponto mencionado no parágrafo anterior, pois “a interação entre área técnica e Conselho Diretor deve ser objeto de avaliação e reorganização ampla, envolvendo todos os processos da Agência e não apenas o TAC”.

caput, do Regimento Interno/TCU, à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) que se abstenha de assinar o termo de ajustamento de conduta aprovado na Reunião n. 800, de 19/5/2016, nos termos do Voto n. 2/2016/SEI/IF ou qualquer outro que venha a ser aprovado em relação aos processos administrativos da agência 53500.015408/2015, 53500.009425/2015, 53500.003332/2014 e 53500.003462/2014, os quais dizem respeito a compromissos de universalização e qualidade da prestadora Oi”.

¹⁶⁹ São exemplos: 9.4.2. estabeleça, em atenção ao interesse público e com fundamento nos arts. 3º, 13, incisos I, III e V, 15, incisos III e IV, 16 e 17 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), se ainda não o tiver feito, cláusulas com pontos de controle periódicos ao longo da vigência do TAC, mediante metas intermediárias para cada indicador e/ou índice utilizado para mensuração do Índice Geral da Qualidade (IGQ), com a previsão de aplicação de sanções por descumprimentos dessas metas parciais e em caso de retrocessos persistentes, não transitórios, em relação aos patamares verificados quando da celebração do instrumento, a fim de prevenir o risco de mascaramento de resultados de indicadores negativos com positivos, na média (seção III.4 do voto condutor deste acórdão); (...) 9.4.4. estabeleça, em cada minuta definitiva de TAC a ser aprovada ou no respectivo Manual de Acompanhamento e Fiscalização, todas as condições iniciais necessárias para o devido acompanhamento dos compromissos previstos no acordo e para garantir a segurança jurídica do TAC, em atenção aos arts. 13, incisos I a VII, e 24, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e com os princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT), contendo necessariamente, salvo limitação técnica devidamente justificada (seção VII.2.1 do voto condutor deste acórdão).

Isso fez com que a recomendação de “aperfeiçoamento” do RTAC fosse entendida como “em implementação”, pois “há sinalização de que a Anatel pretende reavaliar a forma de interação entre as instâncias da Agência em todos os seus processos de trabalho futuramente”.

Além do monitoramento das providências estabelecidas por meio do Acórdão n.º 2.121/2017, a ingerência na função normativa da Agência foi ainda mais acentuada no Acórdão n.º 716/2019, tendo em vista que o TCU determinou à Anatel, entre outras coisas, que ela deveria alterar a redação do “inciso II do art. 26 do RTAC de forma a conferir segurança jurídica ao tema e a redação do dispositivo expressar com clareza a regra a que estarão submetidas as compromissárias em caso de mora na execução de algum item do cronograma”. Essa determinação decorre da alegada “dubiedade da redação” do dispositivo do RTAC¹⁷⁰.

Como recomendação, o TCU indicou à Anatel, no Acórdão n.º 716/2019, que ela deveria (i) “normatizar o rito do processo administrativo de apuração de descumprimento de TAC da Agência”; (ii) “estabelecer, nas normas atinentes aos TAC, critérios e/ou parâmetros objetivos para concessão dos descontos previstos nos arts. 19 e 20 da Resolução-Anatel 629/2013, de forma a assegurar aos diferentes compromissários a isonomia de tratamento”; (iii) e “exercer o dever de regulamentar o compartilhamento de redes de infraestrutura a serem construídas em função da celebração de termos de ajustamento de conduta”.

No intervalo entre os Acórdãos n.º 2.121/2017 e n.º 716/2019, registre-se que não houve a celebração do TAC com a telefônica¹⁷¹, justamente porque, conforme afirmado pela Comissão de Negociação da Anatel, não seria possível “realizar o atendimento integral aos itens 9.4.2 e 9.4.8 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário”. As exigências do TCU chegaram ao ponto, portanto, de inviabilizar a celebração de TAC, de que decorreriam investimentos bilionários adicionais da empresa na rede de banda larga.

¹⁷⁰ Eis a redação do dispositivo discutido: “Art. 26. A mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos acarretará a incidência de multa diária correspondente, em relação a qual se aplicam as seguintes regras: (...) II - terá como teto o equivalente a, no mínimo, 2 (duas) vezes o valor correspondente ao item do cronograma de metas e condições descumprido”.

¹⁷¹ Conforme está noticiado em: <https://www.anatel.gov.br/institucional/noticias-destaque/1948-anatel-decide-nao-assinar-tac-da-telefonica>. Acesso em: 5 de maio de 2020.

2.2.7. O Acórdão n.º 40/2019

O processo n.º 030.656/2015-0 trata de auditoria operacional que decorre de determinação do Acórdão n.º 2565/2014-TCU-Plenário (relator Ministro José Jorge) para que fossem auditados entes estatais do setor elétrico, a fim de serem verificados “os efeitos nos investimentos das concessionárias dos problemas estruturais no setor elétrico”, atinentes (i) à “desorganização das empresas”; (ii) ao “descompasso na entrada de operação de empreendimentos de geração e transmissão”; e (iii) a “aspectos relacionados à segurança energética”.

Essa análise está muito ligada ao contexto de edição da já referida MP 579/2012, convertida na Lei n.º 12.783/2013, momento em que “havia a preocupação de que as empresas do setor elétrico não conseguissem investir nos empreendimentos de forma a alcançar os níveis de qualidade exigidos pela Aneel”.

Diante dessa realidade, a ação fiscalizatória ensejou o Acórdão n.º 1868/2016-TCU-Plenário (relator Ministro José Múcio). Nesse acórdão, houve determinação à Aneel, entre outras coisas, que ela se manifestasse “quanto à regularidade do repasse do custo do encargo ACR¹⁷² (Ambiente de Contratação Regulada) somente para os consumidores cativos”, pois conforme o parágrafo 5º do art. 15 da Lei 9.074/1995, é vedado “o aumento tarifário para consumidores do mercado regulado em decorrência de migração de consumidores para o mercado livre”.

Então, no Acórdão n.º 40/2019, que é monitoramento do acórdão anterior, há o registro da resposta da Aneel ao questionamento existente no parágrafo anterior. A Agência Reguladora trouxe os seguintes argumentos: (i) “o cálculo do impacto tarifário decorrente da migração de consumidores para o mercado livre é tarefa complexa e envolve a análise de múltiplos efeitos sobre os custos de contratação de energia da distribuidora”; (ii) “não há uma associação exata entre o valor da tarifa vigente e o custo atual da energia, sendo que as variações dos custos são repassadas nos processos tarifários subsequentes”; e (iii) como o mercado é dinâmico, “um novo consumidor pagará (ou receberá) pela CVA apurada mesmo que não tenha consumido energia no ano anterior, e, por outro lado, um

¹⁷² Como explica a SeinfraElétrica: “A Conta-ACR é composta pelos empréstimos tomados pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) em 2013 e 2014 para cobrir a exposição involuntária das distribuidoras ocorrida após a edição da MP 579/2012, de sorte a bancar os custos da exposição involuntária no mercado de curto prazo e do despacho de termelétricas dos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR-D), na modalidade disponibilidade”.

consumidor, cativo ou livre, que encerra sua relação contratual com a distribuidora, deixa de pagar (ou receber) a CVA, mesmo que tenha consumido energia no ano anterior”.

No entanto, a SeinfraElétrica não se convenceu com essas alegações e registrou que “a letra da lei não pode ser considerada inócua”, o que deveria levar ao “aperfeiçoamento normativo regulatório para abarcar em plenitude a disposição do § 5º do art. 15 da Lei 9.074/1995”, sobretudo por se observar que “as migrações de consumidores impactaram as tarifas do mercado no contexto pós-acionamento, quando do pagamento da RTE”.

Nessa tendência da SeinfraElétrica e do voto do relator, Ministro Raimundo Carreiro, o plenário do TCU determinou à Aneel que apresentasse, no prazo de 180 dias, as medidas que fossem adotadas para “regulamentação da Resolução Normativa Aneel 414/2010, arts. 70 e 70-A, de modo a possibilitar o repasse para a modicidade tarifária de valores ressarcidos às distribuidoras em razão do encerramento antecipado da relação contratual”.

Ou seja, nas franjas do ato normativo regulatório existente, o TCU determinou que a Agência Reguladora editasse nova norma, por entender que a Resolução Normativa Aneel 414/2010 não dava concretude ao parágrafo 5º do art. 15 da Lei 9.074/1995.

2.2.8. O Acórdão n.º 2.955/2018

O processo n.º 012.750/2018-2 diz respeito à solicitação de fiscalização encaminhada pelo presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, na qual foi requerida a realização de auditoria na Anac, a fim de “examinar a regularidade dos atos da entidade quanto à liberação de cobrança por bagagem despachada permitida às empresas aéreas, assim como as demais determinações contidas na Resolução-Anac 400”.

A Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação) realizou reuniões técnicas com órgãos e entidades¹⁷³ afetos à matéria, bem como “analisou o processo administrativo acerca da edição da Resolução-Anac 400/2016, estudos e pareceres de outros órgãos e entidades, processos judiciais envolvendo o normativo”.

¹⁷³ Quais sejam: (i) Superintendência de Acompanhamento de Serviços Aéreos (SAS), unidade da Anac responsável pela elaboração da Resolução-Anac 400/2016; (ii) Secretaria de Aviação Civil do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (SAC/MTPA); (iii) Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), do Ministério da Justiça; (iv) Ordem dos Advogados do Brasil; e (v) Associação Brasileira de Empresas Aéreas (Abear)”.

Com base nessa análise da SeinfraRodoviaAviação, o relator, ministro Bruno Dantas, afirmou que, para a edição da Resolução-Anac 400/2016, a Anac teria realizado “consistentes estudos regulatórios”, bem como teria ouvido “diversos *players* do setor aéreo, órgãos e entidades relacionadas ao direito dos consumidores”, além de ter realizado audiências públicas, cujas contribuições dos interessados foram analisadas detidamente.

A Resolução-Anac 400/2016, em que se estabelecem “as condições gerais aplicáveis ao transporte aéreo regular de passageiros, doméstico e internacional” (art. 1º), traz dispositivo polêmico por facultar que o “transporte de bagagem despachada configurará contrato acessório oferecido pelo transportador” (art. 15). Esse artigo possibilitou que as companhias aéreas cobrassem pelo despacho de bagagem.

Na linha do raciocínio do ministro relator, o TCU entendeu que esse dispositivo visava a “estimular a concorrência, propiciar maior diferenciação de serviços e preços, convergir com práticas regulatórias internacionais”, sem contar que serviria para “ampliar a transparência nas relações de consumo, corrigir distorções existentes (preços iguais independentemente de ter bagagem despachada)”, bem como facilitar a entrada de novas empresas aéreas no mercado”.

Em suma, a parte dispositiva do Acórdão n.º 2.955/2018 se destina a informar à Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados que (i) a edição da Resolução-Anac 400/2016 “foi precedida de estudos regulatórios consistentes e de ampla discussão com os interessados, e tende a ser favorável ao consumidor, assim como as demais medidas de flexibilização regulatória setorial”; (ii) que os efeitos dessa Resolução serão acompanhados pela Anac “mediante relatório sobre aplicação, eficácia e resultados, a ser submetido à diretoria após cinco anos de vigência do normativo, nos termos do seu art. 42, não necessitando, neste momento, de medidas adicionais”.

Enfim, o TCU se mostrou muito favorável à norma produzida pela Anac, seja por um ângulo procedimental da concepção da Resolução-Anac 400/2016 – validando os atos praticados no processo administrativo que lhe deu origem –, seja por uma perspectiva material de concordância com o conteúdo do citado ato normativo regulatório.

2.2.9. O Acórdão n.º 2.310/2018

O processo n.º 024.768/2017-0 corresponde a uma auditoria operacional coordenada pela SeinfraPortoFerrovia, com a participação das Secretarias de Controle

Externo nos Estados de São Paulo, Pará, Santa Catarina e Rio de Janeiro, para verificar os “denominados ‘gargalos’, que impactam a eficiência dos portos brasileiros, com o intuito de identificar oportunidades de redução de tempo de liberação de cargas e de custo para o usuário”.

Nesse contexto, a SeinfraPortoFerrovia constatou que as ineficiências atingem todo o trâmite do ciclo de transporte de cargas nesse modal, “desde a chegada do navio até o desembarço completo dos produtos, no caso da importação, e da chegada da carga no porto até o embarque desta, no caso da exportação”.

Dentre as questões de auditoria formuladas, a que diz respeito a aspecto relevante a este trabalho, é a seguinte: “em que medida a Antaq atua para assegurar os direitos dos usuários no que tange a evitar a abusividade de preços no segmento de contêiner?”.

Dessa pergunta, a resposta obtida foi a de que a citada Agência não tem metodologia¹⁷⁴ e instrumentos adequados para o tratamento das denúncias recebidas quanto à abusividade e à não modicidade de preços praticados por terminais de contêineres, o que leva a “procedimentos *ad hoc*”, não sistematizados, e a “solicitações de informações pontuais dirigidas aos terminais no que respeita aos serviços denunciados”.

Diante desse panorama, o plenário do TCU – na linha do voto do ministro relator, Bruno Dantas – determinou à Antaq que (i) desenvolvesse “metodologia de análise de denúncias sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais e operadores portuários na movimentação de contêineres”; (ii) regulamentasse “processo para a obtenção sistemática dos custos relativos à movimentação de contêineres”; (iii) estabelecesse “medidas para acompanhar, de forma sistemática, o comportamento dos preços e tarifas praticados no segmento de contêiner”.

Ademais, de forma ainda mais sensível à regulação normativa, o TCU resolveu dar ciência à Antaq que a “Resolução-Antaq 2.389/2012 não tem se mostrado efetiva para assegurar um dos principais objetivos de regulação setorial”, especialmente no que é atinente à “modicidade das tarifas, ao cumprimento de padrões de eficiência e à harmonização dos objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias”.

¹⁷⁴ Conforme afirmação colhida no voto do relator, Ministro Bruno Dantas, a “ausência de metodologia definida para a análise acerca da abusividade dos preços denunciados foi reconhecida em despacho da Superintendência de Regulação da Antaq, de 25/1/2018, que apontou a existência de pelo menos três métodos de análise de abusividade de preços: por meio da evolução do preço impugnado em comparação com as taxas de inflação do período considerado; por meio da comparação do preço questionado com os de outros terminais de contêineres; e por meio da comparação do preço com o custo informado pelo terminal. Ao final, o gestor aponta que falta definição de metodologia de análise da abusividade de preços”.

A Resolução-Antaq n.º 2.389/2012 estabelece parâmetros para “a prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados”. A partir da sua edição – como informado no voto do relator – “tem se intensificado a cobrança de novas tarifas e a prática de majoração dos preços de forma periódica com índices normalmente acima da inflação, injustificadamente”.

Há o registro, no relatório da SeinfraPortoFerrovia, de que, com base na Nota Técnica 48/2015/GRP da própria unidade de regulação da Antaq, é necessária a alteração da Resolução-Antaq n.º 2.389/2012, “com vistas a pacificar os pontos de conflitos existentes hoje no normativo” da citada Agência.

Dessa forma, o Acórdão mencionado indica que a percepção do TCU, sobre falhas regulatórias no setor portuário, seria partilhada com a própria Antaq¹⁷⁵, a qual, no entanto, não tinha, por sua própria iniciativa, feito as alterações normativo-regulatórias necessárias para dar maior harmonia no setor regulado.

2.2.10. O Acórdão n.º 1.631/2018

O processo n.º 019.228/2014-7 trata de monitoramento de deliberações decorrentes¹⁷⁶ de fiscalizações em que se avaliaram a segurança energética do Brasil, para se verificar a possibilidade de “desequilíbrio entre a oferta e a demanda de energia elétrica entre os anos de 2009 e 2016”, bem como em que se avaliaram “a utilização racional dos recursos e o pleno atendimento à legislação e às metas ambientais”.

No que interessa a este trabalho, tem-se que, em 2015, após publicação da imprensa, que noticiou divergência na carga medida do sistema integrado, foi constatada uma diferença procedimental entre a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), o qual segue a regulamentação da Aneel (a Resolução Normativa Aneel 440/2011, alterada pela Resolução 476/2012).

¹⁷⁵ Conforme se afirma no voto do relator: “A ausência de metodologia definida para a análise acerca da abusividade dos preços denunciados foi reconhecida em despacho da Superintendência de Regulação da Antaq, de 25/1/2018, que apontou a existência de pelo menos três métodos de análise de abusividade de preços: por meio da evolução do preço impugnado em comparação com as taxas de inflação do período considerado; por meio da comparação do preço questionado com os de outros terminais de contêineres; e por meio da comparação do preço com o custo informado pelo terminal. Ao final, o gestor aponta que falta definição de metodologia de análise da abusividade de preços”.

¹⁷⁶ São elas: Acórdãos 1.196/2010, 1.171/2014, 184/2015 e 994/2015.

Ou seja, enquanto “a CCEE divulgou que a geração do sistema crescera 1,1% entre janeiro de 2014 e janeiro de 2015, o ONS divulgou que o crescimento seria de 2,4%”. Essa divergência é delicada, pois os valores de carga têm efeito na formação de preço da energia no curto prazo, além de influenciar o planejamento do setor elétrico.

Os números são contrastantes porque o ONS, seguindo a orientação da Resolução Normativa Aneel 440/2011, utiliza uma estimativa da geração de usinas de biomassa e pequenas centrais hidrelétricas, pequenas centrais térmicas, usinas eólicas e fotovoltaicas conectadas na rede de distribuição.

Essa estimativa ocorre, assim, “por meio da média mensal do histórico de geração líquida nos últimos cinco anos, e posterior cotejo dos dados com outras informações fornecidas pelos agentes de distribuição”. De outro lado, a CCEE adota “a quantidade efetiva de energia gerada por essas usinas ‘não simuladas’ pelo Operador, além de informações sobre o consumo de energia elétrica”.

Diante dessa discrepância, a SeinfraElétrica elaborou, em instrução precedente, uma proposta de determinação à Aneel para que ela reavaliasse “as Resoluções Normativas Aneel 440/2011 e 476/2012, uma vez que tal regulação não foi suficiente para a mensuração da geração do sistema (carga global)”. Depois, houve manifestação da referida Agência, com as seguintes alegações: (i) que a diferença na carga apurada “decorre parcialmente da defasagem temporal da comunicação entre esses agentes”; (ii) que a revisão da Resolução Normativa 440/2011 não contribuirá para a resolução do problema, já que “a falha não está na forma de apurar o valor de geração das usinas não simuladas individualmente, mas sim na forma de apuração do valor da carga”.

Diante dessas alegações da Aneel, a SeinfraElétrica, no relatório do Acórdão n.º 1631/2018, afirmou que, “do ponto de vista do controle externo, persiste a dúvida” e que, por se tratar de questão regulatória, caberia à Agência “decifrar se a divergência entre a carga e a oferta decorre da representação dos dados no planejamento da operação ou na compatibilização entre a Resolução Normativa 440/2011 e os procedimentos do ONS”.

Por isso é, a proposta de encaminhamento final da SeinfraElétrica, mantida na deliberação do plenário do TCU, foi para que se determinasse à Aneel que adotasse as medidas necessárias, conjuntamente com o ONS e a CCEE, para a “compatibilização entre a Resolução Normativa 440/2011 e os Procedimentos de Rede do ONS, para sanar a incompatibilidade entre a carga prevista e a carga total do sistema que, entre 2014 a 2016”.

Trata-se, assim, de Acórdão em que houve deferência ao regulador – e aos agentes do setor elétrico – “não adentrando assim na discricionariedade técnica da Aneel em avaliar quais as medidas necessárias para sanar a inconsistência posta” (conforme relatório da unidade técnica), o que ocorreu por força da dúvida da SeinfraElétrica quanto ao fundamento da divergência dos valores de carga calculados pelo ONS e pela CCEE.

2.2.11. O Acórdão n.º 290/2018 e o Acórdão n.º 1.461/2018

O processo n.º 012.831/2017-4 trata de representação de deputado federal, com pedido de medida cautelar, em que se pretendeu “suprimir parte do reajuste da tarifa básica de pedágio (TBP) de contrato de concessão da rodovia BR-101/ES/BA”.

Conforme afirmado pela SeinfraRodoviaAviação, “a Resolução-ANTT 5.339/2017 autorizou a revisão das tarifas de pedágio da concessão da rodovia BR-101/ES/BA em 15,13%”. Os fundamentos para essa revisão foram os seguintes: (i) “a correção de efeitos inflacionários (IPCA), correspondente à 4,57%”; (ii) “o impacto da Lei 13.103/2015 nos custos de manutenção da rodovia, de 4,8%”; e (iii) “a recomposição da tarifa em razão do término do período (1 ano) de desconto de reequilíbrio concedido na revisão tarifária anterior, de 4,27%”.

A Lei n.º 13.103/2015 (Lei dos Caminhoneiros) ampliou a tolerância na pesagem de carga em veículos de transporte. Dessa maneira, a ANTT adotou a Nota Técnica Conjunta SE-SPNT-DNIT-ANTT/MT como critério para fundamentar a revisão tarifária da BR-101/ES/BA, pois – segundo essa Nota – “o aumento de uma tonelada dos eixos dos caminhões tratores fabricados a partir de 2012 resultaria em um impacto de 10,5% nos esforços de manutenção do pavimento das rodovias brasileiras”.

No entanto, ainda em análise preliminar, o ministro relator, Augusto Nardes, determinou cautelarmente à ANTT que retificasse a revisão tarifária para não utilizar “valores superiores aos constantes na proposta comercial da empresa como base de referência para compensação do aumento de custos de manutenção do pavimento decorrente do art. 16 da Lei 13.103/2015”.

De igual maneira, o plenário do TCU determinou à ANTT, no Acórdão n.º 290/2018, que reavaliasse os “efeitos do art. 16 da Lei 13.103/2015 sobre os esforços de manutenção da Rodovia BR-101/ES/BA, (...) adotando posteriormente as medidas administrativas pertinentes, tais como, a edição de novas Resoluções a respeito do tema”.

Ademais, o TCU determinou à ANTT que retificasse “em definitivo, no prazo de 120 dias, a revisão tarifária autorizada pela Resolução 5.339/2017, contemplando, no caso, os parâmetros obtidos dos estudos determinados no subitem anterior”.

Enfim, a ANTT opôs embargos de declaração, que não ensejaram mudanças relevantes (Acórdão n.º 1.461/2018) nas determinações impostas à ANTT pelo TCU, que questionou a citada Resolução da Agência e indicou a necessidade de “novas Resoluções”.

2.2.12. O Acórdão n.º 1.447/2018

O processo n.º 010.482/2016-4 trata de solicitação do Congresso Nacional para examinar a conformidade de contrato de concessão da BR-101/ES/BA (o mesmo contrato discutido no caso acima), especialmente quanto ao atraso na execução dos investimentos previstos.

Nesse caso, conforme afirmado no voto do ministro revisor, Walton Alencar, a ANTT tinha postura leniente na “regulação dos serviços delegados”, diante dos “atrasos e inexecuções de investimentos previstos no plano de negócios” da concessionária (ECO101), os quais deveriam ser “compensados por mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro da avença”, para que houvesse (i) “a imediata e integral recomposição da tarifa em favor do usuário” e (ii) para que fosse inibida a insistência da concessionária em protelar a realização de obras e benfeitorias necessárias à prestação de serviços públicos adequados.

Como afirmado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodovias), “ao promover o adiamento de obras e serviços não-realizados, a ANTT desloca os investimentos no fluxo de caixa da concessão e promove descontos tarifários compensatórios, cujos efeitos são diluídos pelo restante do prazo de vigência do contrato de concessão”. Assim, a demora e a inexecução de investimentos não estariam reverberando sensivelmente nas reduções tarifárias decorrentes das revisões contratuais, sem alterar muito as receitas da concessionária.

Diante desse contexto, o voto do ministro revisor – na esteira do relatório da SeinfraRodovias e ao qual o ministro relator, Augusto Nardes, e o plenário do TCU aderiram – foi para determinar à ANTT que estabelecesse “em seus normativos relativos à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do fluxo de caixa não-alavancado dos contratos de concessão que possuam plano de negócios”, que “os descontos na tarifa de

pedágio relativos a atrasos e inexecuções de investimentos sejam aplicados de forma concentrada, pelo período de um ano, imediatamente após a identificação dessas inadimplências pela ANTT”, o que afasta a prática de diluição do impacto da redução da tarifa nos demais anos restantes do contrato de concessão.

Tendo em conta essa determinação existente no Acórdão n.º 1.447/2018, a ANTT editou a Resolução n.º 5.850/2019, no qual se disciplina “os preceitos de revisão tarifária, realizada, a depender dos mecanismos previstos contratualmente, por meio do Fluxo de Caixa Original (FCO)”.

2.2.13. O Acórdão n.º 1.446/2018

O processo n.º 030.098/2017-3 cuida de relatório de acompanhamento dos atos e procedimentos adotados pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) e pela Antaq em razão de alterações no marco regulatório do setor portuário, especificamente com as alterações promovidas pelo Decreto n.º 9.048/2017 (que alterou o Decreto 8.033/2013), de forma a regulamentar a Lei n.º 12.815/2013¹⁷⁷.

De início, a SeinfraPortoFerrovia diligenciou ao MTPA, à Antaq e à Casa Civil da Presidência da República, para obtenção de cópias de processos que “versaram sobre a edição do Decreto 9.048/2017, a assinatura de termos aditivos de adaptação, cronograma detalhado de análise desses pleitos e documentos elaborados acerca da implementação das regras veiculadas no decreto”.

Com base nesses documentos e tendo por fundamento “que o TCU não estaria fazendo exame de constitucionalidade, mas sim de legalidade”, a SeinfraPortoferrovia apontou, de forma preliminar, indícios de irregularidades em três institutos previstos na minuta padrão de adaptações dos contratos de arrendamento às disposições do Decreto n.º 9.048/2017: (i) a “possibilidade de extensão de vigência do contrato sem amparo legal”; (ii) a “possibilidade de realização de investimentos fora da área arrendada”; e (iii) a “possibilidade de substituição de área pública arrendada sem licitação prévia”.

Depois, o ministro relator, Bruno Dantas, entendeu que, diante da edição de “regulamentos pelo MTPA e pela Agência a fim de disciplinar as modificações no marco regulatório trazidas pelo Decreto 9.048/2017”, não existiriam óbices “a que o

¹⁷⁷ Essa Lei trata sobre a “exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários”.

encaminhamento mais apropriado para tratar alguns dos riscos fosse o melhor disciplinamento normativo por esses órgãos, na medida de suas competências”.

Nessa esteira, o plenário do TCU determinou ao MTPA e à Antaq que, “no âmbito de suas competências, adotem medidas concernentes à regulamentação do Decreto 8.033/2013” com diversos direcionamentos¹⁷⁸, os quais estão transcritos em nota de rodapé.

¹⁷⁸ “9.2. com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250 do Regimento Interno do TCU, determinar ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que, no âmbito de suas competências, adotem medidas concernentes à regulamentação do Decreto 8.033/2013, assegurando que: 9.2.1. em relação à implementação do art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017: 9.2.1.1. vedar a possibilidade de ampliação da vigência máxima dos atuais contratos, nas hipóteses de prorrogação ordinária e antecipada, desprovida de análise que considere como parâmetros o prazo original do contrato de arrendamento e a possibilidade de prorrogá-lo, uma única vez, por um período igual ou inferior a esse prazo; 9.2.1.2. restringir a hipótese de prorrogação contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de arrendamento portuário às situações em que restar demonstrado que a alternativa da licitação comprovadamente não se mostra a mais vantajosa, bem como o cumprimento dos seguintes requisitos, cumulativamente, para cada contrato: 9.2.1.2.1. ocorrência de fato superveniente, imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, alocado como risco do poder concedente que tenha modificado a situação contratada inicialmente; 9.2.1.2.2. necessidade de adoção de mecanismo para a recomposição de desequilíbrio econômico-financeiro materialmente relevante; 9.2.1.2.3. demonstração da inviabilidade de utilização de outros mecanismos que interfiram prioritariamente na relação entre o poder público e o particular, e, subsequentemente, nos serviços disponibilizados aos usuários, nos termos do Acórdão 774/2016-TCU-Plenário e do art. 14 da Resolução-Antaq 3.220/2014; 9.2.1.3. vedar a possibilidade de extensão de prazo cujos arrendatários estejam em falta com as obrigações com o Poder Público, inclusive no que tange aos investimentos originariamente previstos, bem como em relação aos padrões de qualidade e desempenho na prestação de serviço; 9.2.1.4. incluir condição resolutiva a fim de impedir a eficácia da prorrogação nas hipóteses de descumprimento da nova obrigação de investimento assumida pelo arrendatário; 9.2.1.5. avaliar a imposição de limite temporal com vistas a vedar a utilização do instituto no período final do contrato; 9.2.1.6. avaliar a definição de limites que assegurem que o prazo admissível para a prorrogação guarde razoável relação de proporcionalidade com o prazo inicial do contrato; 9.2.1.7. estabelecer metodologia de avaliação e aprovação prévia de projetos e do orçamento do investimento a ser realizado, procurando, inclusive, simular os efeitos de competitividade ou de barganha nesse processo de orçamentação, considerando, em alguma medida, os ganhos decorrentes da licitação, de modo a assegurar que o reequilíbrio pelo investimento ocorra a preços de mercado; 9.2.2. em relação à execução de investimentos em área comum do porto organizado, mediante reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos do art. 42-A do Decreto 8.033/2013: 9.2.2.1. fixar limites objetivos, com vistas a evitar a descaracterização do objeto do contrato de arrendamento e potencial comportamento oportunista dos arrendatários; 9.2.2.2. preservar o uso público das infraestruturas, não gerando qualquer preferência ou distinção de tratamento aos arrendatários ou seus clientes; 9.2.2.3. estabelecer mecanismos de fiscalização da utilização do instituto; 9.2.2.4. estabelecer parâmetros e critérios que possibilitem utilizar o cumprimento das obrigações ordinárias do arrendatário (obrigações contratuais) como subsídio para o emprego do instituto; 9.2.2.5. assegurar que o investimento tenha relação, ainda que indireta, com o serviço prestado pelo arrendatário; 9.2.2.6. incorporar o componente “planejamento” na utilização do instituto, avaliando a possibilidade e a conveniência de limitar o seu uso a casos de investimentos previstos nos instrumentos de planejamento da autoridade portuária, e de estabelecer marcos temporais para a inclusão desses investimentos nos contratos de arrendamento; 9.2.2.7. estabelecer metodologia de avaliação e aprovação prévia de projetos e do orçamento da obra a ser realizada, procurando, inclusive, simular os efeitos de competitividade ou de barganha nesse processo de orçamentação, considerando, em alguma medida, os ganhos decorrentes da licitação, de modo a assegurar que o reequilíbrio pelo investimento ocorra a preços de mercado; 9.2.2.8. instituir mecanismos de transparência, promovendo-se especial publicidade das propostas e da formalização de termos aditivos que incluam investimentos dessa natureza nos contratos de arrendamento, evidenciando custos considerados e impactos para os usuários dos serviços; 9.2.2.9. instituir mecanismos que coíbam potencial comportamento oportunista da autoridade portuária no dever de implantar e manter as áreas e instalações sob seu encargo, a

A quantidade de comandos, no Acórdão n.º 1.446/2018, atinentes à regulação normativa, faz supor que não haverá margem para a Antaq regulamentar o Decreto n.º 8.033/2013 com “discrecionabilidade técnica”, é dizer, da forma que lhe parecer mais adequada.

2.2.14. O Acórdão n.º 380/2018 e o Acórdão n.º 775/2018

O processo n.º 003.667/2018-9 diz respeito à representação formulada pela SeinfraPortoFerrovia, em razão de indícios de irregularidade na Resolução Normativa Antaq 1/2015. No caso, discute-se se referida norma da agência “extrapolaria os limites da Lei 9.432/1997 e, conseqüentemente, o princípio da reserva legal”, ou seja, “se extrapolaria o poder regulamentar da Agência”.

É necessário explicar que a referida Resolução Normativa trata de “procedimentos e critérios para o afretamento de embarcação por empresa brasileira de navegação nas navegações de apoio portuário, apoio marítimo, cabotagem e longo curso”.

Especificamente, essa Resolução afirma em seu art. 5º, inciso III, alínea ‘a’, que as Empresas Brasileiras de Navegação (EBN) só podem afretar embarcações estrangeiras até o limite do quádruplo da tonelagem de porte bruto das embarcações de registro brasileiro em operação comercial pela empresa afretadora e que devem, também, ser proprietárias de, ao menos, “uma embarcação de tipo semelhante à pretendida”.

Essa limitação se justificaria, segundo a Antaq, por se visar ao “estímulo a investimentos privados de diversas empresas que a ela se submeteram, buscando garantir frota própria, arvorando a bandeira brasileira, no intuito de alavancarem a capacidade de afretamento”.

exemplo da exigência de motivação, pela autoridade portuária, de que a realização de investimentos pelo arrendatário naquele caso é solução mais adequada do que sua execução pela própria autoridade; 9.2.2.10. instituir mecanismos de regulação tarifária e contabilidade regulatória destinados eliminar a possibilidade de incremento indevido de custos para os usuários dos serviços portuários; 9.2.2.11. vedar a utilização combinada com a prorrogação de prazo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro; 9.2.3. em relação à possibilidade de substituição de áreas de arrendamento, nos termos do art. 24-A do Decreto 8.033/2013: 9.2.3.1. instituir mecanismos que mitiguem o risco de desvirtuamento do objeto original do arrendamento, assegurando-se de manter a equivalência econômica entre as áreas permutadas e a finalidade do arrendamento; 9.2.3.2. adotar medidas que coíbam potencial comportamento oportunista de arrendatários e o tratamento favorável ou desfavorável a grupos com maior ou menor poder de influência, a exemplo da utilização de instrumentos de planejamento e ampla transparência; 9.2.3.3. instituir mecanismos de participação e controle social contemplando, pelo menos, a realização de audiências públicas e a formalização de canais institucionais para denúncias e impugnações por parte de terceiros”.

Ademais, essa Agência Reguladora afirmou que “essa tarefa [a competência de elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prática de afretamentos de embarcações] compreende a regulação em sentido amplo, o que significa não apenas reproduzir textos de lei, mas definir parâmetros normativos de orientação comportamental”.

Ainda, a Antaq alegou “que a atividade normativa das agências reguladoras é suplementar à função precípua dos órgãos legislativos e à função regulamentar do próprio Poder Executivo, com a qual não se confunde, por ser mais densa e complexa”. Com base nesse entendimento, concluiu que “não haveria qualquer usurpação da atividade legislativa”.

No Acórdão n.º 380/2018, o plenário do TCU determinou à Antaq, cautelarmente, que, “ao examinar pedido de autorização de afretamento de embarcação estrangeira nas hipóteses em que for verificada inexistência ou indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados para o transporte ou apoio pretendidos”, ela se absteresse “de exigir as limitações de quáadruplo de tonelage e de propriedade de embarcação do tipo semelhante à pretendida previstas no art. 5º, inciso III, alínea “a”, da Resolução Normativa Antaq 1/2015”.

Em outro sentido, a unidade técnica tinha entendido que faltava o *periculum in mora* para a concessão da medida de urgência, pois já havia deferimento de pedido liminar no âmbito do Mandado de Segurança n.º 1000594-21.2017.4.01.3400, que tramita na 5ª Vara Federal de Brasília, cujo juízo concluiu preliminarmente pela extrapolação legal da Resolução Normativa Antaq 1/2015.

Por fim, no Acórdão n.º 775/2018, foi conhecido e desprovido o agravo de instrumento interposto pela Antaq, ao passo que se determinou a remessa dos autos “à SeinfraPortoFerrovia para análise de mérito do feito”.

2.2.15. O Acórdão n.º 2.533/2017

O processo n.º 019.494/2014-9 trata de representação formulada por auditor federal de controle externo (AUFC), “a respeito de possíveis irregularidades encontradas nos Termos de Ajuste de Conduta (TAC) celebrados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) no âmbito dos contratos de concessão da ferrovia Transnordestina”.

Diante da persistência das deficiências e das irregularidades da concessionária, que ensejaram a aplicação das multas, a ANTT decidiu, em 2005, celebrar um Termo de Ajuste de Conduta com a Companhia Ferroviária do Nordeste (CFN), a fim de “restabelecer a regularidade das operações ferroviárias da Malha Nordeste, ampliar a prestação do serviço público de transporte de cargas e reativar trechos com tráfego suspenso”.

No entanto, conforme ressaltado pelo MPTCU, “houve a fixação de novas metas mais frouxas que as que haviam sido fixadas originalmente no contrato de concessão, o que vai na contramão da lógica de aprimoramento contínuo dos serviços concedidos”. Por isso, “o TAC não proporcionou nenhuma melhoria na prestação do serviço público, servindo, apenas, para o adiamento da instauração de novos processos administrativos de aplicação de penalidades, em benefício exclusivo da concessionária”.

Em seu voto, o ministro relator, Walton Alencar, afirmou que embora a norma da ANTT, que fundamentou a celebração dos termos de ajustamento de conduta (artigos 16 a 18, da Resolução ANTT 442/2004), “tenha sido editada dentro das competências deferidas à Agência Nacional de Transportes Terrestres pelos artigos 20 a 24 da Lei 10.233/2001”, existem “lacunas que a tornam mera recomendação ao concessionário para correção de pendências, destituída qualquer conseqüência jurídica que a torne eficaz e efetiva ao interesse público atinente à regular prestação do serviço público concedido”.

Por isso o TCU recomendou à ANTT que continuasse o processo de elaboração de resolução que regulamentasse a celebração de TACs, “a fim de estabelecer critérios mais rigorosos para celebração dos referidos acordos substitutivos a dotá-los de efetividade”, com “cominações para o caso de descumprimento das obrigações pactuadas, com eficácia de título executivo extrajudicial”.

Por essa recomendação, a ANTT editou a Resolução n.º 5.823, de 12 de junho de 2018, em que se prevê, entre outras coisas, “penalidade para o caso de rescisão do TAC em razão de seu descumprimento” (art. 11, VII).

2.2.16. O Acórdão n.º 989/2017

O processo n.º 012.558/2016-8 trata de auditoria de conformidade, a fim de avaliar os atos e procedimentos adotados pela extinta Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), pela Antaq e pelas Autoridades Portuárias, “para a prorrogação

antecipada dos contratos de arrendamentos portuários e para a fiscalização de seu cumprimento”, tendo por referência o Acórdão TCU n.º 2.200/2015 – Plenário.

No referido Acórdão, o TCU avaliou o marco regulatório (com as inovações trazidas pela Lei n.º 12.815/2013 – Lei dos Portos), novo à época, e constatou que havia “falhas no arcabouço institucional-legal que regula a prorrogação antecipada dos contratos de arrendamentos portuários, cuja contrapartida é a antecipação de investimentos por parte dos arrendatários”. Diante disso, o TCU impôs – no que aqui interessa – determinações à Antaq naquele Acórdão, para que editasse atos normativos que suprissem as fragilidades apontadas pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária (SeinfraHidroferrovias).

Já no Acórdão n.º 989/2017, o relator Walton Alencar afirmou que, “do mesmo modo que na análise dos EVTEA”¹⁷⁹, havia a demora da Antaq “em sistematizar em regulamento os procedimentos e critérios referentes ao processo de análise dos projetos executivos”, embora não representasse descumprimento do Acórdão n.º 2.200/2015, era “claramente nociva, na medida em que persistem todos os riscos já mencionados”.

Após o transcurso de “mais de dezoito meses” entre um Acórdão e outro, “sem que a Antaq tenha logrado editar os normativos necessários para mitigar os riscos mapeados por este Tribunal”, o TCU determinou à Antaq que encaminhasse plano de ação para conceber norma versando sobre: (i) “os procedimentos de análise e os requisitos que condicionam a aprovação de EVTEA”; e (ii) “os procedimentos de análise e os requisitos para a aprovação de projetos executivos no âmbito das prorrogações antecipadas dos contratos de arrendamento realizadas com base na Lei 12.815/2013”.

De igual maneira, o TCU recomendou à Antaq que incluísse “no normativo ou conjunto de normativos atinentes aos projetos executivos” diversas condicionantes¹⁸⁰, o que obviamente afeta a independência da Agência Reguladora em sua produção normativa.

¹⁷⁹ São os Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental para instalação de empreendimentos no setor portuário.

¹⁸⁰ São elas: “9.3.1.1. obrigatoriedade de aderência do cronograma físico-financeiro ao cronograma de desembolso utilizado na montagem do fluxo de caixa no EVTEA e a previsão do estabelecimento de marcos críticos ao longo da execução contratual, a fim de viabilizar o exercício de suas competências fiscalizatórias previstas na Lei 10.233/2001, art. 27, incisos XVI e XXV; na Lei 12.815/2013, art. 16, inciso III; e na Resolução-Antaq 3.274/2014, art. 11; 9.3.1.2. procedimentos e critérios para a verificação da aderência do cronograma físico-financeiro do projeto executivo ao cronograma de desembolso utilizado na montagem do fluxo de caixa do EVTEA e por conseguinte dos Planos de Investimentos; 9.3.1.3. prazo máximo para deliberação da Antaq sobre projetos executivos apresentados e medidas aplicáveis em caso de a Agência se manter silente nesse prazo, a fim de dar cumprimento à Lei 9.784/1999, art. 2º, no que tange aos princípios do interesse público e da segurança jurídica e a fim de viabilizar o exercício, por parte das Autoridades Portuárias, das competências fiscalizatórias previstas na Lei 12.815/2013, art. 17, § 1º, incisos

Por isso, ANTAQ aprovou, por meio da Resolução n.º 7.315/2019, a revisão do Manual de Procedimentos de Análise de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) de Arrendamentos Portuários.

2.2.17. O Acórdão n.º 738/2017

O processo n.º 014.689/2014-6 trata de acompanhamento com objetivo de avaliar os procedimentos da ANTT e do Ministério dos Transportes nas alterações dos contratos da 1ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais (Procrofe).

Especificamente, discute-se a aprovação da execução da obra “denominada Nova Subida da Serra (NSS) e do posterior Termo Aditivo 12, assinado para reequilibrar o contrato de concessão, de responsabilidade da Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora – Rio (Concer)”.

Embora a obra da NSS estivesse presente no Programa de Exploração da Rodovia (PER) como obrigação da concessionária, “o projeto, aprovado pela ANTT em 2011, prevê sua duplicação, incluindo a construção de um túnel rodoviário de 4,6 km, que será o maior do país, e a separação do fluxo rodoviário do fluxo urbano das cidades vizinhas”, conforme ressaltado pela SeinfraRodovia em seu relatório.

Com isso, “o orçamento da obra, aprovado pela ANTT, totaliza R\$ 297 milhões a preços iniciais de abril de 1995, correspondendo a quantia a mais de três vezes o valor originalmente previsto no PER de R\$ 80 milhões”, nos termos afirmados no voto do ministro relator, Walton Alencar.

Para viabilizar a referida obra, a ANTT e o Ministério dos Transportes entenderam que o meio mais adequado seria a execução pela própria concessionária, contando com aporte de recursos federais no contrato de concessão, a fim de complementar o valor já disponível no PER. Nesse sentido, o artigo 4º da Resolução ANTT 1.187/2005 estabelece que “os valores globais ou quantitativos de obras e serviços que constarem do Programa de Exploração não poderão ser extrapolados, salvo com prévia autorização da Diretoria da ANTT”.

No caso, o Gerente de Engenharia e Investimentos de Rodovias da ANTT (e, não, a Diretoria da ANTT) autorizou, em junho de 2013, o início de parte da obra da NSS, cujo montante global do investimento excedia a previsão contida no PER.

I e V; e na Portaria-SEP 349/2014, art. 5º, inciso II; 9.3.1.4. definição acerca da autorização para o início de obras e das competências para sua fiscalização”.

Em abril de 2014, com quase um ano de execução da obra, a ANTT e a Concer firmaram o Termo Aditivo n.º 12, que é o instrumento regulador dos mecanismos de reequilíbrio da obra da NSS. Para isso, houve a previsão de aportes de recursos públicos, no referido Termo, para fazer frente à insuficiência do PER.

Diante desse quadro, o ministro relator ressaltou, em seu voto, “o ineditismo das circunstâncias em que conferida a autorização para início das obras da NSS [feita pelo Gerente de Engenharia], investimento de grande porte, custeado com recursos oriundos do PER e complementado com recursos do orçamento da União”, cuja previsão contratual só veio com quase um ano de execução da obra.

No que interessa a este trabalho, o plenário do TCU recomendou à ANTT que elaborasse “norma interna para disciplinar a autorização, às concessionárias de serviços públicos, de início de obras cujo custo supere os recursos disponíveis no Programa de Exploração Rodoviária”.

2.2.18. O Acórdão n.º 79/2017

O processo n.º 023.176/2015-6 trata de auditoria operacional realizada pela Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaúde) com o objetivo de avaliar a atuação da ANS quanto às competências estabelecidas na Lei n.º 9.961/2000, a partir da qual essa entidade reguladora foi criada.

Especificamente, o objetivo inicial da auditoria era, conforme autorizada pelo Acórdão n.º 2.485/2012 (TC 030.285/2012-7), avaliar a capacidade de fiscalização da ANS. Contudo, houve a edição da Resolução Normativa (RN) 388/2015, que revogou as seguintes Resoluções que tratavam das ações de fiscalização da Agência: (i) RN 223/2010, que disciplinava o programa de fiscalização proativa “Olho Vivo”¹⁸¹; (ii) RN 48/2003, que estabelecia normas para instauração do processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de sanções; e (iii) RN 343/2010, que regulamentava o procedimento da Notificação de Intermediação Preliminar (NIP).

¹⁸¹ Conforme se afirma no sítio eletrônico da ANS, o “Olho Vivo” originalmente se “propunha a desenvolver operações de fiscalização pró-ativa sobre operadoras de plano de saúde apontadas pelo que se convencionou chamar indicador de risco, consistente na razão entre o número de demandas registradas na Central de Relacionamento da ANS e o número de beneficiários das operadoras, consideradas separadamente de acordo com a modalidade de atuação e o porte”. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/operadoras-e-servicos-de-saude/399-ans-lanca-norma-de-fiscalizacao-pro-ativa>. Acesso em: 25 de junho de 2020.

Diante dessa mudança normativa, a equipe de auditoria teve de mudar o foco dos trabalhos para tratar das mudanças trazidas pela RN 388/2015, bem como para avaliar as ações de monitoramento técnico-assistencial e econômico-financeiro promovidas pela Agência.

Como resultado dos trabalhos, a SecexSaúde identificou deficiências na realização de fiscalizações *in loco* planejadas, de competência da Diretoria de Fiscalização (Difis), da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos (Dipro) e da Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras (Diope). A equipe de auditoria entendeu que as ações fiscalizatórias da ANS “não são resultado de um programa de fiscalização sistematizado e estruturado, com o fito de avaliar a situação de determinada operadora de plano de saúde”. Na verdade, essas ações seriam “resultado de demandas de reclamação de beneficiários e destinados a esclarecer pontos específicos”.

Depois, o segundo aspecto apontado pela equipe de fiscalização diz respeito a “deficiências dos sistemas de informação utilizados pela ANS nas atividades de fiscalização e de monitoramento assistencial e econômico-financeiro”. Assim, a Agência estaria enfrentando dificuldades (i) “na recuperação de informações por lentidão no tempo de resposta aos comandos ou pela falta de recursos de busca detalhados”; (ii) “na recuperação de informação específica para fins de cálculo de multa e identificação de reincidência”; (iii) “na definição de perfis de acesso e na edição de texto dos documentos”.

O terceiro ponto da auditoria diz respeito a deficiências “na integração entre as diretorias responsáveis pelas atividades de fiscalização e monitoramento técnico-assistencial e econômico-financeiro”. Assim, a unidade técnica observou que, apesar de o Regimento Interno da ANS remeter a uma atuação integrada entre as diretorias, elas “se comportam como entidades autônomas que possuem deficiências no compartilhamento de informações e no estabelecimento de atividades integradas”.

Obtidas essas constatações, o plenário do TCU – na linha do voto do relator Bruno Dantas – recomendou à ANS que definisse as competências da Dipro e da Difis quanto à “visita técnica assistencial e de fiscalização, de forma a não haver sobreposições ou lacunas na execução das atividades de monitoramento e de fiscalização entre as duas diretorias”.

Ademais, o TCU recomendou à Agência que estabelecesse, “preferencialmente por meio de ato normativo”, a periodicidade para a realização de pesquisa de demandas inativas da NIP e para a análise periódica, “de todas as demandas recebidas por meio de

NIP, definindo as competências dos agentes envolvidos, os critérios de seleção da amostra e as formas de publicação e divulgação dos resultados”.

2.2.19. O Acórdão n.º 3.072/2016

O processo n.º 030.511/2015-1 trata de auditoria operacional realizada na ANP com o objetivo de avaliar os pedidos de *waiver* apresentados e a sistemática vigente da Política de Conteúdo Local (PCL).

A PCL é uma política pública que visa: (i) ao incremento da participação da indústria nacional em bases competitivas; (ii) ao aumento da capacitação e do desenvolvimento tecnológico nacional; (iii) à melhoria da qualificação profissional; e (iv) à geração de emprego e renda. Assim, a partir das diretrizes legais definidas pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), a PCL é implementada por meio de regras exigidas nos contratos de concessão, partilha de produção e cessão onerosa, o que é objeto de regulação pela ANP.

Segundo o Programa de Mobilização da Indústria Nacional de Petróleo e Gás Natural (Prominp), o conteúdo local (CL) é a “proporção dos investimentos nacionais aplicados em um determinado bem ou serviço, correspondendo à parcela de participação da indústria nacional na produção desse bem ou serviço”.

Nos processos licitatórios conduzidos pela ANP, são feitas exigências de oferta de CL, pois o compromisso com o investimento em bens e serviços nacionais é critério de julgamento nos referidos certames (no regime de concessão).

No entanto, quando os bens fabricados no mercado nacional tiverem qualidade inferior, preço maior ou prazo de entrega superiores àqueles produzidos no exterior ou, ainda, se a tecnologia for inexistente no País, a ANP poderá, excepcionalmente, autorizar a aquisição do bem ou serviço no mercado externo sem a exigência de CL mínimo.

Nesse sentido, *waiver* é a solicitação à ANP para a dispensa, exoneração ou isenção do cumprimento de compromissos de conteúdo local nos contratos de exploração de petróleo e gás. Com efeito, a quantidade elevada de pedidos de *waiver* pleiteados pelos operadores à ANP foi um dos fatores que motivaram a auditoria discutida.

No entanto, mesmo diante da disfuncionalidade decorrente da quantidade de pedidos de *waiver* formulados à ANP, ela não tinha regulamentado esse instituto, o que

gerava insegurança jurídica e falta de transparência quanto às balizas para o deferimento, ou não, dos referidos pedidos.

Por isso, o plenário do TCU – na linha do raciocínio do ministro relator, José Mucio Monteiro – determinou à ANP que normatizasse “critérios claros e objetivos sobre a aplicabilidade do instrumento de *waiver*, fundamentado em estudos que esclareçam os impactos da regulamentação, inclusive sobre os pedidos já protocolados na agência”.

Depois, é válido noticiar que – por meio da Resolução n.º 726, de 11 de abril de 2018 – a ANP regulamentou a matéria ora discutida, estabelecendo os critérios e os “procedimentos aplicáveis à Isenção de cumprimento da obrigação de Conteúdo Local, bem como as regras gerais dos Ajustes de percentual de Conteúdo Local comprometido e das Transferências de Excedente de Conteúdo Local”.

2.2.20. O Acórdão n.º 2.683/2016

O processo n.º 006.516/2016-5 cuida de auditoria operacional com objetivo de avaliar os procedimentos adotados pela Anvisa “em relação ao controle posterior ao registro dos medicamentos, visando à fiscalização da manutenção da fórmula, dos efeitos esperados e de sua segurança”.

É importante observar que a Anvisa atua de três maneiras quanto aos produtos objetos de controle da vigilância sanitária: (i) concede o registro antes de serem industrializados, expostos à venda ou entregues ao consumo; (ii) realiza inspeções para assegurar a qualidade na produção; e (iii) monitora o uso desses produtos, após a comercialização.

Assim, conforme afirmado no relatório da Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaude), “por mais rigorosos que sejam os requisitos para o registro de produtos sob vigilância sanitária e para a inspeção de boas práticas de fabricação”, não é possível “prever todas as falhas ou problemas para a saúde que um produto possa causar após a sua entrada no mercado”. Daí decorre a relevância da vigilância da pós-comercialização.

No entanto, os achados da auditoria operacional realizada indicam que, no processo de renovação de registro dos fármacos, houve falhas relacionadas ao baixo número de

análises dos relatórios periódicos de farmacovigilância¹⁸²(RPF), ao número excessivo de renovações automáticas e ao baixo percentual de continuação da análise dessas renovações.

No seu voto, o ministro relator, Bruno Dantas, indica que referidas falhas podem gerar “risco à saúde da população em virtude da comercialização de medicamentos com registro renovado sem análise do perfil de segurança e de possíveis eventos adversos ocorridos no período anterior de validade do registro do medicamento”.

Por isso, o TCU recomendou à Anvisa, entre outras coisas, que validasse os “critérios objetivos para priorização da análise dos documentos de farmacovigilância, avaliando a necessidade de alteração dos normativos vigentes”¹⁸³.

2.2.21. O Acórdão n.º 2.333/2016

O processo n.º 023.133/2015-5 é concernente a uma auditoria operacional concebida com o objetivo de avaliar a atuação da Anatel no aprimoramento da qualidade da prestação dos serviços de telefonia móvel no Brasil. Além disso, o referido processo diz respeito, também, ao monitoramento das deliberações ainda não atendidas dos Acórdãos 1.458/2005, 2.109/2006, 1.864/2012, 210/2013 e 2.926/2013, todos do Plenário.

Em seu voto, o ministro relator, Bruno Dantas, ressalta que o histórico das ações de controle do TCU sobre a Anatel, “em relação à qualidade dos serviços de telecomunicações”, é rico, “como comprovam as diversas fiscalizações já realizadas, as quais abrangeram as atividades da agência atinentes às suas principais atribuições – regulamentação, fiscalização, sanção e educação do usuário”.

¹⁸² Conforme afirmado no relatório da SecexSaude: “A Organização Mundial da Saúde (OMS) define Farmacovigilância como a ‘ciência e as atividades relativas à identificação, avaliação, compreensão e prevenção de efeitos adversos ou qualquer outro problema relacionado a medicamentos’. Entre os seus objetivos está o aprimoramento do cuidado com o paciente e da segurança em relação ao uso de medicamentos”.

¹⁸³ Foram levadas em consideração diversos normativos da Anvisa: RDC 250/2004 (dispõe sobre a revalidação do registro de medicamentos), RDC 55/2005 (requisitos mínimos relativos à obrigatoriedade, por parte das empresas detentoras de registros, de comunicação às autoridades sanitárias competentes e aos consumidores e de implementação da ação de recolhimento de medicamentos, em hipótese de indícios suficientes ou comprovação de desvio de qualidade), RDC 04/2009 (dispõe sobre as normas de Farmacovigilância para os detentores de registro de medicamentos de uso humano), RDC 48/2009 (dispõe sobre realização de alteração, inclusão, suspensão, reativação, e cancelamento pós-registro de medicamentos), RDC 51/2014 (instituiu oficialmente a Rede Sentinela), RDC 60/2014 (dispõe sobre os critérios para a concessão e renovação do registro de medicamentos com princípios ativos sintéticos e semissintéticos, classificados como novos, genéricos e similares) e RDC 73/2016 (dispõe sobre mudanças pós-registro, cancelamento de registro de medicamentos com princípios ativos sintéticos e semissintéticos e dá outras providências).

Assim, “relevantes avanços” seriam decorrentes desse controle exercido pelo TCU, quais sejam: (i) a “edição de regulamento de defesa do consumidor pela agência”; (ii) a “elaboração de metodologia para fixação das multas aplicadas nos casos de descumprimento dos indicadores de qualidade”; e (iii) a “criação, no órgão regulador, de uma superintendência de relações com os consumidores”.

No entanto, o voto do relator faz a ressalva que, “no caso específico do serviço móvel pessoal (SMP), os progressos não foram suficientes para alterar a percepção generalizada entre nós, usuários, de que a qualidade ainda está longe de um patamar considerado adequado”.

Com base na auditoria realizada pela SeinfraAeroTelecom, percebeu-se o “descompasso entre a atuação da Anatel e a visão do usuário nas inadequações apuradas no manual técnico elaborado para viabilizar a implementação do Regulamento-Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC)”. Isso porque não houve representantes dos consumidores na elaboração e atualização desse manual.

Por isso, existiriam alguns dispositivos do manual que violariam garantias e direitos dos consumidores previstos no RGC, em benefício das operadoras. Como exemplo, o ministro relator citou a “exceção aberta à vedação prevista no RGC que o consumidor receba mensagem publicitária sem seu prévio e expreso consentimento, que flagrantemente fere o direito previsto no art. 3º, inciso XVII, do RGC e beneficia as prestadoras de telefonia móvel”.

Dessa forma, o plenário do TCU determinou que a Anatel adotasse providências para “excluir do Manual Técnico do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC) toda e qualquer interpretação que resulte em alteração do significado e/ou abrangência do texto vigente do regulamento”, ou seja, realizando uma atividade hermenêutica sobre como deveria ser lida uma norma da Agência.

No mesmo sentido, o TCU deu ciência à Anatel quanto ao “dever legal de obedecer ao procedimento administrativo previsto para realizar eventuais alterações no texto dos seus regulamentos”, os quais teriam sofrido alterações no significado e na abrangência pelo “Conselho Diretor ou [por] um grupo composto por servidores da agência e representantes das prestadoras de telecomunicações”.

Como se não bastasse, o TCU recomendou à Anatel que estabelecesse e formalizasse “os requisitos mínimos a serem cumpridos pelas operadoras na divulgação

dos mapas de cobertura na internet, com vistas a aumentar a efetividade desse instrumento de consulta voltado para o usuário”, pois haveria falta de clareza na atuação da Agência “ao definir e exigir divulgação dos parâmetros referentes à cobertura do serviço móvel”.

Ademais, o TCU determinou que a Anatel incluísse, no processo de revisão do modelo de gestão de qualidade do SMP, uma avaliação quanto a diversos aspectos¹⁸⁴. De igual sorte, fez recomendação à Agência com outras indicações¹⁸⁵ de avaliação no referido processo de revisão.

Em 23 de dezembro de 2019, a Anatel editou a Resolução n.º 717, que concebe o Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações, inclusive quanto a Serviço Móvel Pessoal.

2.2.22. O Acórdão n.º 1.736/2016

O processo n.º 028.834/2010-0 trata de representação da Procuradoria da República quanto a supostas irregularidades na Resolução Antaq n.º 1.780/2010¹⁸⁶, em que se permitiu o aditamento do contrato n.º 012/2000, firmado entre a Companhia Docas do Estado da Bahia e a empresa Tecon Salvador, a fim de incorporar terreno contíguo à área intitulada Ponta Norte do Porto de Salvador.

Em seu voto, o ministro relator, Raimundo Carreiro, entendeu que a mencionada incorporação decorreu “da evolução de estudos técnico-econômicos contratados pela Codeba e devidamente albergados pelas áreas técnica e jurídica da Antaq”. Por isso, seria “uma decisão planejada, fundamentada em estudos e que, conforme a Codeba, foi tomada após diversas tratativas com a SEP e a Antaq, que são, respectivamente, os órgãos

¹⁸⁴ Quais sejam esses aspectos: quanto “ao volume excessivo de indicadores; à viabilidade de se mensurar os indicadores de forma fidedigna; à sobreposição de atividades de fiscalização e controle da qualidade do serviço de telefonia móvel; e à necessidade de fiscalização periódica dos processos de extração dos indicadores, incluindo aqueles extraídos pela Entidade Aferidora da Qualidade (EAQ)”.

¹⁸⁵ “9.8.5. inclua, no processo de revisão do modelo de gestão de qualidade do SMP, atualmente em curso na agência, avaliação quanto: 9.8.5.1. ao número de procedimentos existentes na agência para fiscalizar e acompanhar os indicadores utilizados no monitoramento do desempenho do referido serviço, bem como à periodicidade das fiscalizações voltadas para acompanhar os processos de extração de dados realizados pelas operadoras para calcular esses indicadores, com vistas a evitar que haja sobreposição de atividades na avaliação do mesmo tema ou critério e a ampliar a confiabilidade dos resultados do desempenho do SMP; 9.8.5.2. às possíveis melhorias advindas da implantação de metodologia que considere as metas de qualidade de telefonia móvel de maneira segmentada, considerando as especificidades das regiões monitoradas, com vistas a incentivar a expansão do fornecimento do serviço e a sua convergência com a percepção do usuário; 9.8.5.3. à adequação e à atualização dos critérios utilizados na metodologia do Índice de Desempenho de Atendimento (IDA), com vistas a conferir mais confiabilidade aos resultados quanto ao desempenho das operadoras”.

¹⁸⁶ Essa resolução não pode ser tida como regulação normativa, por ter efeitos muito concretos e por ser endereçada à única arrendatária.

responsáveis pela formulação das políticas pública e pela regulação do setor portuário”. Com base nesse raciocínio, a representação foi julgada improcedente no Acórdão n.º 1.736/2016.

Sob outro aspecto do aditamento do Contrato 012/2000, a Secretaria de Infraestrutura Hídrica (SeinfraHídrica) apontou que a “fixação de preços máximos para serviços e atividades reguladas é de fundamental importância nos casos em que a competição é inexistente ou restrita”, tendo em vista que a redação da cláusula do termo aditivo mencionado era dúbia quanto ao reajuste de tais preços.

Por isso, a adoção de preços máximos seria, conforme a SeinfraHídrica, um “mecanismo regulatório que a Agência tem à disposição para garantir a modicidade dos preços cobrados dos usuários e eliminar eventuais abusos decorrentes de imperfeições do mercado – competências estas atribuídas expressamente à Antaq pelo Decreto 4.122/2002”. Assim, o TCU determinou à Antaq que enviasse “plano de ação detalhado, com cronograma e responsáveis por cada ação, para regulamentação da metodologia de cálculo dos preços máximos que poderão ser cobrados pelas arrendatárias dos usuários”.

2.2.23. O Acórdão n.º 787/2016

O processo n.º 009.923/2010-1 trata de acompanhamento “do segundo, terceiro e quarto estágios da licitação cujo objeto foi o arrendamento do Terminal de Fertilizantes e de Ração Animal do Porto de Imbituba em Santa Catarina”.

Em seu relatório, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária (SeinfraHid) considerou comprovado o atendimento às determinações existentes no Acórdão n.º 1.011/2011 do plenário do TCU, exceto quanto ao item que determinava que a Companhia Docas de Imbituba (CDI) deveria estabelecer, na minuta do contrato, “os parâmetros mínimos de qualidade aceitáveis para as condições de regularidade, continuidade, eficiência e atualidade, bem como as fórmulas ou os parâmetros definidores da qualidade do serviço”, tendo em vista a redação dos incisos II e III do art. 28 da Resolução – Antaq 55/2002¹⁸⁷.

¹⁸⁷ “Art. 28 São cláusulas essenciais dos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias, as relativas: I - ao objeto, à área de prestação do serviço e ao prazo; II - ao modo, forma e condições da exploração do serviço, com a indicação, quando for o caso, de padrões de qualidade e de metas e prazos para o seu aperfeiçoamento”.

Diante de tal descumprimento e tendo em vista que a Resolução Antaq n.º 55/2002 foi substituída pela Resolução Antaq n.º 2.240/2011 – em que se estabelece, no art. 12, VIII, que os parâmetros mínimos de qualidade e de produtividade para a prestação do serviço adequado serão regulamentados pela Antaq –, o TCU determinou à Agência (relatoria de Raimundo Carreiro), que enviasse plano de ação “para regulamentação dos parâmetros mínimos de qualidade e de produtividade para a prestação do serviço portuário adequado a serem exigidos nos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias”.

Ou seja, diante da mudança normativa no âmbito da Agência, a determinação original (do Acórdão n.º 1.011/2011) do TCU à CDI, no plano contratual, foi estendida para que a Antaq previsse, no plano normativo¹⁸⁸, os parâmetros mínimos de qualidade e de produtividade para a prestação do serviço portuário. Enquanto isso, o TCU determinou à CDI e à Antaq que, na formalização do aditivo ao Contrato de 17/2/2012, firmado entre a CDI e a Fertilizantes Santa Catarina Ltda., houvesse a previsão da “obrigação de a Arrendatária observar os parâmetros de qualidade e de produtividade a serem estabelecidos pela Antaq”.

2.2.24. O Acórdão n.º 3.311/2015

O processo n.º 024.646/2014-8 trata de auditoria operacional, em que se avaliou a atuação da Anatel sobre o controle e acompanhamento dos bens reversíveis do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).

De início, o artigo 102 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT) estabelece que a “extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis”¹⁸⁹. Assim, conforme trecho do voto do relator, Benjamin Zymler, em que reproduz manifestação das concessionárias que atuam no setor, “em 2011, existiam mais

¹⁸⁸ Conforme relatório da SeinfraHid, essa determinação de produção normativa “vai ao encontro das boas práticas regulatórias disseminadas pela teoria e doutrina sobre o papel do regulador de serviços públicos, pois garante padronização dos parâmetros a serem utilizados nos diversos portos públicos do país, e, conseqüentemente, da fiscalização a ser exercida pela Antaq”.

¹⁸⁹ Bens reversíveis, conforme excerto existente no relatório da SeinfraAeroTelecom, “são aqueles afetados à prestação do serviço, que serão revertidos ao poder público ao término da concessão, independentemente de terem sido transferidos ao concessionário no momento da concessão ou de terem sido incorporados pelo concessionário ao serviço durante a execução do contrato. Aduz-se que, quando da sua reversão ao Poder Concedente, somente serão indenizados, na forma do contrato, os bens que ainda não tiverem sido amortizados”.

de oito milhões de bens reversíveis, avaliados em R\$ 108,3 bilhões, o que demonstra claramente a elevada materialidade das questões ora postas sob comentário”.

Diante desse cenário relevante, a auditoria da SeinfraAeroTelecom se propôs a enfrentar três pontos: (i) se as normas da Anatel e a legislação vigente abrangiam os aspectos necessários para o controle adequado dos bens reversíveis; (ii) se o processo de controle e acompanhamento dos bens reversíveis garantia a confiabilidade e a atualidade do registro desses bens; e (iii) se o processo de fiscalização garantia a fidedignidade e a atualidade do controle dos bens reversíveis.

Com base na fiscalização realizada, a equipe de auditoria entendeu que a regulamentação elaborada pela Anatel não contempla todos os aspectos necessários para o controle fidedigno dos bens reversíveis¹⁹⁰. De mais a mais, a SeinfraAeroTelecom constatou, conforme reproduzido no voto do relator, que “o processo de controle e acompanhamento desses bens não assegura a fidedignidade e a atualidade das informações quantitativas e qualitativas a eles relativas”, o que se daria por diversos fatores¹⁹¹.

Diante dessa realidade narrada, o TCU recomendou à Anatel que concluísse, de forma tempestiva, “o processo de elaboração do regulamento dos bens reversíveis, que se encontra em tramitação desde 2008, com vistas a aperfeiçoar as atividades de controle, acompanhamento e fiscalização desses bens”.

De igual maneira, o TCU recomendou que a Agência (i) adotasse providências “para que a regulamentação dos bens reversíveis utilize instrumentos que possibilitem maior publicidade e transparência”; (ii) definisse de que forma deveria ser “tratada a reversibilidade dos bens de uso compartilhado entre outros serviços e o da concessão, dando publicidade ao conceito adotado pela agência”; e (iii) estabelecesse a “distinção de tratamento entre os bens reversíveis conforme sua relevância para a continuidade e atualidade do serviço, sua materialidade e os riscos associados a cada um deles”.

¹⁹⁰ São as seguintes as fragilidades na regulamentação da Anatel, conforme voto do relator: “a) divergências sobre a interpretação dessa regulamentação; b) ausência de metodologia a ser observada no processo de controle e acompanhamento; c) carência de maior legitimidade, previsibilidade e segurança jurídica; e d) falta de tempestividade na elaboração do regulamento dos bens reversíveis”.

¹⁹¹ Conforme relação de fatores transcrita no voto do relator: “a) foram realizadas poucas ações de controle, acompanhamento e fiscalização dos bens sob comentário entre os anos de 1998 e 2006; b) existem significativas fragilidades nos atuais procedimentos de análise e acompanhamento das alienações, substituições, desvinculações e onerações dos bens reversíveis e da celebração de contratos referentes à utilização de bens de terceiros; c) a alocação de recursos humanos e tecnológicos na área responsável pela adoção dos procedimentos citados no item anterior é inadequada; d) o processo de apuração de indícios de irregularidades e eventual aplicação de penalidades é ineficaz; e) existem empecilhos para o controle social dos bens reversíveis; e f) a fiscalização dos bens reversíveis apresenta falhas e enfrenta dificuldades que comprometem sua eficácia”.

2.2.25. O Acórdão n.º 2.200/2015

O processo n.º 024.882/2014-3 trata de relatório de acompanhamento realizado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária (SeinfraHidroferrovias) para avaliar os procedimentos instituídos pela Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) e pela Antaq “em relação à prorrogação antecipada de contratos de arrendamentos portuários, instituída pelo art. 57 da Lei 12.815/2013”¹⁹².

Para esse empreendimento, a SeinfraHidroferrovias enfrentou três questões: (i) se os normativos existentes, aplicáveis às prorrogações antecipadas, respeitavam “os ditames da Lei 12.815/2013, as boas práticas, e as demais leis e princípios que regem a matéria”; (ii) quais seriam as providências que a Antaq, a SEP/PR e as Cias Docas estavam adotando “para fazer frente aos papéis que lhe são atribuídos pelos normativo que regem as prorrogações de prazos e desempenhar a fiscalização e controle das exigências previstas no termo aditivo de prorrogação?”; (iii) se a análise dos pedidos de prorrogação de prazo feita pela SEP/PR e pela Antaq seguiu “os normativos vigentes e determinações específicas do Tribunal quanto ao reequilíbrio para determinados arrendamentos”.

Os achados obtidos pela SeinfraHidroferrovias foram os seguintes: (i.1.) havia lacunas normativas quanto aos padrões de análise, aprovação e fiscalização dos projetos executivos; (i.2.) havia o risco de ineficácia da prorrogação antecipada devido à falta de viabilidade ambiental dos investimentos propostos; (i.3.) a fixação de parâmetros de desempenho por metodologia não atende, de forma comprovada, aos objetivos de ganho de eficiência e redução dos custos almejados pelos arcabouços legal e normativo”; (i.4.) falta de norma regulamentadora para disciplinar a individualização dos demonstrativos contábeis dos terminais sujeitos à prorrogação antecipada; (ii) a unidade técnica entendeu, como boa prática, que a SEP/PR e a Antaq estavam adotando medidas¹⁹³, dentro de suas esferas de competência, para melhorar a estrutura dos atores envolvidos nos procedimentos

¹⁹² Eis a redação legal: “Art. 57. Os contratos de arrendamento em vigor firmados sob a Lei n° 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada, poderão ter sua prorrogação antecipada, a critério do poder concedente. § 1º A prorrogação antecipada de que trata o caput dependerá da aceitação expressa de obrigação de realizar investimentos, segundo plano elaborado pelo arrendatário e aprovado pelo poder concedente em até 60 (sessenta) dias”.

¹⁹³ Por exemplo, a SEP/PR contratou consultoria para melhorar a gestão dos portos públicos sob administração das Companhias Docas federais, cujo trabalho seria “dirigido à proposição de ações de modernização da gestão das companhias docas vinculadas a SEP/PR, como mecanismos indutores de melhorias na competitividade e eficiência”.

de prorrogação antecipada; (iii.1.) existiam fragilidades na análise dos EVTEAs; (iii.2.) faltava participação social nos procedimentos de prorrogação antecipada.

No que é atinente à atividade normativa da Antaq propriamente, o TCU determinou à Agência que, diante das referidas “fragilidades na análise dos EVTEAs”, somente aprovasse os EVTEA que obedecessem “a sistemática estabelecida em regulamento específico¹⁹⁴ a ser desenvolvido pela agência”. Para dar cumprimento a essa determinação, a Antaq editou a Resolução n.º 5.464/2017¹⁹⁵.

Ademais, foi determinado à Agência que encaminhasse plano de ação para a elaboração de manual de contabilidade para o setor portuário, “contendo plano de contas, com vistas a disciplinar e uniformizar os critérios para o registro contábil das operações dos arrendamentos portuários”, o que foi feito por meio da Resolução Normativa n.º 15/2016¹⁹⁶.

Também, houve a determinação de que a Antaq só aprovasse os projetos executivos que obedecessem à “sistemática estabelecida em regulamento específico a ser desenvolvido pela agência”¹⁹⁷. Para responder a essa exigência, a Agência concebeu, por meio da Resolução n.º 5.408/2017, o Manual de Análise e Fiscalização do Projeto Executivo em Arrendamentos Portuários¹⁹⁸.

Por fim, houve a recomendação à Antaq para que regulamentasse, “por meio de normativo específico, a aplicação dos parâmetros de desempenho nos termos aditivos de prorrogação antecipada”, o que deveria contemplar regras relacionadas, entre outras, “à definição, à revisão, à atualização dos índices de eficiência e às penalidades aplicáveis em casos de descumprimento”.

¹⁹⁴ Esse novo regulamento, que a Antaq deveria editar, teria de prever (i) as metodologias para análise dos estudos, incluindo a definição de critérios baseados em relevância, risco e materialidade para balizar a avaliação; (ii) “a circularização das informações apresentadas pela arrendatária”, (iii) “a aferição de custos e da eficiência (presente e futura) dos terminais” e (iv) “o exame detalhado das premissas que embasaram a elaboração dos respectivos EVTEA”.

¹⁹⁵ O art. 1º dessa Resolução da Antaq afirma que o Diretor-Geral da Agência decide “aprovar o Manual de Análise de Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental EVTEA, na forma do documento SEI n.º 0297547, o qual passa a integrar esta Resolução, na figura de anexo, independentemente de transcrição”.

¹⁹⁶ Na qual se “aprova a norma que dispõe sobre o manual de contas das autoridades portuárias, como parte do “sistema de contabilidade regulatória aplicável ao setor portuário (SICRASP)”.

¹⁹⁷ Nesse regulamento deveriam estar registrados: “9.2.3.1. os elementos que deverão constar do projeto executivo previsto no art. 19 da Portaria-SEP/PR 349/2014; 9.2.3.2. metodologia para análise dos projetos executivos; 9.2.3.3. metodologia e padrões de acompanhamento da execução das obras previstas nos processos de prorrogação antecipada”.

¹⁹⁸ Conforme disponível em: http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2019/04/Manual_de_Projeto_Executivo-An%C3%A1lise-e-Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o-em-Arrendamentos-Portu%C3%A1rios.pdf. Acesso em: 21 de maio de 2020.

2.2.26. O Acórdão n.º 596/2015

O processo n.º 018.022/2013-8 trata de solicitação da Câmara dos Deputados para que fosse realizada auditoria operacional sobre “os procedimentos adotados pela Anatel para fiscalizar a qualidade dos serviços prestados aos consumidores dos serviços de telefonia móvel, telefonia fixa, banda larga e TV por assinatura”.

No relatório prévio da Seinfra AeroTelecom, foram destacados diversos pontos¹⁹⁹ da atuação da Anatel que deveriam ser examinados na auditoria solicitada. Desse universo de aspectos elencados no relatório prévio, a unidade técnica prosseguiu para tratar sobre a

¹⁹⁹ Os diversos pontos destacados pela unidade técnica são: “a) a eficácia dos regulamentos de qualidade dos serviços de telefonia móvel, telefonia fixa, banda larga e TV por assinatura, de modo a aferir se os instrumentos normativos em vigor são capazes de assegurar níveis mínimos de excelência na oferta desses serviços, bem como se a Anatel tem sido capaz de se antecipar às demandas regulatórias e propor aperfeiçoamentos nos regulamentos, contratos de concessão e termos de autorização em vigor; b) o cumprimento pela Anatel dos prazos regulamentares para elaborar propostas de alteração nos contratos de concessão e nos planos de universalização do serviço de telefonia fixa; c) a eficácia dos critérios utilizados pela Agência para aferir o cumprimento das metas de qualidade, universalização e cobertura dos serviços de telecomunicações previstas na legislação, nos regulamentos, contratos de concessão e termos de autorização em vigor, verificando se o órgão regulador tem se valido de fiscalização própria ou de informações fornecidas pelas próprias empresas operadoras; d) a eficácia da ação fiscalizatória da Anatel sobre as redes de telecomunicações, com o objetivo de aferir se essas redes estão sendo periodicamente atualizadas, visando sua adequação ao aumento da base instalada de assinantes e à evolução tecnológica do setor; e) o controle e a fiscalização da Agência sobre os bens reversíveis em uso pelas concessionárias de telefonia fixa; f) a eficácia das sanções aplicadas pela Anatel às operadoras, verificando a possibilidade de aperfeiçoar os procedimentos adotados pela Agência e a regulamentação em vigor no sentido de dar maior efetividade às penalidades impostas pelo ente regulador; g) as informações disponíveis para a Anatel sobre o nível de saturação da capacidade de operação das estações rádio base e dos demais elementos das redes de comunicação móvel, o nível de congestionamento das redes e os índices de quedas de chamadas; h) a eficácia dos procedimentos adotados pela Agência em relação a queixas de usuários relativas a cobranças indevidas e abusivas, alterações e rescisões unilaterais de contrato, dificuldades para cancelamento de serviços, serviços não fornecidos ou prestados com qualidade inadequada e atendimento prestado pelas centrais de relacionamento em desacordo com a regulamentação vigente; i) os critérios utilizados pela Anatel para verificar se as contas expedidas pelas operadoras estão em conformidade com os regulamentos estabelecidos pela Agência e com as determinações constantes do Código de Defesa do Consumidor; j) a eficácia da fiscalização da Anatel sobre as operadoras em relação às zonas de sombra de cobertura dos serviços de telefonia móvel, bem como sobre a publicidade dessas informações para os usuários dos serviços; k) os critérios adotados pela Agência para avaliar o alcance e a viabilidade do cumprimento dos planos de investimento apresentados pelas operadoras de telefonia móvel em resposta à suspensão temporária da venda desses serviços, bem como os mecanismos adotados pelo órgão para fiscalizá-los; l) os critérios de fiscalização utilizados pela Anatel para aferir a veracidade dos balanços contábeis apresentados pelas operadoras no que tange aos recursos investidos em infraestrutura, especialmente em relação à certificação da autenticidade das informações relacionadas com: - fatos relevantes e modernização da rede; - separação do volume de investimentos realizados no exercício para ampliar a rede (Capex) das despesas com administração, operação e manutenção (AO&M); - apuração do suposto desvio contábil de despesas de custeio para rubricas destinadas a investimento; m) os critérios adotados pela Agência para fiscalizar a qualidade dos recursos técnicos e humanos utilizados pelas empresas terceirizadas contratadas pelas operadoras para realizar as atividades de implantação e manutenção de redes, assistência técnica e relacionamento com os usuários”.

atuação da Anatel somente no que dizia respeito aos aspectos que não haviam sido até então examinados em processos do TCU²⁰⁰.

No que diz respeito à regulação normativa, o TCU recomendou à Anatel, no Acórdão 596/2015, que alterasse “sua regulamentação de forma a exigir que as prestadoras deem maior publicidade a todas as zonas de sombra²⁰¹ de cobertura identificadas, informando explicitamente em seus mapas a localização dessas zonas”, o que serviria para “padronizar a informação disponibilizada aos usuários pelas diferentes prestadoras de Serviço Móvel Pessoal”.

Essa recomendação do TCU decorre do reconhecimento da Anatel, no processo analisado, de que, “por iniciativa própria, somente executa fiscalizações para verificar se as operadoras cumpriram o percentual mínimo de cobertura de 80% da área do distrito sede do município constante da lista de metas da empresa”. Assim, a fiscalização sobre zonas de sombra decorreria apenas da reclamação de usuários.

Tendo em conta que “a existência de zonas de sombra não configura necessariamente uma infração, pois as resoluções da Anatel não estabelecem limites mínimos de cobertura do SMP”, conforme afirmado no relatório da unidade técnica, foi feita a recomendação acima à Agência.

Ademais, houve a recomendação que a Agência estabelecesse, em sua regulamentação, “quais são os critérios de cobertura mínima para o Serviço Móvel Pessoal em todos os municípios, dado que atualmente esse parâmetro somente se aplica para as cidades consideradas nas metas de cobertura previstas nos editais de licitação de frequência”.

Já no que diz respeito à última recomendação, ela decorre do fato de a Agência utilizar, como parâmetro para considerar que um município está sendo atendido, que ocorra a cobertura do SMP em, no mínimo, 80% (oitenta por cento)²⁰² da área urbana do respectivo distrito sede. Contudo, como ponderado pela Seinfra AeroTelecom, “tal

²⁰⁰ Quais sejam: os itens “a”, “c”, “e”, “f”, “h”, “i” e “l” da nota de rodapé anterior;

²⁰¹ Conforme afirmado pela Seinfra AeroTelecom, as zonas de sombra decorrem das seguintes hipóteses: “a) onde existem diversas condições geográficas específicas e permanentes que dificultam ou impedem a propagação do sinal; b) onde a implantação de antenas é inexistente ou insuficiente frente à demanda local”.

²⁰² Como ressaltado pela unidade técnica, “este valor mínimo somente é exigido nas cidades que forem explicitamente definidas pela Anatel como meta de cobertura para os licitantes vencedores. Dito de outra forma, para cada edital de licitação de frequência, a Agência somente estabelece um percentual mínimo de cobertura de SMP nos municípios incluídos como meta no edital, facultando às empresas optar por qual grau de cobertura desejam implantar nos demais municípios”.

parâmetro não consta de qualquer resolução da Agência, havendo somente uma previsão que tem sido repetida nos recentes editais de licitação de frequência”.

2.2.27. O Acórdão n.º 31/2015

O processo n.º 002.461/2014-5 trata de “auditoria de natureza operacional que avaliou os procedimentos adotados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), na fiscalização de concessões rodoviárias”. Especificamente, faz-se, no Acórdão n.º 31/2015, o monitoramento das determinações do Acórdão n.º 3237/2013.

Conforme ressaltado pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação de Transportes (SefidTrans), “a cobrança de multas devidas pelas concessionárias não se mostra exigível enquanto existirem recursos em relação às penalidades aplicadas” nos processos administrativos na ANTT.

Essa não exigibilidade das multas decorre do art. 59 do regulamento anexo à Resolução-ANTT 442/2004, em que se afirma que “os recursos serão recebidos com efeito suspensivo”. Contudo, como pondera a unidade técnica, “o art. 61 da Lei nº 9.784/99 exige autorização legal para conferir efeito suspensivo a recursos no âmbito dos processos administrativos”. Por isso, ela prossegue, “a Resolução-ANTT nº 442/2004 não teria o condão de estabelecer o recurso suspensivo como regra geral a ser aplicada no âmbito do PAS da ANTT”.

Diante desse contexto, a ANTT informou que “a Superintendência de Assuntos Regulatórios vem conduzindo o projeto de revisão total do processo administrativo sancionador da ANTT”, o que resultará na publicação de nova resolução e consequente revogação da Resolução ANTT n.º 442/2004.

Assim, o relator Walton Alencar entendeu parcialmente cumprida a determinação 9.1.4. do Acórdão n.º 3237/2013 – TCU, em que se determinava que a ANTT ajustasse “o art. 59 do Regulamento anexo à Resolução-ANTT nº 442/2004, de forma a adequá-lo ao art. 61 da Lei nº 9.784/99, retirando o efeito suspensivo conferido indiscriminadamente aos recursos administrativos”.

Como não houve integral cumprimento dessa determinação, ela foi repetida²⁰³ no Acórdão n.º 31/2015.

²⁰³ Eis a redação do Acórdão n.º 31/2015: “9.2. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que elabore e encaminhe ao TCU, em trinta dias, plano de ação contendo ações a serem tomadas, responsáveis pelas ações e prazos para

2.2.28. O Acórdão n.º 2.888/2014

O processo n.º 032.268/2013-0 trata de auditoria de conformidade realizada na ANTT, “em que se verificaram falhas nos procedimentos de controle e fiscalização dos investimentos realizados em ferrovias concedidas pela União”. No caso, há o monitoramento das determinações expedidas pelo TCU à ANTT, no Acórdão n.º 312/2012.

No Acórdão anterior, havia a determinação de que a Agência estipulasse critérios e definisse a unidade administrativa encarregada de “verificar a compatibilidade dos seguros contratados pelas concessionárias em relação às responsabilidades para com a concedente, os usuários e para com terceiros”.

A ANTT informou, então, que a Gerência de Fiscalização Econômico-Financeira (Geafi) é a unidade da Superintendência de Infraestrutura e Serviços de Transporte Ferroviário de Cargas (Sufer) que se encarrega, internamente, da verificação do cumprimento das cláusulas referentes à contratação de seguros por parte das concessionárias. Mais do que isso, a Agência comunicou que, “na Agenda Regulatória 2013/2014, foi contemplada a elaboração de norma regulatória disciplinando a exigência de seguros das concessionárias”.

Por isso, no Acórdão n.º 2.888/2014, houve a determinação à ANTT que apresentasse o normativo que estipulasse “critérios a respeito dos seguros contratados pelas concessionárias em relação às responsabilidades para com a concedente, os usuários e terceiros”.

De outro lado, quanto às “taxas anuais uniformes e obrigatórias de depreciação dos bens vinculados às concessões ferroviárias”, já havia a determinação à ANTT, no Acórdão n.º 312/2012, para que fixasse essas taxas. Diante desse comando decisório, a ANTT ressaltou que a “Agenda Regulatória 2013/2014 pressupunha a discussão de regras de depreciação com previsão de edição de resolução estabelecendo as taxas de depreciação de ativos ferroviários”.

Por isso, o TCU determinou à Agência, no Acórdão n.º 2.888/2014, que apresentasse, normativo que fixasse “taxas anuais uniformes e obrigatórias de depreciação dos bens vinculados às concessões ferroviárias”, o que serviria para “dar cumprimento ao

implementação referentes à/ao: 9.2.1. adequação do art. 59 do Regulamento anexo à Resolução-ANTT n.º 442/2004, de forma a harmonizá-lo com o art. 61 da Lei n.º 9.784/99, retirando o efeito suspensivo conferido indiscriminadamente aos recursos administrativos”.

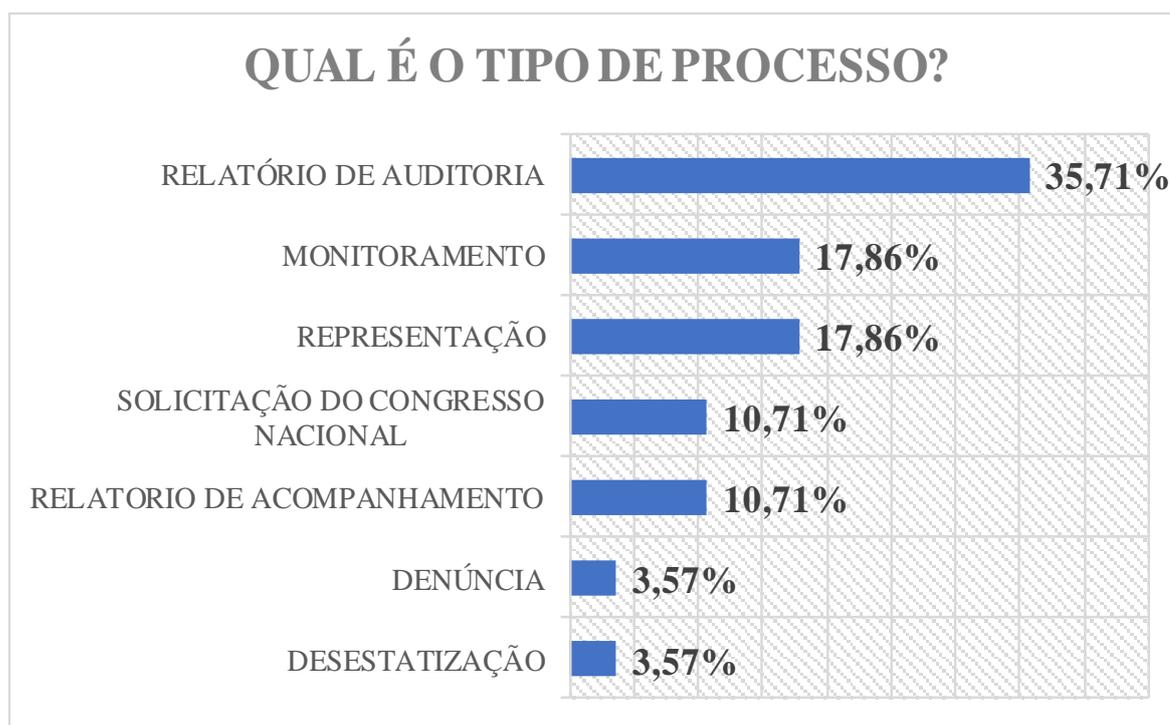
disposto no Manual de Contabilidade do Serviço Público do Transporte Ferroviário de Cargas e Passageiros”.

Conforme entendimento do ministro relator, José Mucio Monteiro, a expedição dessas novas determinações à ANTT serviria “para aprimorar o controle e supervisão a cargo da agência sobre os investimentos realizados no setor ferroviário nacional”.

2.3. PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DAS DECISÕES ANALISADAS: EXAME QUANTITATIVO E QUALITATIVO DOS ACÓRDÃOS DO TCU

Feita essa descrição sucinta dos Acórdãos do TCU, com o enfoque na abordagem atinente à regulação normativa, é necessário perceber a produção jurisprudencial estudada não mais sob um olhar microscópico, caso a caso, mas de uma forma panorâmica, com a reunião de informações comuns aos acórdãos, que indicam tendências no entendimento da Corte de Contas.

Em torno de seis eixos²⁰⁴ apresentados por meio de sete gráficos, será possível observar essas tendências do TCU. Em primeiro lugar, deve-se observar a jurisprudência do TCU sob o seguinte enfoque: qual é o tipo de processo da Corte de Contas em que mais se controla a regulação normativa? (eixo 1). A resposta está no gráfico abaixo:



²⁰⁴ Conforme se pode examinar no “Anexo III – Tabela dos acórdãos pertinentes e filtros para análise deles”.

Assim, percebe-se que o “relatório de auditoria” corresponde, formalmente, a mais de um terço dos processos em que a atividade normativa das Agências Reguladoras foi controlada pelo TCU. Diz-se “formalmente” porque, embora existam processos cadastrados sob outras rubricas, trata-se de casos que são resultantes de auditoria.

Por exemplo, o citado Acórdão n.º 2.034/2019, embora conste no sistema do TCU como “Monitoramento (MON)”, é decorrente, na origem, de auditoria operacional, a qual, conforme voto do relator Vital do Rêgo, teve “por objetivo conhecer e avaliar a fiscalização da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) no setor de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), mais especificamente no GLP envasado em botijões de 13 kg (P-13)”.

Assim, observa-se que o controle do TCU sobre a atividade normativa das Agências ocorre, no mais das vezes, sob a forma de um processo denominado “relatório de auditoria”, modalidade em que o processo tem origem intestina na Corte de Contas, pois acontece por sua própria iniciativa.

Os “critérios de seleção” para se determinar o que será objeto de auditoria refletem, conforme admitido no Manual de Auditoria Operacional do TCU, “preferências dos operadores do processo de seleção”, com a ponderação de que “as escolhas realizadas devem ser justificadas mediante alguma fundamentação, mesmo sendo a opinião qualificada de grupo de profissionais”²⁰⁵.

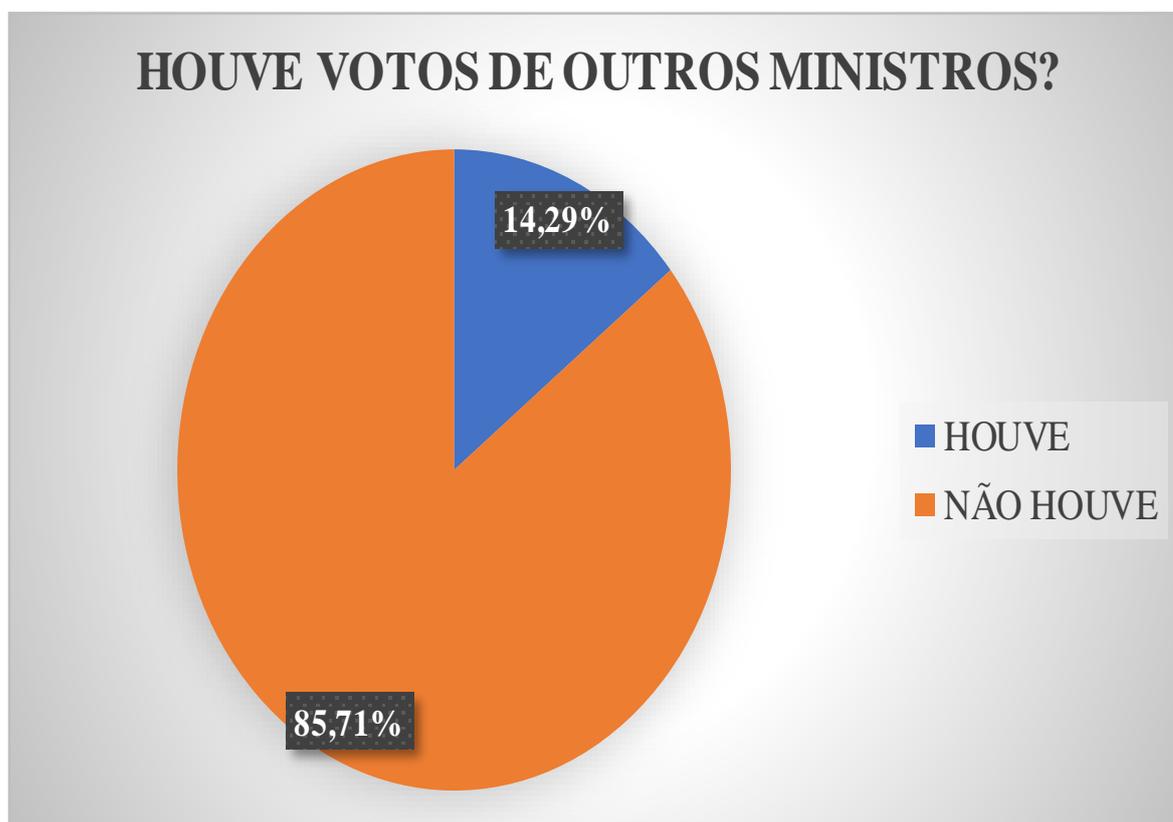
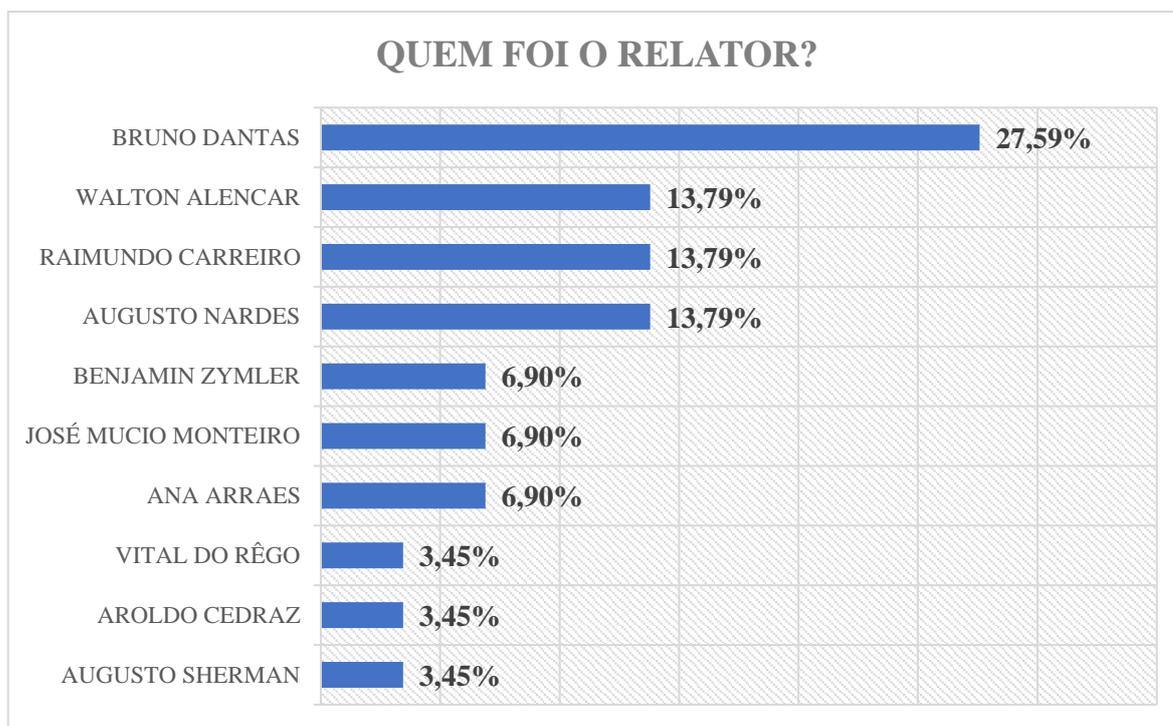
Para se fazer um contraponto em relação à quantidade de casos que decorrem de auditoria operacional, é relevante observar que somente três casos²⁰⁶, em que há controle da atividade normativa das Agências, decorrem de “Solicitação do Congresso Nacional (SCN)”.

Esses três casos representam uma quantidade ínfima, quando se observa que, no universo de casos que potencialmente poderiam ter controle do TCU sobre a regulação normativa – os 130 (cento e trinta) casos iniciais –, eram 44 (quarenta e quatro) acórdãos decorrentes de solicitações do Congresso, que não prosperaram – ao menos, não na intensidade das auditorias – para ensejar o exame do TCU sobre a produção de normas dos entes reguladores.

²⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria Operacional*. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010, p. 16.

²⁰⁶ São eles: Acórdão n.º 2.955/2018, Acórdão n.º 1.447/2018 e Acórdão n.º 596/2015.

Sob um segundo eixo (eixo 2), pretende-se a análise conjugada dos dois gráficos a seguir, em que são apresentados (i) de quem foi a relatoria dos casos em que houve controle da criação normativa das Agências Reguladoras; e (ii) se houve votos de outros ministros do TCU, para divergir ou, ao menos, para aprimorar o voto do relator.



A análise dos dois gráficos acima permite concluir, de saída, que o ministro Bruno Dantas foi relator de mais do que um quarto dos processos em que houve controle da regulação normativa. Em segundo lugar, com 13,79% (treze inteiros e setenta e nove centésimos por cento) dos casos, estão Walton Alencar, Raimundo Carreiro e Augusto Nardes.

O exame sobre quem são os ministros cuja relatoria conduz os acórdãos interventivos do TCU sobre a atividade normativa das Agências tem de levar em conta o fator de que há sorteio prévio de relatoria de cada uma das listas de unidades jurisdicionadas, conforme já tratado no item 1.2.3.

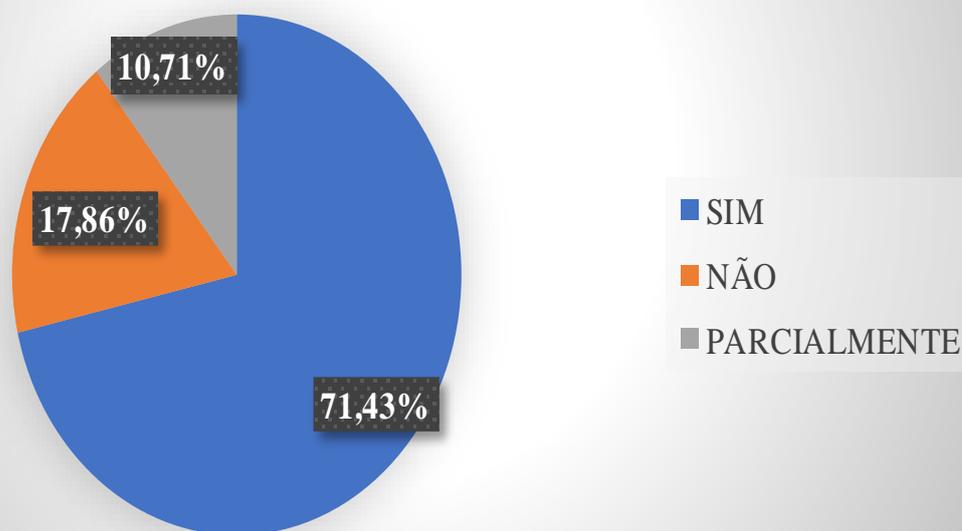
A existência dessas listas de unidades jurisdicionadas possibilita uma maior proeminência de determinados ministros sobre outros no controle sobre a regulação normativa, pois há a permanência do mesmo relator no processo, independentemente da organização de novas listas relativas a biênios posteriores, o que acaba “fidelizando” determinados ministros-relatores em específicas matérias administrativas.

Ademais, o segundo gráfico desse segundo eixo vem demonstrar que não há muito dissenso para a formação da decisão colegiada, na medida em que, na ampla maioria dos casos (quase 86%), a proposta de acórdão trazida pelo relator é aceita pelo plenário do TCU, sem merecer reparos e, muito menos, sem gerar discordâncias em relação ao que foi apresentado no voto condutor.

Dessa forma, somente houve dissenso (i) no Acórdão n.º 1.447/2018, em que houve voto do ministro revisor, Walton Alencar, cujas sugestões foram acolhidas pelo relator Augusto Nardes e pelo plenário; (ii) no Acórdão n.º 380/2018, em que houve declaração de voto do ministro Benjamin Zymler e suas contribuições foram aceitas pelo relator Bruno Dantas; (iii) no Acórdão 2.200/2015, no qual o ministro revisor, Vital do Rêgo, trouxe singelas contribuições ao voto da relatora Ana Arraes.

Para ampliar a análise sobre essa deferência ao entendimento do relator quanto à discussão sobre a regulação normativa, tem-se o exame, no terceiro eixo (eixo 3), sobre o percentual de casos em que a proposta de encaminhamento da Unidade Técnica foi aceita pelo plenário do TCU. Eis o resultado:

A PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO DA UNIDADE TÉCNICA FOI ACEITA PELO PLENÁRIO DO TCU?



Em 71,43% (setenta e um inteiros e quarenta e três centésimos por cento) dos casos analisados, o plenário da Corte de Contas segue rigorosamente aquilo que foi sugerido pela unidade técnica. Percebe-se então a relevância que ela tem para a formação do entendimento do citado colegiado. Em apenas 17,86% (dezessete inteiros e oitenta e seis centésimos por cento) dos casos, o relatório da unidade técnica não é tomado em consideração para a ingerência do TCU na regulação normativa.

Ou seja, em mais de 82% (oitenta e dois por cento) – considerando o percentual (10,71%) em que há o aproveitamento parcial da sugestão da unidade técnica, por vezes com modulações²⁰⁷ do que foi proposto pelo setor técnico – dos casos em que há intervenção na função normativa das Agências, a proposta de encaminhamento da unidade técnica é, em algum nível, adotada pelo plenário do TCU.

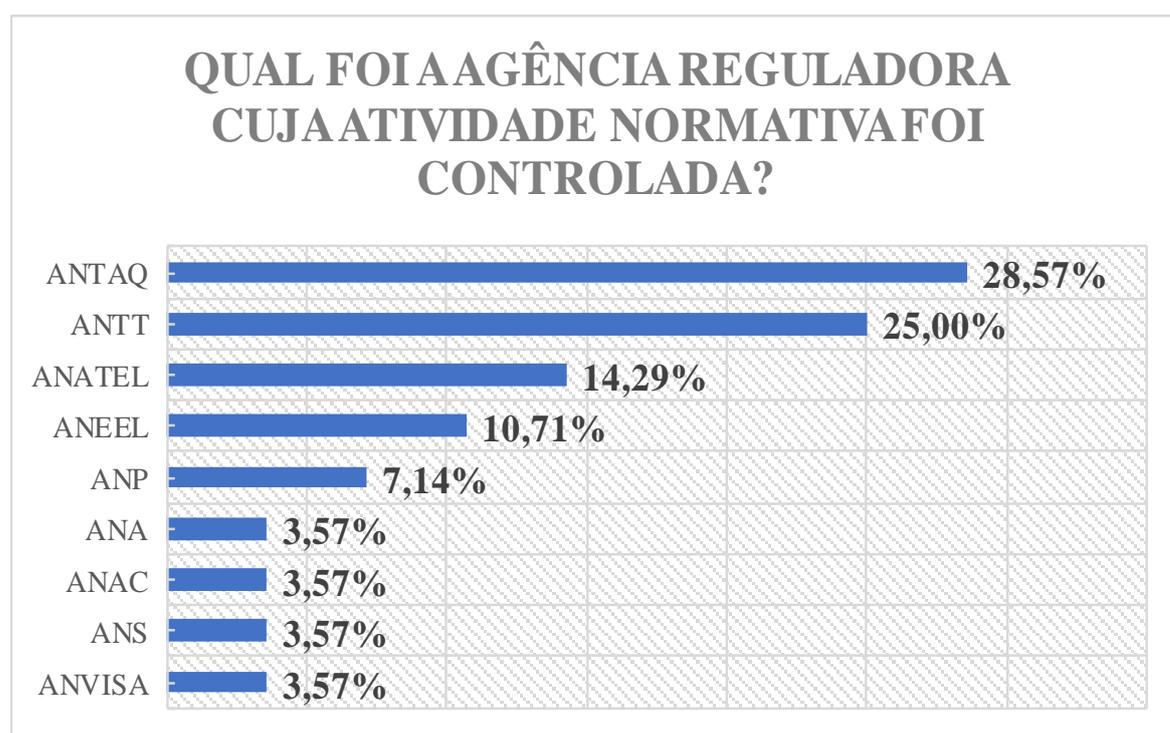
²⁰⁷ Por exemplo, no Acórdão n.º 2.200/2015, a SeinfraHidroferrovias indicou, em sua proposta de encaminhamento, que o TCU deveria determinar à Antaq que “previamente ao deferimento dos pedidos de prorrogação antecipada, inclusive daqueles com análise de viabilidade já aprovada pela Agência (...)”. No entanto, conforme ponderação da relatora Ana Arraes (o que foi acolhido pelo plenário), “é pertinente exigir que novos normativos apenas sejam obrigatórios para os pedidos de prorrogação ainda não apresentados à SEP/PR”. Em substituição ao encaminhamento da SeinfraHidroferrovias, o comando decisório do Acórdão modulou o texto da unidade técnica para ter a locução “após a ciência da presente deliberação” e foi retirado o excerto que incluía os pedidos com “análise de viabilidade já aprovada pela Agência”.

Conjugando a informação decorrente do último gráfico (eixo 3) à observação de que dificilmente há votos divergentes àquele apresentado pelo relator (eixo 2), vislumbra-se, de forma recorrente, a seguinte sequência de atos: a unidade técnica formula proposta de encaminhamento, a qual é assimilada no voto do relator, que – por sua vez – guiará a formação do entendimento colegiado.

Ou seja, o centro decisório do TCU – ao menos, quando se discute matéria regulatório-normativa – está, muitas vezes, na unidade técnica, e que o relator desempenha uma função de mensageiro da percepção daquele órgão sobre o tema discutido. Por fim, o plenário do TCU chancela a compreensão formada no âmbito da unidade técnica.

Se há a percepção (i) do grau de influência da unidade técnica sobre as decisões do plenário (eixo 3) e (ii) que a maioria dos processos analisados diz respeito a auditorias operacionais (eixo 1), vê-se a relevância que a unidade técnica tem – desde a concepção até a definição dos processos –, que têm origem e desenvolvimento *intra muros*. Materialmente, é a unidade técnica quem realiza a instrução e o julgamento (em sua proposta de encaminhamento já há um acórdão sem assinatura) dos casos estudados.

Sob um quarto eixo (eixo 4), põe-se o foco no exame de quais Agências Reguladoras foram mais constantemente controladas pelo TCU no que diz respeito à atividade normativa daquelas.



A Antaq foi a Agência mais controlada pelo TCU com o percentual de 28,57% (vinte e oito inteiros e cinquenta e sete centésimos por cento). Depois, está a ANTT com 25% (vinte e cinco por cento) dos casos; seguida por Anatel (14,29%), Aneel (10,71%), ANP (7,14%). Por último, ANA, ANAC, ANS e ANVISA estão empatadas com 3,57% (três inteiros e cinquenta e sete centésimos por cento).

É relevante observar que a quantidade de acórdãos atinentes à Antaq está atrelada, em alguma medida, às mudanças advindas da Lei dos Portos (Lei n.º 12.815/13), em contexto a merecer ampla normatização no plano infralegal diante das novas diretrizes traçadas pela referida Lei no setor portuário.

Tendo em conta que, nos pressupostos metodológicos deste trabalho, foi adotado o intervalo compreendido entre 01/09/2014 e 01/09/2019 para filtrar as datas de sessão do plenário do TCU, esta pesquisa filtrou acórdãos de um período em que esse colegiado estava atento à forma com a qual a Lei dos Portos seria interpretada e minudenciada normativamente pela Antaq.

Por exemplo, no Acórdão n.º 2.200/2015, o TCU recomendou – diante da “prorrogação antecipada de contratos de arrendamentos portuários, instituída pelo art. 57 da Lei 12.815/2013”, conforme relatório da SeinfraHidroferrovias – que a Antaq regulamentasse, “por meio de normativo específico, a aplicação dos parâmetros de desempenho nos termos aditivos de prorrogação antecipada”.

Em outro sentido, vê-se, pelo eixo 4, que as denominadas Agências Reguladoras de infraestrutura ocupam os primeiros lugares em matéria do controle do TCU sobre a regulação normativa, ao passo que ANS e ANVISA ocupam os últimos lugares.

Ademais, depois da Antaq (com a singularidade que possui), estão ANTT, Anatel e Aneel, nessa ordem, a qual também se repete exatamente no já citado “Relatório de pesquisa bianual do Observatório do Controle da Administração Pública: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União”. Nele, afirma-se que “a ANTT foi a Agência que mais recebeu determinações e recomendações no período (38% do total), seguida por ANATEL (21%) e ANEEL (15%)”²⁰⁸.

²⁰⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; MORENO, Maís (coord.). *Relatório de pesquisa bianual do Observatório do Controle da Administração Pública: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. Janeiro de 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/38343645/Relat%C3%B3rio_de_Pesquisa-Observat%C3%B3rio_do_Controle_da_Administra%C3%A7%C3%A3o_P%C3%BAblica. Acesso em: 11 de junho de 2020, p. 64.

Ou seja, confrontando esta pesquisa e aquela, pode-se depreender que seja na regulação normativa, seja em sentido mais genérico da atuação das Agências, o TCU as controla conforme padrão acima reconhecido.

No quinto eixo (eixo 5), o exame está direcionado para saber qual foi o comando do TCU à Agência reguladora no que é concernente à produção normativa dela.



Com base no gráfico, há a prevalência da determinação como o comando mais recorrente do TCU às Agências Reguladoras, por representar, isoladamente, quase metade dos casos. Isso sem contar as hipóteses em que a determinação foi conjugada com a recomendação ou, ainda, quando associada a esses dois tipos de comando, é dada ciência à Agência sobre como deve proceder em futuras situações envolvendo produção normativa.

Especificamente, no Acórdão n.º 2.333/2016, o plenário do TCU (i) determinou que a Anatel adotasse providências para “a excluir do Manual Técnico do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC) toda e qualquer interpretação que resulte em alteração do significado e/ou abrangência do texto vigente do regulamento”; (ii) recomendou que a Agência estabelecesse e formalizasse “os requisitos mínimos a serem cumpridos pelas operadoras na divulgação dos mapas de cobertura na internet, com vistas a aumentar a efetividade desse instrumento de consulta voltado para o usuário”; (iii) deu ciência à Anatel quanto ao “dever legal de obedecer ao procedimento administrativo previsto para realizar eventuais alterações no texto dos seus regulamentos”.

Ou seja, o plenário do TCU utilizou todas os comandos previstos na Resolução n.º 315/2020 do TCU, a qual foi discutida anteriormente, com o fim direcionar a maneira como a atividade normativa da Agência reguladora tem de se dar e, no caso específico, conformando a maneira com a normatividade da Anatel deve ser entendida.

Na antípoda dessa hipótese em que o TCU se valeu de todos os comandos disponíveis, tem-se o Acórdão n.º 2.955/2018, em que o TCU, a partir de solicitação do Congresso, tratou sobre a Resolução-Anac 400/2016 – que desregulamentou a franquia de bagagem despachada – e entendeu que ela “foi precedida de estudos regulatórios consistentes e de ampla discussão com os interessados” e que tende “a ser favorável ao consumidor”.

No fim, não houve qualquer comando imposto à Anac, o que representa resultado singular neste trabalho quanto a esse ponto. A regra, no entanto, é que haja, conforme 96,55% (noventa e seis inteiros e cinquenta e cinco centésimos por cento) dos casos, um comando decisório cogente do TCU para uma Agência quanto à atividade normativa dela.

De outro lado, quando combinada a informação quanto ao tipo de processo da Corte de Contas em que mais se controla a regulação normativa (eixo 1) – prevalência das auditorias – com o dado quanto aos comandos mais recorrentes do TCU – predomínio das determinações –, observa-se que se tem uma delicada conjugação entre amplos poderes investigativos e amplos poderes decisórios, com forte intervenção no ente cuja atividade está sendo controlada, neste caso, na regulação normativa.

Tratando sobre essa conjugação de poderes, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara afirmam o seguinte:

Quanto às demais matérias sobre as quais eventualmente se debruça no bojo de auditorias operacionais, o Tribunal de Contas não tem poder de intervenção direta e específica, nem tem a possibilidade de emitir qualquer ato de comando. Por isso, no tocante a essas outras matérias as autoridades administrativas não têm propriamente o dever de prestar contas ao Tribunal, pois este só conhece delas incidentalmente, ao fazer auditorias operacionais²⁰⁹.

Ou seja, há o entendimento doutrinário²¹⁰ de que é problemática a possibilidade – aqui comprovada, quanto ao controle da atividade normativa das Agências – em que o TCU emita atos de comando no âmbito de auditorias operacionais.

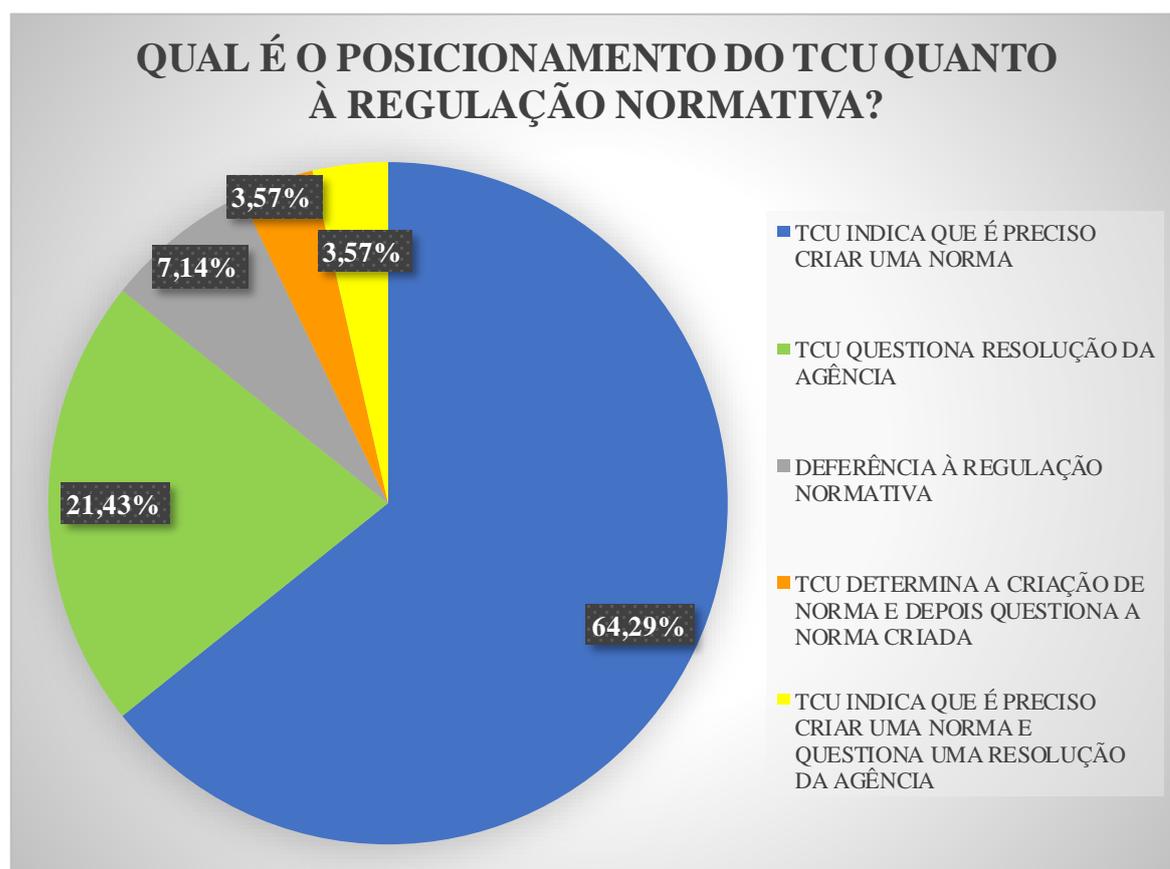
²⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 185.

²¹⁰ Entendimento que é reforçado por André Rosilho, que afirma: “Caso o TCU (numa auditoria operacional) viesse a se deparar com práticas da administração pública que julgasse pouco eficientes ou problemáticas sob a perspectiva da economicidade ou efetividade, poderia, evidentemente, expedir orientações voltadas a

Em outro sentido, não se pode desprezar que as recomendações do TCU também têm caráter bastante imperativo sobre as Agências. Por exemplo, no Acórdão n.º 2.533/2017, o plenário do TCU recomendou à ANTT que continuasse o processo de elaboração de resolução que regulamentasse a celebração de TAC, “a fim de estabelecer critérios mais rigorosos para celebração dos referidos acordos substitutivos a dotá-los de efetividade”, com a previsão de “cominações para o caso de descumprimento das obrigações pactuadas, com eficácia de título executivo extrajudicial”.

Menos de sete meses depois desse Acórdão, a ANTT já tinha editado a Resolução n.º 5.823, de 12 de junho de 2018, com a previsão de “penalidade para o caso de rescisão do TAC em razão de seu descumprimento” (artigo 11, VII).

Por um último prisma que se pretende examinar a jurisprudência do TCU analisada (eixo 6), é necessário atentar, conforme gráfico abaixo, para as diversas posturas que a Corte de Contas tem em relação à atividade normativa das Agências reguladoras.



aprimorar práticas e processos administrativos e, se fosse o caso, representar às autoridades competentes, fazendo a elas chegar a notícia de deficiências na gestão pública e permitindo-lhes tomar as providências eventualmente cabíveis. Nem por isso a Corte de Contas poderia, exclusivamente a partir desse diagnóstico, produzir atos de comando” (ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 217-218).

A postura do TCU quanto à regulação normativa está compreendida em cinco hipóteses – as quais são discutidas individualmente abaixo – quais sejam: (i) o TCU indica que a Agência tem de criar uma norma; (ii) o TCU questiona uma resolução concebida pelo ente regulador; (iii) o TCU tem deferência à norma da Agência; (iv) o TCU determina a criação de uma norma e depois questiona a norma criada; e (v) o TCU, no mesmo acórdão, indica que é preciso criar uma norma e questiona uma resolução da Agência.

A forma mais recorrente – com 64,29% (sessenta e quatro inteiros e vinte e nove centésimos por cento) – de intervenção do TCU sobre a atividade normativa das Agências é a indicação, pelo talante da Corte de Contas, de que, sobre um determinado tema, deve recair uma norma de Agência Reguladora.

Essa indicação do TCU de que a Agência deve criar norma sobre uma determinada questão é problemática por tempo e modo. Por tempo, a referida intrusão do TCU representa o absoluto desrespeito à agenda regulatória de uma Agência, por meio da qual ela tem transparência e previsibilidade na concepção de normas, o que gera expectativa nos atores de um setor regulado sobre quando virá uma determinada norma.

Existe um planejamento estratégico no âmbito das Agências para entender em qual momento determinadas matérias devem ser normatizadas, o que é desprezado com esse tipo de comando do TCU.

Por modo, existe um sério problema pelo fato de os Acórdãos do TCU trazerem tantos condicionamentos para o vindouro ato normativo regulatório que faz parecer que, nessas decisões, já há a minuta de Resolução Normativa, à qual a Agência Reguladora só tem de acrescentar o seu carimbo.

Por exemplo, o plenário do TCU determinou, no Acórdão n.º 1.446/2018, que a Antaq e o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil adotassem, “no âmbito de suas competências”, as “medidas concernentes à regulamentação do Decreto 8.033/2013”. Para isso, esse Acórdão traz 21 (vinte e uma)²¹¹ assertivas para direcionar a referida produção de normas que completasse o citado Decreto.

Assim, a indicação de que a Agência deve criar uma norma sobre determinada matéria dificilmente é neutra, pois é, geralmente, preenchida com a percepção do TCU – ou, precisamente, da unidade técnica – sobre como aquela futura norma deve ser, isto é, com qual conteúdo deve ser editada.

²¹¹ Conforme transcrito em nota de rodapé acima, quando se tratou especificamente do Acórdão n.º 1.446/2018.

Em um segundo sentido, o TCU questionou uma resolução concebida por Agência Reguladora em 21% (vinte e um por cento) dos casos. Essa forma de intervenção na regulação normativa diz respeito às hipóteses em que o TCU entende que determinada norma da Agência não é adequada e não deve mais existir no mundo jurídico.

Por exemplo, no Acórdão n.º 380/2018, o plenário do TCU determinou à Antaq que se abstinhasse “de exigir as limitações de quádruplo de tonelagem e de propriedade de embarcação do tipo semelhante à pretendida previstas no art. 5º, inciso III, alínea “a”, da Resolução Normativa Antaq 1/2015, por ausência de amparo legal”.

Uma terceira postura do TCU – com 7,14% (sete inteiros e catorze centésimos por cento) dos casos – é a deferência expressa do TCU à regulação normativa. São dois os casos em que isso ocorreu, mas com significados diferentes: em um (no Acórdão n.º 2.955/2018, o qual foi trazido acima, como exemplo, no eixo 5), a Corte de Contas é deferente a uma norma regulatória especificamente (no caso, à Resolução-Anac 400/2016); no outro, há deferência à competência normativa da Agência, mas sem que o TCU valide uma norma específica.

Nesse segundo exemplo, observa-se que, no Acórdão n.º 1.631/2018, em que “não adentrando assim na discricionariedade técnica da Aneel em avaliar quais as medidas necessárias para sanar a inconsistência posta” (conforme relatório da unidade técnica), o TCU determinou que a Aneel adotasse as medidas necessárias, conjuntamente com o ONS e a CCEE, para a “compatibilização entre a Resolução Normativa 440/2011 e os Procedimentos de Rede do ONS, para sanar a incompatibilidade entre a carga prevista e a carga total do sistema que, entre 2014 a 2016”.

Ou seja, o TCU reconheceu sua incompetência para decidir a matéria e foi deferente aos atores do setor elétrico, na medida em que impôs que eles chegassem a um consenso, de forma a uniformizar metodologias para que não houvesse divergência na carga medida do sistema integrado.

Como quarta conduta adotada pelo TCU – com 3,57% (três inteiros e cinquenta e sete centésimos por cento) das hipóteses –, há o caso em que ele determina a criação de uma norma e depois questiona a norma criada. Isso ocorreu nos Acórdãos n.º 1.439/2016 e n.º 923/2019. Naquele Acórdão, a Corte de Contas determinou à Antaq que houvesse, entre outras coisas, “regulação, ordenação e supervisão da navegação de longo curso nos portos brasileiros, de forma a permitir o controle dessa atividade”.

Por isso, a Antaq editou a Resolução Normativa n.º 18/2017, que dispõe sobre “os direitos e deveres dos usuários, dos agentes intermediários e das empresas que operam nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso e estabelece infrações administrativas”.

Então, no último Acórdão, o plenário determinou à SeinfraPortoFerrovia que verificasse se “a edição da Resolução Normativa Antaq 18/2017 atendeu ao comando exarado no item 9.3.10 do acórdão recorrido, com a redação e a numeração conferidas pelo presente *decisum*”. Também, houve determinação à Agência para que informasse os resultados decorrentes “das fiscalizações empreendidas após a edição da Resolução Normativa Antaq 18/2017, no que concerne à detecção e apuração de eventuais abusos praticados pelos armadores, informando se foram efetivamente aplicadas sanções”. Sem contar que o ministro relator, Benjamin Zymler, afirmou em seu voto a relevância de monitoramento futuro do acórdão para analisar “se a edição da norma em tela significou o efetivo cumprimento desta determinação”.

Ou seja, o TCU realizou, no caso, um controle *a priori* e *a posteriori* da Resolução Normativa Antaq 18/2017, dando o impulso para a sua edição e, depois, aferindo a sua produção de efeitos, para saber se a norma corresponde à perspectiva consagrada nos Acórdãos n.º 1.439/2016 e n.º 923/2019.

A última conduta adotada pelo TCU – também com 3,57% (três inteiros e cinquenta e sete centésimos por cento) – é aquela em que o TCU, no mesmo acórdão, indica que é preciso criar uma norma e questiona uma resolução da Agência. Isso ocorreu no Acórdão n.º 716/2019, em que a Corte de Contas determinou à Anatel que alterasse um dispositivo do Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (RTAC), a fim de “conferir segurança jurídica ao tema e a redação do dispositivo expressar com clareza a regra a que estarão submetidas as compromissárias em caso de mora na execução de algum item do cronograma”.

No mesmo acórdão, o TCU fez recomendações à Anatel para ela (i) “normatizar o rito do processo administrativo de apuração de descumprimento de TAC da Agência”; (ii) “estabelecer, nas normas atinentes aos TAC, critérios e/ou parâmetros objetivos para concessão dos descontos previstos nos arts. 19 e 20 da Resolução-Anatel 629/2013, de forma a assegurar aos diferentes compromissários a isonomia de tratamento”; (iii) e “exercer o dever de regulamentar o compartilhamento de redes de infraestrutura a serem construídas em função da celebração de termos de ajustamento de conduta”.

2.4. LEVANTAMENTO DOS ACÓRDÃOS NÃO ADERENTES À FINALIDADE DO TRABALHO E JUSTIFICATIVA PARA A INCOMPATIBILIDADE DELES

No “Anexo II – Tabela dos Acórdãos do TCU analisados”, todos os cento e trinta acórdãos obtidos a partir dos filtros adotados na busca no sítio eletrônico do TCU são objeto de análise.

Nessa tabela, demonstra-se, quanto a todos esses acórdãos, (i) se há discussão sobre regulação normativa, (ii) quais são as entidades envolvidas e (iii) qual é o assunto discutido em cada um dos casos. Com esses filtros, é possível constatar a não aderência de muitos acórdãos à discussão pretendida neste trabalho.

No presente subtópico, faz-se o registro, nomeadamente, dos acórdãos que não serviram para a investigação realizada, quais sejam:

ACÓRDÃO 1700/2019, ACÓRDÃO 1656/2019, ACÓRDÃO 1611/2019, ACÓRDÃO 1366/2019, ACÓRDÃO 1277/2019, ACÓRDÃO 1180/2019, ACÓRDÃO 1097/2019, ACÓRDÃO 1078/2019, ACÓRDÃO 713/2019, ACÓRDÃO 598/2019, ACÓRDÃO 597/2019, ACÓRDÃO 596/2019, ACÓRDÃO 595/2019, ACÓRDÃO 2977/2018, ACÓRDÃO 2965/2018, ACÓRDÃO 2732/2018, ACÓRDÃO 2704/2018, ACÓRDÃO 2688/2018, ACÓRDÃO 2604/2018, ACÓRDÃO 2486/2018, ACÓRDÃO 2218/2018, ACÓRDÃO 2217/2018, ACÓRDÃO 1946/2018, ACÓRDÃO 1855/2018, ACÓRDÃO 1835/2018, ACÓRDÃO 1387/2018, ACÓRDÃO 1241/2018, ACÓRDÃO 1199/2018, ACÓRDÃO 1174/2018, ACÓRDÃO 1099/2018, ACÓRDÃO 878/2018, ACÓRDÃO 679/2018, ACÓRDÃO 620/2018, ACÓRDÃO 523/2018, ACÓRDÃO 206/2018, ACÓRDÃO 184/2018, ACÓRDÃO 2752/2017, ACÓRDÃO 2723/2017, ACÓRDÃO 2669/2017, ACÓRDÃO 2659/2017, ACÓRDÃO 2598/2017, ACÓRDÃO 2502/2017, ACÓRDÃO 2439/2017, ACÓRDÃO 2132/2017, ACÓRDÃO 1700/2017, ACÓRDÃO 1598/2017, ACÓRDÃO 1408/2017, ACÓRDÃO 984/2017, ACÓRDÃO 802/2017, ACÓRDÃO 297/2017, ACÓRDÃO 3078/2016, ACÓRDÃO 3076/2016, ACÓRDÃO 3065/2016, ACÓRDÃO 2959/2016, ACÓRDÃO 2840/2016, ACÓRDÃO 2572/2016, ACÓRDÃO 2120/2016, ACÓRDÃO 2001/2016, ACÓRDÃO 1651/2016, ACÓRDÃO 1650/2016, ACÓRDÃO 1336/2016, ACÓRDÃO 1170/2016, ACÓRDÃO 1169/2016, ACÓRDÃO 1089/2016, ACÓRDÃO 1082/2016, ACÓRDÃO 943/2016, ACÓRDÃO 651/2016, ACÓRDÃO 609/2016, ACÓRDÃO 601/2016, ACÓRDÃO 356/2016, ACÓRDÃO 286/2016, ACÓRDÃO 282/2016, ACÓRDÃO 40/2016, ACÓRDÃO 2898/2015, ACÓRDÃO 2730/2015, ACÓRDÃO 2527/2015, ACÓRDÃO 2519/2015, ACÓRDÃO 2268/2015, ACÓRDÃO 1796/2015, ACÓRDÃO 1667/2015, ACÓRDÃO 1609/2015, ACÓRDÃO 1432/2015, ACÓRDÃO 1294/2015, ACÓRDÃO 1105/2015, ACÓRDÃO 1083/2015, ACÓRDÃO 909/2015, ACÓRDÃO 736/2015, ACÓRDÃO 694/2015, ACÓRDÃO 617/2015, ACÓRDÃO 3286/2014, ACÓRDÃO 3212/2014, ACÓRDÃO 3159/2014, ACÓRDÃO 2748/2014, ACÓRDÃO 2315/2014 e ACÓRDÃO 2314/2014.

3. TERCEIRO CAPÍTULO – ANÁLISE DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS QUE ANTECEDERAM AS NORMAS CONTROLADAS PELO TCU

Feito o retrato sobre a jurisprudência do TCU quanto à atividade normativa das Agências Reguladoras, impõe-se agora o exame sobre o processo de formação das resoluções no âmbito desses entes reguladores.

Especificamente, serão analisados os processos administrativos das normas que foram, de forma expressa, objeto (i) de deferência ou (ii) de censura nos acórdãos analisados, a fim de se entender o grau de influência que a adequada procedimentalização no âmbito das Agências tem, no que diz respeito à intensidade do controle do TCU sobre as resoluções delas, tendo – por pressuposto, é imprescindível reiterar – a legitimação da regulação normativa pelo processo.

Conforme Patricia Pessoa Valente, (i) a identificação da evolução da procedimentalização ao longo dos anos e (ii) a análise do processo de tomada de decisão a fim de buscar a previsibilidade das decisões regulatórias “são aspectos fundamentais para o método proposto de avaliação da qualidade regulatória”²¹². Na linha da referida autora, busca-se – neste trabalho – aferir a boa regulação na produção normativa das Agências não por uma definição de seu conteúdo (num juízo delicado sobre escolhas administrativas), mas pelo seu procedimento.

Para se entender em que consiste essa adequada procedimentalização, apresenta-se sob quais referenciais serão examinados os processos administrativos. Eles serão lidos a partir de lente especialmente voltada para examinar se houve, ou não, (i) consulta pública, (ii) audiência pública e (iii) análise de impacto regulatório (AIR), institutos que foram discutidos – e conceituados – no item 1.1.3.

Pelo prisma da AIR, examina-se a ocorrência dessa relevante análise – exigida²¹³ pelo art. 6º Lei n.º 13.848/2019, e regulamentada pelo Decreto n.º 10.411/2020, para a “adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral” –, pois,

²¹² VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. *A qualidade da regulação estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade*. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16052016-164903/pt-br.php/>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

²¹³ Em algum nível, o art. 20 da LINDB reforça essa tendência, ao afirmar que, “[n]as esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

conforme relatório de auditoria do TCU no processo n.º 031.996/2013-2, entende-se que a “qualidade da tomada de decisão pelos colegiados das agências depende, primordialmente, do grau de autonomia e transparência do processo decisório, da autonomia financeira e do uso de ferramentas como a Análise de Impacto Regulatório (AIR)”.

Quanto à consulta pública, ela é exigida pelo art. 9º da Lei n.º 13.848/2019 para “atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos”, e haverá especial atenção (i) quanto ao prazo concedido para o envio das contribuições e (ii) quanto ao enfrentamento efetivo pela Agência das críticas e sugestões enviadas. A partir desses dois vetores relativamente objetivos, pretende-se verificar se a consulta pública representou uma séria oportunidade de obter contribuições dos interessados.

No que diz respeito à audiência pública, ela tem previsão no art. 10 da Lei n.º 13.848/2019, que não a afirma obrigatória, mas que pode significar uma demonstração da permeabilidade da Agência ao ambiente regulado, com a obtenção, por vezes, de relevantes e decisivas manifestações orais.

Estabelecidos esses referenciais, tem-se que eles serão aplicados aos processos administrativos indicados na tabela abaixo, na qual se faz a correspondência entre (i) cada um desses processos, (ii) a norma que ensejou e (iii) o Acórdão do TCU em que a respectiva norma foi objeto de controle.

Processo administrativo no âmbito da Agência	Qual norma de Agência decorre do processo administrativo?	Em qual Acórdão do TCU essa Resolução foi objeto de controle?
Processo ANP 48610.008961/2014-14 e Processo ANP 48610.006853/2014-15	Resoluções ANP 49 e 51	ACÓRDÃO 2034/2019
Processo ANA 02501.001711/2016-51	Resolução ANA 236/2017	ACÓRDÃO 1257/2019
Processo Antaq 50301.001515/2014-14	Resolução Normativa Antaq 18/2017	ACÓRDÃO 1439/2016 e ACÓRDÃO 923/2019
Processo Anatel 53500.016839/2012-37	Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC)	ACÓRDÃO 2121/2017 e ACÓRDÃO 716/2019
Processo Anac 00058.054992/2014-33	Resolução-Anac 400/2016	ACÓRDÃO 2955/2018
Processo Antaq 50300.000381/2008-86	Resolução-Antaq 2.389/2012	ACÓRDÃO 2310/2018
Processo Aneel 48500.001501/2011-60	Resolução Normativa Aneel 440/2011	ACÓRDÃO 1631/2018
Processo Antaq 50300.001334/2014-14	Resolução Normativa Antaq 1/2015	ACÓRDÃO 380/2018
Processo ANTT 50500.134971/2003-62, Processo ANTT 50500.115698/2003-59 e Processo ANTT 50500.151063/2004-06	Resoluções ANTT 442/2004 e 847/2005, que alterou a primeira.	ACÓRDÃO 31/2015

Feita a relação entre o que já se conhecia (os acórdãos do TCU em que são controladas as Resoluções das Agências) e o que não se conhecia (os processos

administrativos ensejadores dessas normas), passa-se à análise individualizada dos citados procedimentos administrativos.

3.1. Processo ANP 48610.008961/2014-14 e Processo ANP 48610.006853/2014-15

De início, faz-se a conexão deste tópico com o capítulo anterior, de forma a se observar que os Processos ANP 48610.008961/2014-14 e 48610.006853/2014-15 resultaram nas Resoluções ANP 49/2016 e 51/2016, as quais foram discutidas no Acórdão n.º 2.034/2019, em que se recomendou que a ANP avaliasse “o impacto regulatório das Resoluções ANP 49 e 51, ambas publicadas em 2/12/2016, encaminhando a avaliação de impacto regulatório das Resoluções ANP 49/2016 e 51/2016”.

A referida recomendação, por via oblíqua, questiona a produção normativa da ANP e põe em xeque a correção e a densidade do processo administrativo na referida Agência, na medida em que discute o impacto regulatório das Resoluções ANP 49 e 51 depois que editadas, o que deveria ter ocorrido antes do encerramento dos processos administrativos.

Quanto ao Processo ANP 48610.006853/2014-15, ele foi autuado em 13 de junho de 2014, visando à elaboração de “minuta de resolução que estabelece os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de revenda varejista de GLP e a sua regulamentação, em substituição à Portaria n.º 297, de 18/11/2003”.

Antes da própria autuação do processo administrativo, a ANP realizou, no período de 14 de outubro de 2013 a 2 de dezembro de 2013, uma “nova modalidade de consulta pública à sociedade: a consulta prévia, que permitiu o envio de sugestões antes de a Agência elaborar nova minuta de resolução sobre o tema”.

Por meio da Nota Técnica n.º 211 da Superintendência de Abastecimento (SAB), foi proposta a realização de consulta e audiência públicas, ao passo em que foi submetida uma minuta de resolução à diretoria colegiada.

No aviso de audiência pública n.º 5, publicado em 2 de abril de 2015, o Diretor-geral substituto da ANP comunicou que realizaria Audiência Pública no dia 23 de junho de 2015, a qual seria precedida de consulta pública no período de sessenta dias, contados a partir da publicação do aviso. Depois, a diretoria da Agência resolveu prorrogar – em atendimento à solicitação de agentes do setor – o período da consulta pública n.º 5/2015 por sessenta dias, contados a partir de 6 de junho de 2015.

A audiência pública ocorreu em 19 de agosto de 2015. Por meio da Nota Técnica Conjunta n.º 003/2016-CDC-SAB-AssessoriaDIR, foram analisadas as sugestões recebidas durante os processos de consulta e audiência públicas, “relativos à revisão do marco regulatório do mercado de gás liquefeito de petróleo – GLP, e que estejam relacionadas à atuação vertical dos distribuidores no mercado de revenda de GLP”.

Em Nota n.º 35/2016/PF-ANP/PGF/AGU, a Procuradoria Federal junto à ANP afirmou que as mudanças advindas das sugestões feitas em audiência pública “não promoveram qualquer alteração significativa ao conteúdo da norma, apenas ajustes para facilitar a compreensão e aplicação da norma”. Por fim, em 30 de novembro de 2016, foi editada a Resolução n.º 51, estabelecendo “os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de revenda” de GLP.

O Processo ANP 48610.008961/2014-14, por sua vez, foi autuado em 11 de agosto de 2014, com o intuito de propiciar a edição de resolução que estabelecesse “os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos e a sua regulamentação”.

Nesse processo, também houve consulta prévia, por meio da qual foram obtidas cento e trinta e duas sugestões. Por meio da Nota Técnica n.º 212/2014 da SAB, foi submetida minuta de resolução à diretoria colegiada e foi proposta a realização de consulta e audiência públicas.

No aviso de audiência pública n.º 6, também publicado em 2 de abril de 2015, o Diretor-geral substituto da ANP comunicou que realizaria Audiência Pública no dia 23 de junho de 2015, a qual seria precedida de consulta pública no período de sessenta dias, contados a partir da publicação do aviso. Depois, a diretoria da Agência resolveu prorrogar o período da consulta pública n.º 6/2015 por sessenta dias, contados a partir de 6 de junho de 2015, nos mesmos moldes narrados da consulta pública n.º 5/2015.

Por meio da mesma Nota Técnica Conjunta n.º 003/2016-CDC-SAB-AssessoriaDIR, foram analisadas as sugestões recebidas durante os processos de consulta e audiência públicas. Na Nota n.º 36/2016/PF-ANP/PGF/AGU, de igual forma, o Procurador Federal junto à ANP afirmou que as mudanças advindas das sugestões feitas em audiência pública “não promoveram qualquer alteração significativa ao conteúdo da norma”.

Por fim, em 30 de novembro de 2016, foi editada a Resolução n.º 49, estabelecendo “os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição” de GLP.

3.2. Processo ANA 02501.001711/2016-51

Para fazer a conexão com o capítulo anterior, o Processo ANA 02501.001711/2016-51 resultou na Resolução ANA 236/2017. Esse ato normativo, por sua vez, foi tratado no Acórdão n.º 1.257/2019 pelo TCU, que recomendou “ao Ministério do Desenvolvimento Regional para que a Agência Nacional de Águas – ANA e os órgãos estaduais de recursos hídricos” que fizessem o aprimoramento da definição normativa do nível de perigo global da barragem (NPGB).

O Processo ANA 02501.001711/2016-51 foi autuado em 9 de setembro de 2016, cujo assunto é a proposta de regulamentação da “periodicidade de atualização, da qualificação do responsável técnico, do conteúdo mínimo e do nível de detalhamento do Plano de Segurança da Barragem, incluindo a Inspeção de Segurança Regular e a Especial, o Plano de Ação de Emergência e a Revisão Periódica de Segurança de Barragem”.

Na Nota Técnica n.º 139/2016/COSER/SER, de 31 de agosto de 2016, foi recomendado, “diante das valiosas contribuições recebidas nas audiências públicas anteriores”, a adoção de “audiência pública não presencial (documental), por um prazo de 30 dias”, oportunidade em que já foi apresentada minuta de resolução.

Em 19 de setembro de 2016, a diretoria colegiada da ANA, em reunião ordinária, aprovou “a realização da Audiência Pública, na modalidade não Presencial, com o período de contribuição de 28 de setembro a 28 de outubro de 2016”. Essa deliberação resultou na edição de Aviso de Audiência Pública n.º 1/2016, que foi publicado em 28 de setembro de 2016.

Depois da referida audiência não presencial, foi elaborado o relatório n.º 4/2016/COSER/SER, em que são tratadas as contribuições recebidas na Audiência Pública n.º 1/2016. Na Nota Técnica n.º 101/2016/PF-ANA/PGF/AGU, afirma-se que a Agência “observou que 64 contribuições não são recomendadas, sem declinar quais; 17 são parcialmente aproveitadas e 11 são recomendadas quanto ao aspecto de forma e 15, quanto aos aspectos de conteúdo”. Por isso, foi requerida a “justificativa a respeito das contribuições não recomendadas e as parcialmente recomendadas”.

Em sua resposta, o especialista em recursos hídricos da Agência se limitou a afirmar que “as justificativas quanto ao acolhimento das contribuições encontram-se no ANEXO 1 do Relatório de Avaliação das Contribuições- RAC”.

Em 30 de janeiro de 2017, foi editada a Resolução ANA 236, em que se estabelece a periodicidade da execução ou atualização, a “qualificação dos responsáveis técnicos, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento do Plano de Segurança da Barragem, das Inspeções de Segurança Regular e Especial, da Revisão Periódica de Segurança de Barragem e do Plano de Ação de Emergência”.

3.3. Processo ANTAQ 50301.001515/2014-14

O Processo Antaq 50301.001515/2014-14 originou a Resolução Normativa Antaq 18/2017, que – por sua vez – foi discutida no Acórdão n.º 923/2019, em que o TCU determinou à referida Agência que informasse os resultados decorrentes “das fiscalizações empreendidas após a edição da Resolução Normativa Antaq 18/2017, no que concerne à detecção e apuração de eventuais abusos praticados pelos armadores, informando se foram efetivamente aplicadas sanções”.

Além disso, o TCU determinou à SeinfraPortoFerrovia que verificasse se a edição da Resolução Normativa Antaq 18/2017 tinha atendido ao item 9.3.10. do Acórdão anterior, no qual se determinava que deveria ocorrer a “regulação, ordenação e supervisão da navegação de longo curso nos portos brasileiros, de forma a permitir o controle dessa atividade”²¹⁴.

Feito esse panorama, tem-se que o Processo Antaq 50301.001515/2014-14 foi autuado em 21 de julho de 2014, com o objetivo de “elaborar proposta de norma de infrações de navegação marítima e de apoio”.

No Parecer n.º 023/2015/GAB/PFANTAQ/AGU, a Procuradoria Federal junto à Antaq fez referência ao Acórdão n.º 240/2015 do plenário do TCU, em que se recomenda às Agências que adotem “as boas práticas referentes a Análise de Impacto Regulatório (AIR) recomendadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)”. Ainda assim, a conclusão a que chegou o referido órgão, no parecer, foi apenas pela “possibilidade/necessidade de abertura de audiência pública para discussão da norma proposta”.

No dia 10 de agosto de 2015, foi publicado o Aviso de Audiência Pública n.º 03/2015, em que a Agência comunica “que realizará audiência pública, no período de 10

²¹⁴ O que deveria contemplar “o registro de armadores estrangeiros; o registro de preços de frete, extra-frete e demais serviços; estudos comparativos de rotas e preços praticados pelos armadores estrangeiros e normas para aplicação de sanção aos armadores estrangeiros em caso de omissões injustificadas de portos”.

de agosto a 23 de setembro de 2015, visando o recebimento de contribuições”. No mesmo aviso, afirma-se, quanto à “audiência presencial”, que, “com o objetivo de fomentar a discussão e esclarecer eventuais dúvidas sobre o ato normativo objeto deste Aviso, será realizada audiência pública presencial em data e local a serem definidos”.

Por meio da Resolução Antaq n.º 4.322/2015, foi prorrogado, até o dia 2 de outubro de 2015, o prazo fixado pelo Aviso de Audiência Pública para obtenção de subsídios e informações adicionais. Na mesma resolução, a Agência estabeleceu que a audiência presencial, prevista no mencionado Aviso, ocorreria no dia 17 de setembro de 2015.

No Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 250/COGTL/SEAE/MF, de 15 de setembro de 2015, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda considerou que não cabem “recomendações para o aperfeiçoamento da proposta”; mas que “cabe o aperfeiçoamento da análise do impacto regulatório na agência, em especial quanto à identificação do problema, à apresentação das justificativas e à análise dos impactos da regulamentação proposta”.

De qualquer modo, “desenvolveu-se, de 10/08/2015 a 02/10/2015, o procedimento de Consulta e Audiência Públicas”, conforme afirmado na Exposição de Motivos da Audiência Pública n.º 6/2016, pois as contribuições foram tão “substanciais ao ponto de requerer o chamamento dos regulados para novamente contribuir em audiência pública para o aprimoramento e amadurecimento regulatório da Agência”.

No Aviso de Audiência Pública n.º 6/2016, o diretor-geral da Antaq afirma que “reabrirá consulta e audiências públicas, no período de 24 de outubro a 25 de novembro de 2016”, ao passo que a denominada audiência presencial ocorreria no dia 7 de novembro de 2016. Após essa audiência, adveio a Resolução n.º 5089-ANTAQ, em que se prorrogou o prazo fixado pelo Aviso até 9 de dezembro de 2016 e em que foi determinada a realização de “audiência presencial adicional” no dia 23 de novembro de 2016.

Por meio do Relatório Técnico n.º 3/2017/GRM/SRG, a Gerência de Regulação da Navegação Marítima afirmou que a “norma proposta encontra-se pronta para ser publicada”. Ademais, essa Gerência afirmou que apesar da “grande quantidade de questões controvertidas, o processo inteiro foi marcado por intensos e longos debates com a sociedade, o que é reforçado pelo fato de ter havido duas audiências públicas”. Nesse contexto, só 5,59% (cinco inteiros e cinquenta e nove centésimos por cento) das contribuições foram acatadas.

Em sua 435ª Reunião Ordinária, realizada em 21 de dezembro de 2017, a diretoria da Agência aprovou a Resolução Normativa 18, que “dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários, dos agentes intermediários e das empresas que operam nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso, e estabelece infrações administrativas”.

3.4. Processo ANATEL 53500.016839/2012-37

O Processo Anatel 53500.016839/2012-37 resultou na Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), a qual foi controlada pelo TCU nos Acórdãos n.º 2121/2017 e n.º 716/2019: no primeiro, houve recomendação à Agência para “aperfeiçoar a Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) de forma a prever participação tempestiva do Conselho Diretor no processo de negociação de TAC, não somente ao final”; no segundo, o TCU determinou que a Anatel deveria alterar a redação do “inciso II do art. 26 do RTAC de forma a conferir segurança jurídica ao tema”.

Quanto ao processo administrativo na Agência, ele foi instaurado em 1º de agosto de 2012, cujo assunto era a “criação de Grupo de Trabalho para elaboração de proposta de Regulamento para estabelecer os critérios e procedimentos para Termos de Ajustamento de Conduta – TACs”. Por meio da Consulta Interna n.º 563/2012, foram obtidas vinte e duas contribuições à minuta que foi desenvolvida pelo grupo de trabalho designado²¹⁵ para regulamentar a celebração de TACs na Agência.

Nos termos do que estabelecia o art. 42 da LGT à época, a Anatel deliberou, por meio da Reunião n.º 687, realizada em 7 de março de 2013, que realizaria a Consulta Pública n.º 13/2013, cujo prazo limite para envio de contribuições foi 13 de maio de 2013. Em Aviso de audiência pública, publicado em 8 de abril de 2013, a Agência tornou público que realizaria, em 8 de maio de 2013, a citada audiência.

Por meio do Informe n.º 12/2013-COQL/PRRE/SCO/SPR, foram analisadas as principais contribuições recebidas na Consulta Pública n.º 13/2013, já que a íntegra (eram 258 sugestões) das contribuições foram objeto de análise no anexo IV do referido Informe.

²¹⁵ O grupo de trabalho era integrado por “representantes da Superintendência de Serviços Públicos (SPB), Superintendência de Serviços Privados (SPV), Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa (SCM), Superintendência de Universalização (SUN), Superintendência de Radiofrequência e Fiscalização (SRF) e do gabinete da Superintendente Executiva (SUE)”.

No Parecer n.º 1071/2013/PFE-Anatel/PGF/AGU, a Procuradoria Federal recomendou que a Anatel encaminhasse ao TCU a minuta do TAC, sempre que fosse celebrá-lo, para que “aquela Corte de Contas possa eventualmente contribuir com a adequação do Termo ao interesse público”.

Em razão da deliberação na Reunião n.º 724 de 5 de dezembro de 2013, a Anatel editou, em 16 de dezembro de 2013, a Resolução n.º 529, que “aprova o Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC)”.

3.5. Processo ANAC 00058.054992/2014-33

A análise do Processo Anac 00058.054992/2014-33 é especialmente relevante, pois ele originou a Resolução-Anac 400/2016, que foi tratado no Acórdão n.º 2.955/2018 do TCU, mas – diferentemente dos outros casos analisados neste Capítulo – essa Corte de Contas foi deferente à norma da citada Agência.

Na hipótese, o TCU afirmou que a edição da Resolução-Anac 400/2016 “foi precedida de estudos regulatórios consistentes e de ampla discussão com os interessados, e tende a ser favorável ao consumidor, assim como as demais medidas de flexibilização regulatória setorial”. Assim, impõe-se a aferição sobre a efetiva existência de traço distintivo entre esse processo administrativo e os demais.

O Processo Anac 00058.054992/2014-33 foi autuado em 27 de junho de 2014 e discorria sobre “proposta de regulamentação das condições gerais de transportes aplicáveis ao transporte de bagagens em voos domésticos e internacionais”. Houve a ampliação da discussão processual, já que, a partir da Nota técnica n.º 14/2014/GNOP/SER, foi proposta a edição de “única norma que contemple as regras pertinentes às condições gerais do transporte aéreo de passageiros e direitos dos usuários”, o que ensejou a reunião de diversos processos administrativos²¹⁶ em trâmite na Agência.

²¹⁶ Ao processo discutido foram anexados: “a) Processo de n.º 00058.02287./2015-85 - que compila informações sobre a média de pesos das bagagens em voos internacionais de 2004 a 2014; b) Processo de n.º 60800.113655/2011-14 que cuida de consulta a esta PF/ANAC acerca do alcance extraterritorial das normas de serviços aéreos, em especial, da Resolução ANAC n.º 141, de 2010, e das normas de serviços aéreos internacionais (NOSAI) n.º CT-011, CT-012, TP005 e TP024; c) Processo de n.º 00058.1314871/2015-09 — que trata da documentação exigida para o embarque; d) Processo de n.º 00058.029162/2012-14 — instaurado para avaliar o pleito da IATA de alteração da norma de reembolso de passagens aéreas, no sentido de retirar-se a exigência de correção monetária; e) Processo de n.º 00058.105511/2013-84 — que cuida da correção de nomes de passageiros em bilhetes aéreos; e f) Processo

Nos dias 19 e 21 de agosto de 2014, a Anac realizou reuniões participativas com diversos atores do setor aeroportuário, o que ocorreu – conforme Nota técnica n.º 14/2014/GNOP/SRE – “no intuito de aproximar e conhecer as expectativas dos regulados e demais envolvidos com os direitos dos usuários do transporte aéreo de passageiros quanto à atualização e consolidação das normas da ANAC”.

Conforme o Aviso de Consulta Pública n.º 4/2014, publicado no dia 7 de novembro de 2014 no Diário Oficial da União, a Secretaria de Aviação Civil convocou os interessados a encaminhar contribuições à Gerência de Normas e Projetos – GNOP/SRE. Nos dias 4 e 5 de dezembro de 2014, foi realizado o Seminário sobre regulação dos direitos dos usuários de transporte aéreo, com o propósito de promover o debate entre “agentes diretamente afetados pela regulação de serviços aéreos e de infraestrutura aeroportuária, no intuito de colher informações para o aprimoramento das ações da Agência em relação à defesa de direitos de usuários do transporte aéreo”.

Em 11 de fevereiro de 2015 (São Paulo) e 25 de fevereiro de 2015 (Cuiabá), houve reuniões entre representantes de entidades de defesa dos direitos dos usuários e servidores da Gerência de Normas e Projetos da Superintendência de Regulação Econômica da ANAC. Em 16 de abril de 2015, houve reunião com os representantes da Associação Brasileira das Empresas Aéreas (ABEAR) e das principais empresas aéreas para “finalizar a discussão sobre a minuta de revisão das condições de transporte”.

Em 10 de março de 2016, foi publicado o Aviso da Audiência Pública n.º 3/2016, por meio do qual foram convocados os interessados a contribuir com as discussões atinentes às Condições Gerais de Transporte Aéreo (CGTA). O prazo estabelecido (após a prorrogação) para contribuições foi de 11 de março a 2 de maio de 2016. Em 24 de março, foi feita videoconferência com os órgãos de defesa do consumidor; em 28 de março, houve reunião com a 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF. Ademais, nos dias 5 (Brasília) e 8 (São Paulo) de abril, houve reuniões presenciais.

Após a abertura da audiência pública, sobreveio determinação do TCU (Acórdão 593/2016-Plenário, Processo 000.676/2014-4), para que a Agência dispusesse, em seus normativos, sobre a obrigatoriedade de inserção do preço pago pelo transporte aéreo no cartão de embarque, o que serviria para proteção do erário. Para satisfação dessa medida, foi acrescido um dispositivo na minuta da CGTA.

nº 00058.095050/2012-43 (3 volumes) que trata, separadamente, da proposta de regulamentação das condições gerais de transportes aplicáveis ao transporte de bagagens em voos domésticos e internacionais”.

Por meio da Nota Técnica n.º 11/2016/GEAC/SAS, de 17 de maio de 2016, foi feito um estudo “sobre o atual comportamento do uso de bagagem despachada no mercado de transporte aéreo no Brasil e sobre os possíveis efeitos decorrentes da desregulamentação da franquia de bagagem despachada, sob a ótica da regulação econômica”²¹⁷. No mesmo sentido, a Nota Técnica n.º 5 (SEI)/2016/GTEC/GEAC/SAS complementou a Nota Técnica 11 e abordou “aspectos econômicos relativos aos incentivos gerados para empresas e consumidores em decorrência da desregulamentação da franquia de bagagem despachada”, apresentando “alguns exemplos teóricos e de mercados de outros países a título de ilustração dos possíveis efeitos do que poderiam ocorrer no mercado brasileiro”.

Ademais, a Nota Técnica n.º 16.2016/GCON/SAS trouxe a análise das contribuições da Audiência Pública n.º 3/2016. No Memorando n.º 13/2016/PG/PFANAC/PGHAGU, de 31 de agosto de 2016, o Procurador-Geral da PF/ANAC alerta que – conforme notícia publicada em 24 de agosto, intitulada “OAB recolhe assinaturas contra resolução da Anac que pretende cobrar por malas despachadas” – haveria um “efetivo e iminente risco de judicialização da proposta normativa (ou da norma) tratada no presente processo”. Para fazer frente a essa possibilidade, o Procurador sugeriu “a estrita observância da regularidade processual administrativa do feito”.

Por fim, em 13 de dezembro de 2016, na 26ª Reunião Deliberativa da Diretoria, foi aprovada a Resolução Anac n.º 400, que dispõe sobre as “condições gerais aplicáveis ao transporte aéreo regular de passageiros, doméstico e internacional” (art. 1º). Na mesma oportunidade, foi aprovada a Resolução Anac n.º 401, que dispõe “sobre a inclusão do

²¹⁷ Foram as seguintes as conclusões dessa Nota Técnica: “Resumidamente, espera-se que a desregulamentação da franquia de bagagem despachada, em um cenário de livre concorrência, promova um ambiente propício para: a. mais transparência nas relações de consumo; b. melhor planejamento e otimização do uso dos porões das aeronaves pelo transportador aéreo; c. diferenciação de serviços e tarifas (as empresas aéreas poderão continuar ofertando franquia de bagagem, inclusive com diversificadas quantidades, a depender do tipo de tarifa e da estratégia de segmentação de mercado e de captação de clientes); d. concorrência entre as empresas (criação de mais uma variável de concorrência em qualidade de serviço e tarifas); e. ampliação do poder de decisão do passageiro sobre o nível de serviço e preço desejados, conforme a sua necessidade (atualmente, a franquia de bagagem é indiscriminadamente pré-estabelecida pelo Estado, ignorando-se as diferentes necessidades e preferências dos passageiros, possivelmente gerando ineficiência e rateio dos custos por todos os passageiros); f. redução das tarifas aéreas médias (assumindo-se que os custos relativos à obrigatoriedade de oferta de franquia de bagagem são determinantes, em maior ou menor grau, na precificação das diversas tarifas aéreas ofertadas). Conforme o perfil do passageiro, o propósito e outras características de sua viagem, as suas preferências, a sua disposição a pagar e as suas escolhas relativas ao uso de bagagem de mão e ao despacho de bagagem, são esperadas diferentes percepções no que se refere ao aumento ou redução do preço total pago pela viagem aérea e do seu bem-estar individual; g. inclusão social (passageiros de baixa renda, mais sensíveis a preço, poderão optar por levar somente bagagem de mão, cuja franquia a proposta da ANAC propõe ampliar); h. incremento da demanda por transporte aéreo; e i. aumento do bem-estar social”.

preço da passagem aérea no cartão de embarque”, o que atende à determinação do TCU no Acórdão 593/2016-Plenário.

3.6. Processo ANTAQ 50300.000381/2008-86

No Acórdão n.º 2.310/2018, o TCU, entre outros comandos endereçadas à Antaq, deu ciência à Agência de que a “Resolução-Antaq 2.389/2012 não tem se mostrado efetiva para assegurar um dos principais objetivos de regulação setorial”, especialmente no que diz respeito à “modicidade das tarifas, ao cumprimento de padrões de eficiência e à harmonização dos objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias”.

A Resolução-Antaq 2.389/2012 é decorrente do Processo 50300.000381/2008-86, que foi autuado em 13 de março de 2008, “com o objetivo de estudar e normatizar a prestação de serviços de movimentação de contêineres em instalações portuárias de uso público”.

Em março e abril de 2008, houve reuniões de Grupo de Trabalho (GT) com a participação dos principais agentes (usuários, operadores portuários e armadores) “a fim de coletar informações que poderão servir de subsídio para a elaboração da Norma de THC, que tem objetivo precípuo o estabelecimento de responsabilidades e respectiva abrangência do serviço portuário prestado dentro da área do porto organizado”.

Em 20 de junho de 2008, o GT apresentou relatório final, com a submissão à Diretoria da Antaq de minuta de norma, em que se previam “parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados”.

Em 17 de fevereiro de 2011, foi estabelecido, pelo Aviso de Audiência Pública n.º 01/2011-ANTAQ, (i) o prazo de recebimento das contribuições de 21 de fevereiro a 22 de junho de 2011 (já com prorrogações previstas nas Resoluções 1.972/2011, 1.996/2011 e 2.071/2011); e (ii) a ocorrência de audiência pública presencial em 29 de março de 2011.

Por meio da Portaria n.º 141/2011-DG, de 13 de junho, o Diretor-Geral da Antaq designou servidores para composição de GT, que analisou as contribuições recebidas. Por exemplo, uma delas foi dada pelo presidente do CADE, que – por meio do Ofício n.º 1087/2011/PRES/CADE, de 24 de maio de 2011 – requereu que a Antaq proibisse “a cobrança da THC2, em consonância com a decisão do CADE no Processo Administrativo

nº 08012.007443/99-17”, a fim de reconhecer que “supostos serviços remunerados por essa ‘taxa’ já estariam sendo devidamente remunerados pelo *Box Rate*, pago pelos importadores/exportadores por meio dos armadores”.

Na 309ª Reunião Ordinária, realizada em 9 de fevereiro de 2012, a Antaq aprovou a Resolução n.º 2.389/2012, “a norma que estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados”.

3.7. Processo ANEEL 48500.001501/2011-60

No Acórdão n.º 1.631/2018, o TCU determinou à Aneel que adotasse as medidas necessárias, conjuntamente com o ONS e a CCEE, para a “compatibilização entre a Resolução Normativa 440/2011 e os Procedimentos de Rede do ONS, para sanar a incompatibilidade entre a carga prevista e a carga total do sistema que, entre 2014 a 2016”, o que não representa deferência à norma produzida pela Agência propriamente e, sim, à capacidade de os atores do setor chegarem a um consenso.

A citada Resolução Normativa 440/2011 decorre do Processo ANEEL 48500.001501/2011-60, que foi autuado em 29 de março de 2011 e cujo assunto era a “representação de pequenas usinas nos modelos de planejamento da operação e formação de preços”.

Antes, em 2010, foi verificada a necessidade de melhorias na representação de pequenas usinas nos modelos computacionais de planejamento da operação e formação de preço, o que fez com que a Superintendência de Regulação dos Serviços de Geração (SRG) da Aneel emitisse o Ofício n.º 254/2010 - SRG/ANEEL, de 23 de dezembro de 2010, com o propósito de convocar o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) para reunião em que se trataria do assunto. Após a realização de “mais duas reuniões”, foi formulada uma proposta de norma sobre o tema.

Depois, por meio 14ª Reunião Pública Ordinária, realizada no dia 26 de abril de 2011, a Diretoria da Aneel decidiu aprovar a instauração de “audiência pública, no período de 27 de abril a 27 de maio de 2011, exclusivamente por meio de intercâmbio documental, a fim de colher subsídios à proposta de resolução normativa”.

Por meio da Nota Técnica n.º 35/2011-SRG/ANEEL, de 16 de junho de 2011, a SRG analisou as nove contribuições recebidas na Audiência e apresentou as mudanças feitas na minuta de resolução, com a conclusão de que “a metodologia proposta melhora significativamente a representação de usinas não simuladas individualmente e está apta a ser submetida à apreciação da diretoria”. A Procuradoria-Geral concordou com as mudanças feitas.

Depois, em 5 de julho de 2011, foi editada a Resolução Normativa n.º 440/2011, que “estabelece os critérios para a consideração de usinas não simuladas individualmente nos modelos computacionais de planejamento da operação e formação de preço”.

3.8. Processo ANTAQ 50300.001334/2014-14

No Acórdão n.º 380/2018, o TCU determinou à Antaq, de forma cautelar, que, “ao examinar pedido de autorização de afretamento de embarcação estrangeira nas hipóteses em que for verificada inexistência ou indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados para o transporte ou apoio pretendidos”, ela se abstivesse “de exigir as limitações de quádruplo de tonelagem e de propriedade de embarcação do tipo semelhante à pretendida previstas no art. 5º, inciso III, alínea “a”, da Resolução Normativa Antaq 1/2015”.

A referida Resolução se origina do Processo ANTAQ 50300.001334/2014-14, que foi concebida em 24 de junho de 2014 com o objetivo de revisar as Resoluções 2.919, 2.920, 2.921 e 2.922, “que aprovaram, respectivamente, as normas para disciplinar o afretamento de embarcações para operação na navegação de apoio marítimo, cabotagem, apoio portuário e longo curso”.

Em 6 de junho de 2014, foi criado grupo de trabalho, que apresentou, em 23 de julho desse ano, uma minuta “em substituição às quatro resoluções que atualmente normatizam o afretamento na navegação marítima como forma de evitar repetições e possíveis duplicidade de entendimento”.

No Parecer n.º 36/2014/NCA/PFANTAQ/AGU, afirmou-se que “nos autos nada se abordou sobre o impacto regulatório advindo com a edição da presente norma”, o que importaria o enfrentamento sobre os impactos que seriam gerados, “ainda que para justificar a sua ausência no âmbito do ato normativo pretendido”. De igual sorte, afirmou-se a necessidade de audiência pública.

No aviso de audiência pública n.º 2/2014, foi estabelecido o prazo de 22 de setembro de 2014 a 5 de novembro de 2014 (com a prorrogação prevista na Resolução 3.706/14), “visando o intercâmbio de documentos e informações”, bem como a realização de “audiência pública presencial no auditório da ANTAQ”, no dia 9 de outubro.

Por meio do Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 293, de 5 de novembro de 2014, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda afirmou que a Agência “não publicou qualquer documento que apresente as justificativas para a proposição da minuta de norma em tela”.

Ademais, o entendimento dessa Secretaria era de que as Agências reguladoras costumam elaborar “nota técnica que apresenta os motivos que levaram à proposta de norma, as consequências de sua aplicação e o detalhamento dos procedimentos rotineiros da atividade regulada”. Por isso, ela recomendou a “disponibilização, nas próximas audiências públicas, de documento que fundamente a proposta de norma, elemento necessário a uma adequada análise por parte dos interessados”.

No mais, foram recebidas 767 contribuições, as quais foram enfrentadas no Relatório de Contribuições da Audiência Pública n.º 02/2014. Em 13 de fevereiro de 2015, foi editada a Resolução Normativa Antaq 1/2015, por meio da qual foi aprovada “a norma que estabelece os procedimentos e critérios para o afretamento de embarcação por empresa brasileira de navegação nas navegações de apoio portuário, apoio marítimo, cabotagem e longo curso”.

3.9. Processo ANTT 50500.115698/2003-59, Processo ANTT 50500.134971/2003-62 e Processo ANTT 50500.151063/2004-06

De partida, retoma-se o capítulo anterior, para dizer que os processos administrativos no âmbito da ANTT resultaram na Resolução-ANTT n.º 442/2004²¹⁸, a qual foi objeto de controle pelo TCU no Acórdão n.º 31/2015, em que se determinou que a ANTT ajustasse “o art. 59 do Regulamento anexo à Resolução-ANTT n.º 442/2004, de forma a adequá-lo ao art. 61 da Lei n.º 9.784/99, retirando o efeito suspensivo conferido indiscriminadamente aos recursos administrativos”.

²¹⁸ Por meio do qual foi aprovado “o Regulamento disciplinando, no âmbito da ANTT, o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização”.

O Processo ANTT 50500.115698/2003-59 foi autuado em 12 de agosto de 2003 e tem, como assunto, o aprimoramento de Minuta de Regulamento que serviria para disciplinar (i) “procedimentos para apuração de irregularidades”; e (ii) “processo administrativo para aplicação de penalidades em decorrência de infrações à legislação de Transportes Terrestres e aos deveres estabelecidos nos contratos de concessões e de permissão e nos termos de outorga de autorização”.

No relato da proposta de Resolução, afirma-se que, “na visão legal, a proposta de Resolução está ancorada na Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que trata dos processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal” (fl. 25 do PA). Em minuta de Resolução e de Regulamento anexa à Nota ANTT/PRG/CAH/nº 0635-4.14/2003 (fl. 156), há a previsão, nos moldes da Lei Federal de Processo Administrativo, que “salvo disposição legal em contrário, os recursos não têm efeito suspensivo” (art. 59).

A referida minuta foi submetida à audiência pública – conforme tratado no Processo ANTT 50500.134971/2003-62 –, cujo aviso foi ao Diário Oficial da União com aproximadamente um mês de antecedência (a publicação ocorreu em 23 de dezembro de 2003; a audiência, em 21 de janeiro de 2004). Até o dia 16 de janeiro de 2004, seria possível enviar contribuições, “sem prejuízo de manifestações durante a audiência”.

Em 12 de fevereiro de 2004, a Diretoria da ANTT aprovou o relatório conclusivo da Audiência Pública nº 010/2003, com enfrentamento das contribuições recebidas pelos interessados, ao passo que foi determinado que o citado relatório fosse “disponibilizado no website da ANTT e em sua sede”. Como não houve qualquer crítica ao citado artigo 59, ele foi aprovado com a redação acima transcrita.

A Resolução-ANTT 442/2004 foi editada em 17 de fevereiro de 2004. Desde a autuação do Processo ANTT 50500.115698/2003-59 até a aprovação da Resolução transcorrem pouco mais de seis meses.

Sucedo que a Resolução-ANTT 847, de 12 de janeiro de 2005, alterou alguns dispositivos da Resolução-ANTT nº 442/2004, entre eles, foi estabelecido que os “recursos serão recebidos com efeito suspensivo”, o que foi justamente objeto de censura pelo TCU.

A Resolução-ANTT 847/2005, por sua vez, decorre do Processo ANTT 50500.151063/2004-06, que foi autuado em 6 de abril de 2004. Nesse processo, o Procurador-Geral da Agência solicitou, por meio do Memorando-Circular nº 002/2004/PRG/ANTT, “às superintendências, à ouvidoria, à corregedoria e à auditoria”,

que enviassem “contribuições e sugestões acerca das penalidades diretamente relacionadas à respectiva Unidade Organizacional”.

Por força das contribuições apresentadas, o escopo da consulta foi ampliado, de modo a permitir às unidades a apresentação de (i) “sugestões objetivando alterações do Regulamento anexo à Resolução n.º 2442/2004”; e (ii) “propostas de normas específicas para cada área, atinentes às infrações e penalidades aplicáveis”.

As sugestões apresentadas, depois de consolidadas, foram novamente submetidas “às superintendências, à ouvidoria, à corregedoria e à auditoria”, para que houvesse consenso entre os órgãos. Por fim, coube à Procuradoria-Geral preparar a minuta de Resolução, para alterar o Regulamento anexo à Resolução n.º 442/2004.

Nos termos do entendimento do Diretor-Geral da Agência – fazendo referência ao Parecer/ANTT/PRG/CAH/20354-3.8.7.3/2004 –, não seria necessária “audiência pública, uma vez que não afetam diretamente os direitos dos administrados, exceto para beneficiá-los”.

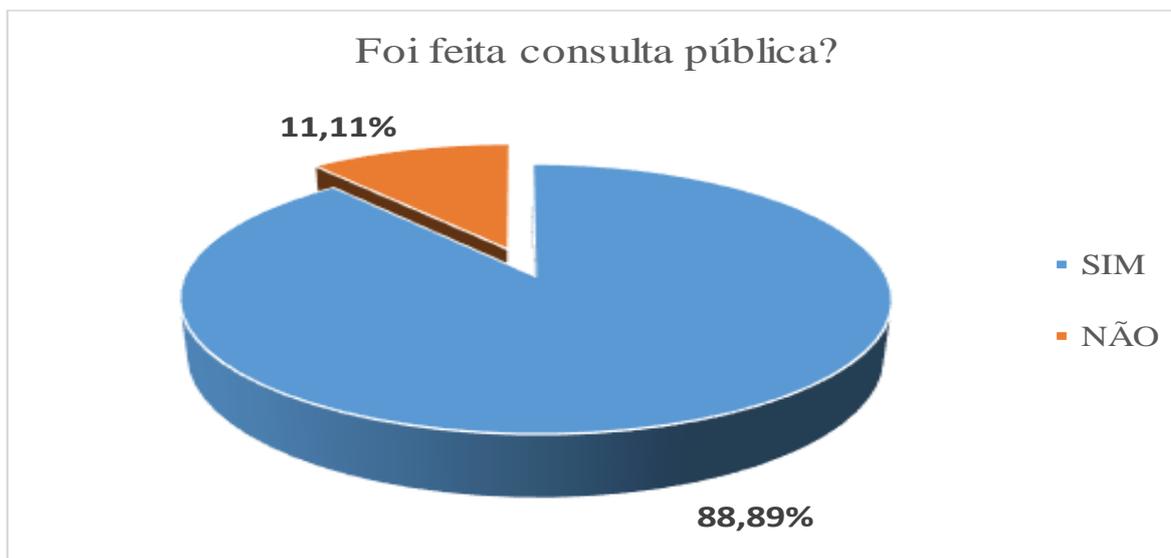
Em 12 de janeiro de 2005, a diretoria da ANTT deliberou pela aprovação da Resolução n.º 847/2005, que “altera a Resolução n.º 442/04, de 17 de fevereiro de 2004, que disciplina o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades no âmbito da ANTT”.

3.10. EXAME SOBRE RELAÇÃO DE “CAUSA-EFEITO” ENTRE A PROCESSUALIZAÇÃO DOS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS E A MAIOR OU MENOR DEFERÊNCIA DO TCU PELAS NORMAS REGULATÓRIAS ADVINDAS DOS REFERIDOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Após a análise sobre toda a “linha de produção” dos atos normativos das agências reguladoras, desde o processo administrativo que culminou em sua edição no âmbito das referidas autarquias especiais até o momento em que referidas normas são objetos de controle pelo TCU, mostra-se viável fazer uma análise sobre a relação de “causa-efeito” entre a processualização dos atos normativos das agências e a variação na deferência do TCU, a qual ocorreria – na hipótese aqui cogitada – a depender se se trata de um processo administrativo mais ou menos procedimentalizado.

Com base nos três eixos indicados no início deste capítulo (no anexo IV deste trabalho, há tabela para indicar o cumprimento desses requisitos em cada um dos casos),

serão analisados os processos administrativos das Agências, a fim de analisar se eles são suficientemente instruídos. Em uma primeira perspectiva, apresenta-se gráfico sobre a quantidade de vezes em que foi feita consulta pública:



Assim, em somente uma hipótese (11,1% dos casos) não houve a realização de consulta pública, o que ocorreu no Processo ANTT 50500.151063/2004-06, do qual derivou a Resolução-ANTT 847/2005, que – por seu turno – alterou a Resolução-ANTT 442/2004, cujos processos²¹⁹ foram, esses sim, objeto de consulta pública. Ou seja, no processo da norma substituta (Resolução-ANTT 847/2005) não houve consulta; no processo da norma substituída (Resolução-ANTT 442/2004), houve.

Dessa forma, para a edição da norma posterior não seria necessária “audiência pública, uma vez que não afetam diretamente os direitos dos administrados, exceto para beneficiá-los”, conforme afirmado pelo Diretor-Geral da Agência à época, fazendo referência ao Parecer/ANTT/PRG/CAH/20354-3.8.7.3/2004.

Sob os dois aspectos propostos, no começo do capítulo, para análise da consulta pública, isto é, (i) quanto ao prazo concedido para o envio das contribuições e (ii) quanto ao enfrentamento efetivo das críticas e sugestões enviadas, aponta-se algumas tendências dos processos administrativos nas Agências.

Pelo primeiro aspecto, a análise dos processos administrativos demonstrou que o aqodamento para edição de resolução não é o mais recorrente nas Agências, ou – ao menos – não houve estabelecimento de prazos ínfimos para o envio das contribuições; sem contar

²¹⁹ São os processos ANTT 50500.115698/2003-59 e ANTT 50500.134971/2003-62.

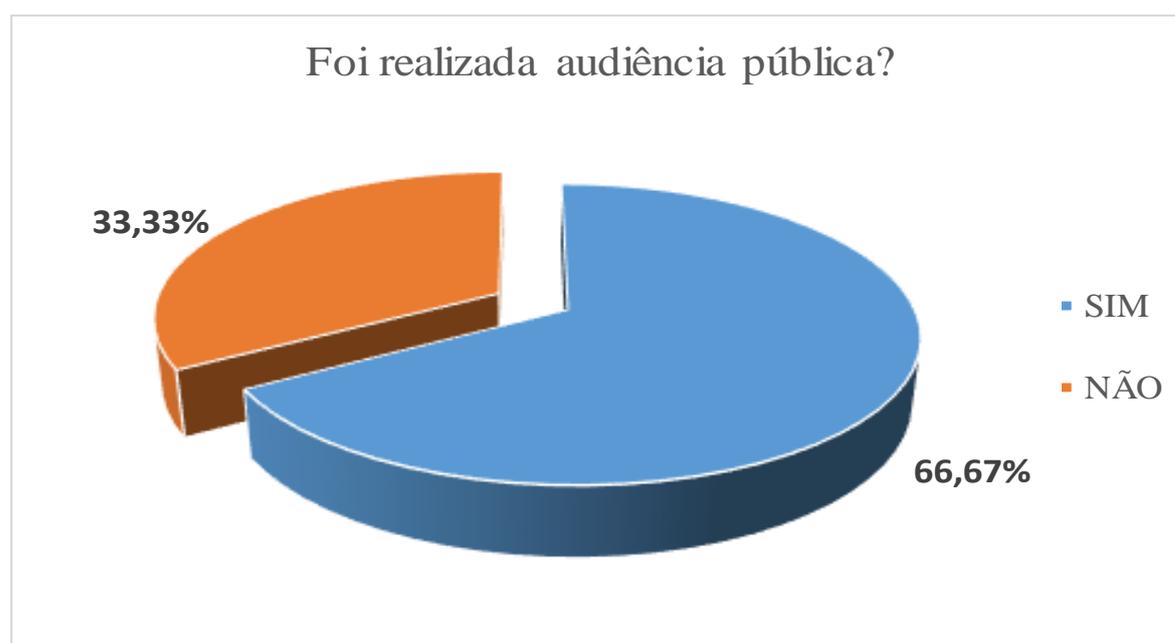
as recorrentes prorrogações feitas pelo conselho diretor ou diretoria colegiada das Agências nos diversos processos.

Como exceções, tem-se o Processo ANA 02501.001711/2016-51, que só durou cento e trinta e três dias, sem prorrogação para contribuições e com enfrentamento muito genérico delas²²⁰; ainda mais curto, o Processo Aneel 48500.001501/2011-60 durou sessenta e oito dias, também sem prorrogação para as sugestões dos interessados.

Pelo segundo aspecto, há um problema maior, diante da superficialidade do enfrentamento, pelas Agências, das contribuições recebidas, algo que parece ser feito somente por formalidade.

É sintomático que, nos Processo ANP 48610.008961/2014-14 e Processo ANP 48610.006853/2014-15, a Procuradoria Federal junto à ANP tenha afirmado que as mudanças advindas das sugestões feitas em audiência pública “não promoveram qualquer alteração significativa ao conteúdo da norma, apenas ajustes para facilitar a compreensão e aplicação da norma”. Outro exemplo é o Processo Antaq 50301.001515/201414, em que só 5,59% (cinco inteiros e cinquenta e nove centésimos por cento) das contribuições foram aceitos.

Pelo segundo eixo de análise, o gráfico abaixo aponta o percentual de vezes em que foi realizada a audiência pública nos processos administrativos analisados:



²²⁰ Na Nota Técnica n.º 101/2016/PF-ANA/PGF/AGU, afirma-se que a Agência “observou que 64 contribuições não são recomendadas, sem declinar quais; 17 são parcialmente aproveitadas e 11 são recomendadas quanto ao aspecto de forma e 15, quanto aos aspectos de conteúdo”.

Em dois terços dos casos foi realizada a audiência pública, o que já representa um decréscimo em relação à recorrência das consultas públicas. Quanto às audiências, é relevante observar que elas são tanto mais persuasivas e determinantes quanto mais cedo elas acontecem nos processos administrativos.

Depois que já há minuta elaborada internamente por grupo de trabalho (GT) constituído e sem a participação de interessados, existe maior dificuldade para alteração não só da redação dos dispositivos, mas – acima de tudo – da orientação que a resolução normativa terá para o setor, e em que direção o estimulará.

Como bem afirma o art. 10, a audiência pública se presta para ajudar na “formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante” e, não, para somente validar o que já está pronto e definido. O momento (tardiamente) em que são feitas as consultas e as audiências está diretamente relacionado às mencionadas respostas genéricas – quando acontecem – das Agências às contribuições dos interessados; em verdade, o entendimento do regulador, quanto ao conteúdo da norma, já está cristalizado.

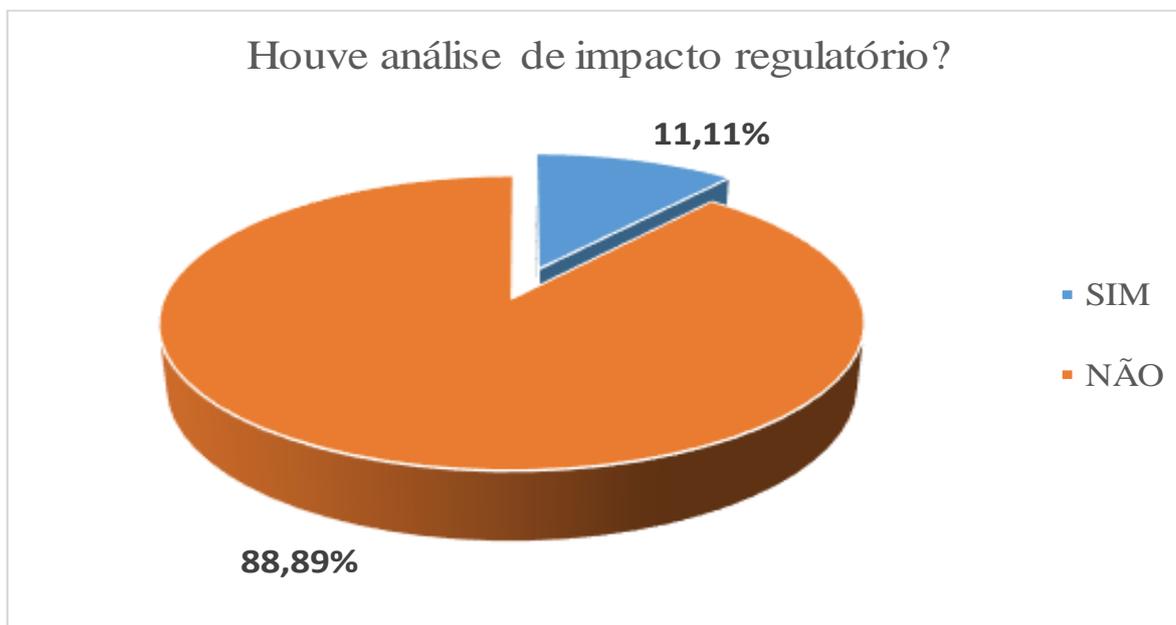
Como bom exemplo, há a iniciativa da Antaq, no Processo n.º 50300.000381/2008-86, de realizar encontros com a participação dos principais agentes (usuários, operadores portuários e armadores), “a fim de coletar informações que poderão servir de subsídio para a elaboração da Norma de THC”. Depois de elaborada a minuta de norma pelo GT, ainda houve a realização de audiência pública.

Um exemplo ainda mais robusto diz respeito ao Processo Anac 00058.054992/2014-33, em que foram feitas diversas “reuniões prévias participativas”; foram feitas reuniões, individualmente, (i) com os órgãos de defesa do consumidor, (ii) com os representantes da Associação Brasileira das Empresas Aéreas (ABEAR) e das principais empresas aéreas e (iii) com a 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF.

Ademais, a ANAC realizou seminário sobre regulação dos direitos dos usuários de transporte aéreo, com o propósito de promover o debate sobre o que seria objeto de norma da Agência. Por fim, depois que a minuta foi elaborada, houve a Audiência Pública n.º 3/2016.

Em sentido contrário (como exemplo negativo), no Processo ANEEL 48500.002402/2007-19, após algumas reuniões entre a Agência, o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), foi formulada minuta de norma, que não foi submetida à audiência pública e cuja consulta pública só ensejou nove contribuições.

Com base no terceiro eixo de análise, questiona-se em quantos processos administrativos houve análise de impacto regulatório, o que é respondido no gráfico a seguir:



Em somente uma hipótese (Processo Anac 00058.054992/2014-33), foi realizada um análise de impacto regulatório, tendo em vista o estudo “sobre o atual comportamento do uso de bagagem despachada no mercado de transporte aéreo no Brasil e sobre os possíveis efeitos decorrentes da desregulamentação da franquia de bagagem despachada, sob a ótica da regulação econômica” (Nota Técnica n.º 11/2016/GEAC/SAS).

Como se não bastasse, a referida análise foi complementada e, nos termos da Nota Técnica n.º 5 SEI/2016/GTEC/GEAC/SAS, foram tratados os “aspectos econômicos relativos aos incentivos gerados para empresas e consumidores em decorrência da desregulamentação da franquia de bagagem despachada” e apresentados “alguns exemplos teóricos e de mercados de outros países a título de ilustração dos possíveis efeitos do que poderiam ocorrer no mercado brasileiro”.

Percebe-se a resistência das Agências na realização de AIR, talvez por se tratar de um empreendimento trabalhoso. No Processo Antaq 50301.001515/201414, foi sustentado, no Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 250/COGTL/SEAE/MF, que caberia o “aperfeiçoamento da análise do impacto regulatório na agência, em especial quanto à identificação do problema, à apresentação das justificativas e à análise dos impactos da regulamentação proposta”.

Da mesma forma, no Processo ANTAQ 50300.001334/2014-14, a Procuradoria vinculada à Agência afirmou, no Parecer n.º 36/2014/NCA/PFANTAQ/AGU, que “nos autos nada se abordou sobre o impacto regulatório advindo com a edição da presente norma”, o que importaria o enfrentamento sobre os impactos que seriam gerados, “ainda que para justificar a sua ausência no âmbito do ato normativo pretendido”.

Apesar dessas exortações, em diferentes processos analisados, para que houvesse a realização de AIR, ela não foi feita, o que demonstra a relutância das Agências em fazê-la, mesmo quando provocadas.

Por fim, visitados esses três eixos referenciais da qualidade da regulação normativa sob um prisma procedimental *vis-à-vis* a análise da intervenção realizada pelo TCU nos atos normativos das Agências (conforme capítulo anterior), constata-se que há – em algum nível e sem se desprezar outros tantos fatores, os quais fogem do estudo deste trabalho – uma relação de “causa-efeito” entre a processualização dos atos normativos das Agências e a maior ou menor deferência do TCU pelas normas regulatórias advindas dos referidos processos administrativos.

É patente que a adequada procedimentalização da regulação normativa é um fator considerado, sim, pelo TCU. Não se pode afirmar com convicção, no entanto, que, se não houvesse tanta precariedade nos processos administrativos nas Agências, a intervenção do TCU sobre os atos normativos do regulador cessaria.

Para comprovar essa assertiva sobre a verificação da citada relação de causa-efeito (não bastasse tudo quanto escrito neste capítulo em confronto com o capítulo anterior), é necessário trazer dois exemplos: um, em que houve não houve deferência à regulação normativa; outro, em que houve – exemplo único – deferência à norma produzida pela Agência reguladora.

No primeiro exemplo, vê-se que o TCU, no Acórdão n.º 2.034/2019, recomendou que a ANP avaliasse “o impacto regulatório das Resoluções ANP 49 e 51”, o que dialoga, de forma muito precisa, com os processos administrativos²²¹ analisados da ANP, os quais não contemplam a AIR efetivamente. Ou seja, o apontamento do TCU tem plena correspondência com o déficit instrutório nos processos da citada Agência, nos quais não houve estudo quanto aos impactos regulatórios que adviriam das Resoluções 49 e 51.

No segundo exemplo (e em sentido contrário), observa-se que, no Acórdão n.º 2.955/2018, o TCU afirmou que a edição da Resolução-Anac 400/2016 “foi precedida de

²²¹ Processo ANP 48610.008961/2014-14 e Processo ANP 48610.006853/2014-15.

estudos regulatórios consistentes e de ampla discussão com os interessados, e tende a ser favorável ao consumidor, assim como as demais medidas de flexibilização regulatória setorial”.

Não há qualquer reprimenda, no referido Acórdão, à Resolução da ANAC – muito pelo contrário – e, nessa mesma oportunidade, o TCU afirmou que os efeitos da norma “serão acompanhados pela agência reguladora (...) não necessitando, neste momento, de medidas adicionais”, o que ensejou a determinação para que os autos fossem encerrados.

De mais a mais, há plena congruência entre (i) o que foi afirmado pelo TCU no citado Acórdão n.º 2.955/2018 e (ii) o Processo Anac 00058.054992/2014-33, que foi o único processo administrativo analisado em que houve consulta pública, audiência pública e análise de impacto regulatório.

Trata-se de processo, efetivamente, muito mais bem instruído do que os outros processos estudados. Nele, houve ampla participação da sociedade civil, do Ministério Público e da OAB (que cogitava judicializar o tema); ocorreram as citadas reuniões prévias participativas, bem como seminário para discutir o tema que seria normatizado; como se não bastasse, houve a intervenção do TCU no curso do processo administrativo na ANAC, o que influenciou a edição da Resolução n.º 401/2016²²².

Enfim, – com base nas seguintes constatações: (i) o tratamento deferente do TCU à única norma que foi precedida de processo administrativo adequadamente instruído (com consulta pública, audiência pública e AIR); (ii) ao passo que, nos outros oito casos analisados, não houve deferência às normas regulatórias, cujos processos administrativos são flagrantemente deficientes – chega-se à conclusão de que há, sim, relação de causa-efeito entre a intensidade do controle do TCU e o grau de procedimentalização dos processos administrativos de que decorrem normas regulatórias.

²²² Norma “extra” que foi aprovada na mesma oportunidade da Resolução-Anac 400/2016, a fim de satisfazer a determinação do TCU e que dispõe “sobre a inclusão do preço da passagem aérea no cartão de embarque”.

4. CONCLUSÕES

A investigação científica realizada neste trabalho foi orientada à obtenção de respostas às duas perguntas formuladas na introdução. Antes de tratar delas – e até para que fosse possível chegar a essas constatações que respondem às questões principais e estruturantes da pesquisa –, devem ser apresentadas as conclusões obtidas no curso do estudo, as quais já foram detidamente justificadas anteriormente:

1. As mudanças ocorridas sobretudo a partir década de 90 do século XX – as quais representam novos vetores que remodelam (i) a Administração Pública e (ii) a forma como ela se relaciona com a sociedade – impôs-se sobre dogmas administrativistas vetustos, que não guardavam correspondência com a realidade do Direito Público em franca alteração.
2. Diante dessa nova realidade decorrente de mudanças no Estado e na economia, tornou-se possível falar em um Direito Administrativo Econômico, do qual as agências reguladoras são, provavelmente, o exemplo máximo, bem como são as maiores representantes de uma virada na tradição administrativista brasileira.
3. O surgimento do Estado regulador no Brasil – em substituição, ainda que parcial (diante das multifacetadas Administrações Públicas brasileiras), à noção de Estado prestador e monopolista em diversos serviços públicos – ocorreu em função da possibilidade de que as Agências Reguladoras se afirmassem pela tecnicidade de suas decisões em setores econômicos estratégicos e relevantes.
4. No entanto, a experiência regulatória brasileira demonstra que o aparato da regulação está em frangalhos, diante das diversas investidas sofridas (de diferentes origens) pelas Agências em pouco mais de duas décadas, o que se aparta radicalmente da idealização da década de 90 quanto ao que viria a ser o Estado regulador. Os pressupostos da independência dos entes reguladores foram e são postos à prova, todos os dias, na realidade estatal brasileira.

5. Não há distinção muito precisa, no Estado brasileiro contemporâneo, entre políticas públicas e regulação, o que leva a que o Executivo maneje os referidos conceitos da forma como lhe convém, intervindo indevidamente na atuação das Agências Reguladoras, as quais se tornaram, muitas vezes, instrumentos a serviço de propósitos que se apartam da técnica e da finalidade da regulação estatal.

6. De outro lado, a Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei n.º 13.848/2019) trouxe, entre outras coisas, regramento sobre o procedimento mínimo esperado que ocorra em todas as Agências Reguladoras, com a obrigatoriedade da realização de determinados atos, o que aponta para a processualização das decisões das Agências como forma de aprimoramento do modelo regulatório brasileiro.

7. O referido dever de processualização deve permear toda a Administração Pública, sobretudo quando se tratar de atos administrativos normativos, tendo em conta que a atividade normativa da Administração Pública é – e foi – extremamente fecunda, independentemente do que afirma o cânone administrativista da plena vinculação da Administração Pública à lei em sentido estrito.

8. Na escala crescente do dever de processualização, depois do ato administrativo normativo, existe a regulação normativa, pois a via procedimental serve, especialmente, para a legitimação da produção de normas pelas agências reguladoras.

9. Assim, tendo em conta o constante espectro do déficit democrático das agências reguladoras – sobretudo, em seu poder normativo –, o dever de processualização da atividade administrativa alcança, como dito, o paroxismo na regulação normativa.

10. Por seu turno, o TCU vive um processo de fortalecimento institucional nas últimas décadas – em diversos aspectos, não somente sob uma lógica sancionatória –, tendo em conta o apelo social por uma efetiva moralização do Estado brasileiro, ao passo que aquele ocupa o hiato de poder deixado por outras instituições, que têm perdido legitimidade, seja por ineficiência, seja por casos de corrupção.

11. Com efeito, o maior ponto de influxo na conformação da referida Corte de Contas foi a Constituição Federal de 1988, com as contribuições de algumas leis da década de 90 do século passado. Dessa forma, o controle realizado pelo TCU passou a ocorrer a partir de novos vetores, e novas ferramentas foram postas à disposição da referida Corte de Contas, como a possibilidade de realização de auditorias operacionais.

12. Diante da fluidez dos dispositivos constitucionais quanto aos diversos prismas que a Administração Pública tem ser controlada (“quanto à legalidade, legitimidade, economicidade”), vê-se que a interpretação expansiva das competências do TCU tem contado com a chancela – ou, ao menos, com a condescendência – do Judiciário (a quem cabe a revisão das decisões da Corte de Contas), notadamente do STF.

13. Enquanto o TCU desenvolve equipe técnicas capacitadas para tratar sobre temas regulatórios bastante complexos, assiste-se a um processo de sucateamento do corpo técnico das Agências, com insuficiência de pessoal, o que faz com que os entes reguladores percam uma posição de proeminência informacional.

14. Em um cenário de fortalecimento das instituições de controle no Brasil de forma geral – com as disputas existentes entre elas quanto ao exercício de papéis de relevo no combate à corrupção –, as competências do TCU vão sendo talhadas, expansivamente, *ad hoc*, durante o caminho, como se se tratasse de instância revisora da Administração Pública federal, ou – por um certo ponto de vista – como se se tratasse de um redivivo Conselho de Estado brasileiro.

Depois dessas conclusões, vêm as respostas às questões principais do presente trabalho. A primeira indagação é a seguinte: como o TCU decide a respeito da atividade normativa desempenhada pelas agências reguladoras?

15. A partir dos filtros metodológicos explicados no segundo capítulo, foram obtidos 130 (cento e trinta) acórdãos, dos quais 35 (trinta e cinco) acórdãos são aderentes à análise quanto ao controle do TCU sobre a regulação normativa. Sob seis eixos, foi analisada a jurisprudência da Corte de Contas nessa matéria.

16. Em primeiro lugar, percebeu-se que o “relatório de auditoria” corresponde, formalmente, a mais de um terço dos processos em que a atividade normativa das Agências Reguladoras foi controlada pelo TCU. Diz-se “formalmente” porque, embora existam processos cadastrados sob outras rubricas, trata-se de casos que são resultantes de auditoria.

17. Em segundo lugar, o ministro Bruno Dantas foi relator de mais do que um quarto dos processos em que houve controle da regulação normativa. Depois, vêm Walton Alencar, Raimundo Carreiro e Augusto Nardes. Ademais, não há muito dissenso para a formação da decisão colegiada, na medida em que, na ampla maioria dos casos (quase 86%), a proposta de acórdão trazida pelo relator é aceita pelo plenário do TCU, sem merecer reparos e, muito menos, sem gerar discordâncias em relação ao que foi apresentado no voto condutor.

18. Em terceiro lugar, observou-se que, em 71,43% (setenta e um inteiros e quarenta e três centésimos por cento) dos casos analisados, o plenário da Corte de Contas segue rigorosamente aquilo que foi sugerido pela unidade técnica. Percebe-se então a relevância que ela tem para a formação do entendimento do citado colegiado. Em apenas 17,86% (dezessete inteiros e oitenta e seis centésimos por cento) dos casos, o relatório da unidade técnica não é tomado, nem parcialmente, em consideração para a ingerência do TCU na regulação normativa. Tem-se a percepção de que o centro decisório da Corte de Contas – ao menos, quando se discute matéria regulatório-normativa – está, muitas vezes, na unidade técnica, e que o relator desempenha uma função de mensageiro da percepção daquele órgão sobre o tema discutido. Por fim, o plenário do TCU chancela a compreensão formada no âmbito da unidade técnica.

19. Em quarto lugar, a Antaq foi a Agência mais controlada pelo TCU com o percentual de 28,57% (vinte e oito inteiros e cinquenta e sete centésimos por cento). Depois, está a ANTT com 25% (vinte e cinco por cento) dos casos; seguida por Anatel (14,29%), Aneel (10,71%), ANP (7,14%). Por último, ANA, ANAC, ANS e ANVISA estão empatadas com 3,57% (três inteiros e cinquenta e sete centésimos

por cento). Ou seja, as denominadas Agências Reguladoras de infraestrutura ocupam os primeiros lugares em matéria do controle do TCU sobre a regulação normativa.

20. Em quinto lugar, há a prevalência da determinação como o comando mais recorrente do TCU às Agências Reguladoras, por representar, isoladamente, quase metade dos casos. Isso sem contar as hipóteses em que a determinação foi conjugada com a recomendação ou, ainda, quando associada a esses dois tipos de comando, é dada ciência à Agência sobre como deve proceder em futuras situações envolvendo produção normativa.

21. Em sexto lugar, a postura do TCU quanto à regulação normativa está compreendida em cinco hipóteses: (i) o TCU indica que a Agência tem de criar uma norma; (ii) o TCU questiona uma resolução concebida pelo ente regulador; (iii) o TCU tem deferência à regulação normativa; (iv) o TCU determina a criação de uma norma e depois questiona a norma criada; e (v) o TCU, no mesmo acórdão, indica que é preciso criar uma norma e questiona uma resolução da Agência. A forma mais recorrente – com 64,29% (sessenta e quatro inteiros e vinte e nove centésimos por cento) – de intervenção do TCU sobre a atividade normativa das Agências é a indicação, pelo talante da Corte de Contas, de que, sobre um determinado tema, deve recair uma norma de Agência Reguladora.

22. Essa indicação do TCU de que a Agência deve criar norma sobre uma determinada questão é problemática por tempo e modo. Por tempo, a referida intrusão do TCU representa o absoluto desrespeito à agenda regulatória de uma Agência, por meio da qual ela tem transparência e previsibilidade na concepção de normas. Por modo, existe um sério problema pelo fato de os Acórdãos do TCU trazerem tantos condicionamentos para o vindouro ato normativo regulatório que faz parecer que, nessas decisões, já há a minuta de Resolução Normativa, à qual a Agência Reguladora só tem de acrescentar o seu carimbo.

Depois dessa fotografia da jurisprudência do TCU no que diz respeito à regulação normativa, é preciso responder ao seguinte questionamento: há relação de “causa-efeito”

entre a processualização dos atos normativos das Agências e a maior ou menor deferência do TCU, ou não interessa a legitimação da regulação normativa pelo processo para a mencionada Corte de Contas?

23. Foram analisados os processos administrativos nas Agências geradores das nove normas regulatórias que foram, de forma expressa, objeto (i) de deferência ou (ii) de censura nos acórdãos analisados pelo TCU.

24. Os processos administrativos das Agências foram julgados pela qualidade procedimental: fez-se o exame sobre a ocorrência, ou não, (i) de consulta pública, (ii) de audiência pública e (iii) de análise de impacto regulatório (AIR).

25. Em 88,89% (oitenta e oito inteiros e oitenta e nove centésimos por cento) dos casos houve a realização de consulta pública. Ademais, não houve estabelecimento de prazos ínfimos para o envio das contribuições; sem contar as recorrentes prorrogações feitas pelo conselho diretor ou diretoria colegiada das Agências nos diversos processos. No entanto, houve – reiteradamente – um problema de superficialidade no enfrentamento, pelas Agências, das contribuições feitas pelos interessados.

26. Em dois terços dos casos foram realizadas audiências públicas, o que já representa um decréscimo em relação à recorrência das consultas públicas. No mais das vezes, elas ocorreram somente por formalidade, muito próximas da edição das normas, cujas minutas não foram significativamente alteradas pela ocorrência das audiências.

27. Em somente uma hipótese (11,1% dos casos), foi realizada análise de impacto regulatório. Apesar das exortações em diferentes processos administrativos para que as Agências a fizessem, não houve, nos outros casos, qualquer estudo que prognosticasse os efeitos da norma vindoura.

28. Com base nessa análise, obteve-se a conclusão de que há uma relação de “causa-efeito” entre a processualização dos atos normativos das Agências e a maior

ou menor deferência do TCU pelas normas regulatórias advindas dos referidos processos administrativos. A Corte de Contas levou em conta, nos casos analisados, a qualidade instrutória dos processos nas Agências.

29. Para comprovar essa constatação basta que sejam observados: (i) o tratamento deferente do TCU à única norma que foi precedida de processo administrativo adequadamente instruído (somente nesse caso, houve consulta pública, audiência pública e AIR); (ii) ao passo que, nos outros oito casos analisados, não houve deferência pelo TCU às normas regulatórias, cujos processos administrativos são, por sua vez, flagrantemente deficientes. Ou seja, há plena congruência entre a deferência, ou não, do TCU *vis-à-vis* a qualidade do processo administrativo que precede a edição de norma regulatória.

Ademais, não está dito em nenhum lugar deste trabalho que a precariedade dos processos administrativos no âmbito das Agências legitima a invasão de competência no âmbito da regulação normativa pelo TCU. Não há nada que sirva para contornar as atribuições previstas na legislação, sobretudo na Constituição Federal.

Não é disso que se trata nesse trabalho e não é isso que se pretende. De qualquer modo, fica evidente que, conforme Juliana Palma, “a plena processualização da atividade administrativa ainda é um desafio”²²³. No caso das Agências Reguladoras, principalmente quando se estiver cogitando da função normativa (o paroxismo do dever de processualização, como já dito), é necessário um especial cuidado com o procedimento, de que deriva a legitimação da regulação normativa, o que é reconhecido, conforme a pesquisa científica realizada indica, pelo próprio TCU.

²²³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade Administrativa da Administração Pública*. Estudo do Processo Administrativo Normativo. 2014. 480f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, p. 438.

5. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Ubiratan Diniz de, ALBUQUERQUE, Marcio André dos Santos, MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. *A administração pública sob a perspectiva do controle externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas Considerações sobre a Regulação para a Concorrência no Setor de Gás Natural. *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 14. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, jul.-set., Renovar, 2001.

ARAÚJO, Carlos Maurício Lociks. Ativismo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). *Jurisprudência Constitucional*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. 1, 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979

BARRIONUEVO; Arthur; SALAMA, Bruno Meyerhof. *Nomeação de dirigentes de agências reguladoras: um estudo descritivo*. São Paulo: FGV Direito SP, Grupo de Relações entre Estado e Empresa Privada (GRP), 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Tribunal de contas: algumas incompetências. *Revista de Direito Administrativo*, v. 203, jan./mar. 1996.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 50, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. *Guia Orientativo para Elaboração e Análise de Impacto Regulatório (AIR)*. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf>. Acesso em: 26 de janeiro de 2020.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Imprensa Nacional, novembro 1995. Plano aprovado pela Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República em setembro de 1995.

Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 19 de janeiro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria Operacional*. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Parte I: Controle da Administração Pública e Responsabilidade do Estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (v. 7).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CUSHMANN, Robert E. *The independent Regulatory Commissions*. New York: Octagon Books, 1972.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo: Saraiva, 2002.

DEAKIN, Nicholas; WALSH, Kieron. The Enabling State: The Role of Markets and Contracts. *Public Administration*, 74, n.º 1, 1996.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos. *Interesse Público*, ano 15, n. 82, nov./dez. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (coord.). *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 5, jan./fev./mar. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12 de janeiro de 2020.

DICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1>. Acesso em: 3 de setembro de 2019.

DOURADO, Guilherme Afonso. A análise de impacto regulatório sob o prisma da Lei da liberdade econômica (Lei Federal nº 13.874/19). In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota. *Lei de Liberdade Econômica* - Anotada. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. (v. 2).

DOURADO, Guilherme Afonso. *A política do “big stick” do TCU e o “é melhor deixar pra lá” da ANATEL*. Disponível em: <https://www.duartegarcia.com.br/es/noticias/exibir/95>. Acesso em: 29 de março de 2020.

DOURADO, Guilherme Afonso. *O estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista: uma análise da lei 13.303/2016 como legislação simbólico-reativa a partir da teoria dos sistemas*. Artigo ainda não publicado.

DOURADO, Guilherme Afonso; SERRA NETTO, Luis Eduardo Menezes. *O tabelamento do preço do frete: uma medida inconstitucional e anacrônica*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI282018,710430+tabelamento+do+preco+do+frete+uma+medida+inconstitucional+e>. Acesso em: 19 de janeiro de 2020.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FIDALGO, Carolina Barros. O controle do Tribunal de Contas da União sobre as Agências Reguladoras Independentes: análise de alguns casos concretos e definição de possíveis limites. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOMES, Marcelo Barros. *O controle externo de agências reguladoras no Brasil em perspectiva comparativa: lições, eventos recentes e desafios futuros*. In: VIII Congreso Internacional del Clad sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31 Oct. 2003. Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0047111.pdf>. Acesso em: 19 de janeiro de 2020.

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

GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ISSA, Rafael Hamze. *O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, n. 47, out./dez. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na "regulação independente"? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LOPES, Alfredo Cecílio. *Ensaio sobre o Tribunal de Contas*. São Paulo: [s.n.], 1947.

MAÇÃS, Fernanda; MOREIRA, Vital; *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu Regime Jurídico*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Estudo sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Há um Déficit Democrático nas Agências Reguladoras? *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 5. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Juridicidade e Controle dos Acordos Regulatórios: O Caso TAC ANATEL* (no prelo).

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Parte IV: Regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (v. 4).

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Setorial e Autoridade Antitruste. A Importância da Independência do Regulador. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; MORENO, Maís (coord.). *Relatório de pesquisa bianual do Observatório do Controle da Administração Pública: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. Janeiro de 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/38343645/Relat%C3%B3rio_de_Pesquisa-Observat%C3%B3rio_do_Controle_da_Administra%C3%A7%C3%A3o_P%C3%BAblica. Acesso em: 8 de março de 2020.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo *et al.* Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*, v. 278. Rio de Janeiro, mai./ago. 2019.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Sistema anticorrupção do país gera incerteza jurídica. *Consultor Jurídico - Conjur*, 19 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-19/floriano-marques-neto-sistema-anticorrupcao-gera-incerteza-juridica>. Acesso em: 8 de março de 2020.

MARRARA, Thiago. A Legalidade na Relação entre Ministérios e Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993.

MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. Controles internos da administração pública. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, 1990, p. 39-55. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67131/69741>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. São Paulo: RT, 2015.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2017.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. A francofonia e o direito brasileiro: a contribuição do francês para moldar a academia e as instituições jurídicas. In: Fernando Menezes de Almeida; Marina Fontão Zago. (org.). *Direito público francês: temas fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. O Brasil necessita ressuscitar a jurisdição administrativa? Debate à luz da história do direito administrativo brasileiro. In: MARRARA, Thiago; AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. (org.). *Controles da administração e judicialização de políticas públicas*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2016. (v. 1).

MERLOTTO, Nara Carolina. *A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras: entre a independência e o controle*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. (org.). *Direito da Infraestrutura*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (v. 2).

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 218, p. 93-112, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

MOREIRA, Egon Bockmann; KATO, Mariana de Almeida. Regulação econômica e segurança energética: breves notas sobre o caso brasileiro. In: ROCHA, Fábio Amorin da. (org.). *Temas relevantes no Direito de Energia Elétrica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

MOREIRA, Vital. Agências Reguladoras Independentes em Xequê no Brasil. In: MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *A Mão Invisível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade Administrativa da Administração Pública: Estudo do Processo Administrativo Normativo*. 2014. 480f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; WANG, Daniel; COLOMBO, Daniel. Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.), *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PELTZMAN, Sam. Toward a More General Theory of Regulation. *Journal of Law and Economics*, 19 (2), August, 1976, pp. 211-240.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?* Dissertação de mestrado - Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. 2019.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: Uma Proposta de Sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração Pública Democrática: Institutos de Participação Popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

POLLITT, Christopher; SUMMA, Hilka. Auditoria operacional e reforma da administração pública. In: POLLITT, Christopher *et al.* *Desempenho ou legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*, 1963.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *O Tribunal de Contas Através do Tempo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1990.

POZAS, Luis Jordana de. Ensaio de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos* 48. 1949.

REVISTA do Tribunal de Contas da União. v.1, n.1. Brasília: TCU, 1970, p. 257. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1113/1171>.

ROSA, Christian Fernandes Gomes. O Tribunal de Contas da União e o sistema regulatório: a relevância da trajetória institucional na construção de arranjos regulatórios. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, ano 8, n. 29, jan./mar. 2010.

ROSILHO, André Janjácomo; CARVALHO, Juliane Erthal. A visão do STF sobre a competência do TCU para praticar atos de comando. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (org.). *Controle da Administração Pública*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur. *Dinâmica de nomeações das agências reguladoras*. São Paulo: Escola de Direito FGV, 2016.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. SCHIRATO, Vitor Rhein. A Deterioração do Sistema Regulatório Brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 44. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A Experiência e as Perspectivas da Regulação do Setor Portuário no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 23, jul./set. 2008. Belo Horizonte: Fórum, p. 169 e ss.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A Interação entre Administração Pública e Particulares nos Contratos Administrativos. In: CASSAGNE, Juan Carlos. (org.). *Tratado General de los Contractos Públicos*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2013. (v. III), p. 677-720.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A Regulação dos Serviços Públicos como Instrumento para o Desenvolvimento. IP – *Interesse Público*, n.º 30, mar./abr. 2005, Belo Horizonte, Fórum.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As Agências Reguladoras Independentes e alguns Elementos da Teoria Geral do Estado. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de. (org.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Aspectos Jurídicos da Transferência da Concessão de Serviços Públicos. *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 12, out./dez. 2005, Belo Horizonte: Fórum, p. 197 e ss.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de Serviços Públicos e Investimentos em Infraestrutura no Brasil: Espetáculo ou Realidade? In: SUNDFELD; Carlos Ari;

JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O controle interno da Administração Pública e seus mecanismos. *Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impresso), v. 956, p. 25-50, 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. *In: MEDAUAR, Odete, e SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Limitações à possibilidade de anulação dos atos administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, NDJ, ano 23, n. 9, p. 1042 e seq., set. 2007.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O Manejo dos Poderes Fiscalizador e Sancionador pela Administração Pública. *ReDAC – Revista de Direito Administrativo e Contemporâneo*, nº 3, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O Processo Administrativo como Instrumento do Estado de Direito e da Democracia. *In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: RT, 2010.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Marco regulatório e repartição de competências no setor de gás. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. v. 257, mai./ago. 2011.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Participação Pública nos Processos Decisórios das Agências Reguladoras: reflexões sobre o direito brasileiro a partir da experiência norte-americana. *Fórum Administrativo*, vol. 16. Belo Horizonte: Fórum, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. *In: SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 5584, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=41072>. Acesso em: 12 de janeiro de 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Tribunal de Contas da União e a Regulação. In: FIGUEIREDO, Marcelo. (org.). *Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à professora Lúcia Valle Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coords.). *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros Editores e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2000.

VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. *Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde26032012-092844/>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. *A qualidade da regulação estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade*. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16052016-164903/pt-br.php/>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

VERISSIMO, Marcos Paulo. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). *O Poder Normativo das Agências de Regulação*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VIEIRA, José Nilton de Souza; GOMES, Ricardo Corrêa; GUARIDO FILHO, Edson Ronaldo. Avaliação da independência das agências reguladoras dos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo no Brasil. *Revista do Serviço Público* (Brasília), v. 70, p. 576-607, 2019.

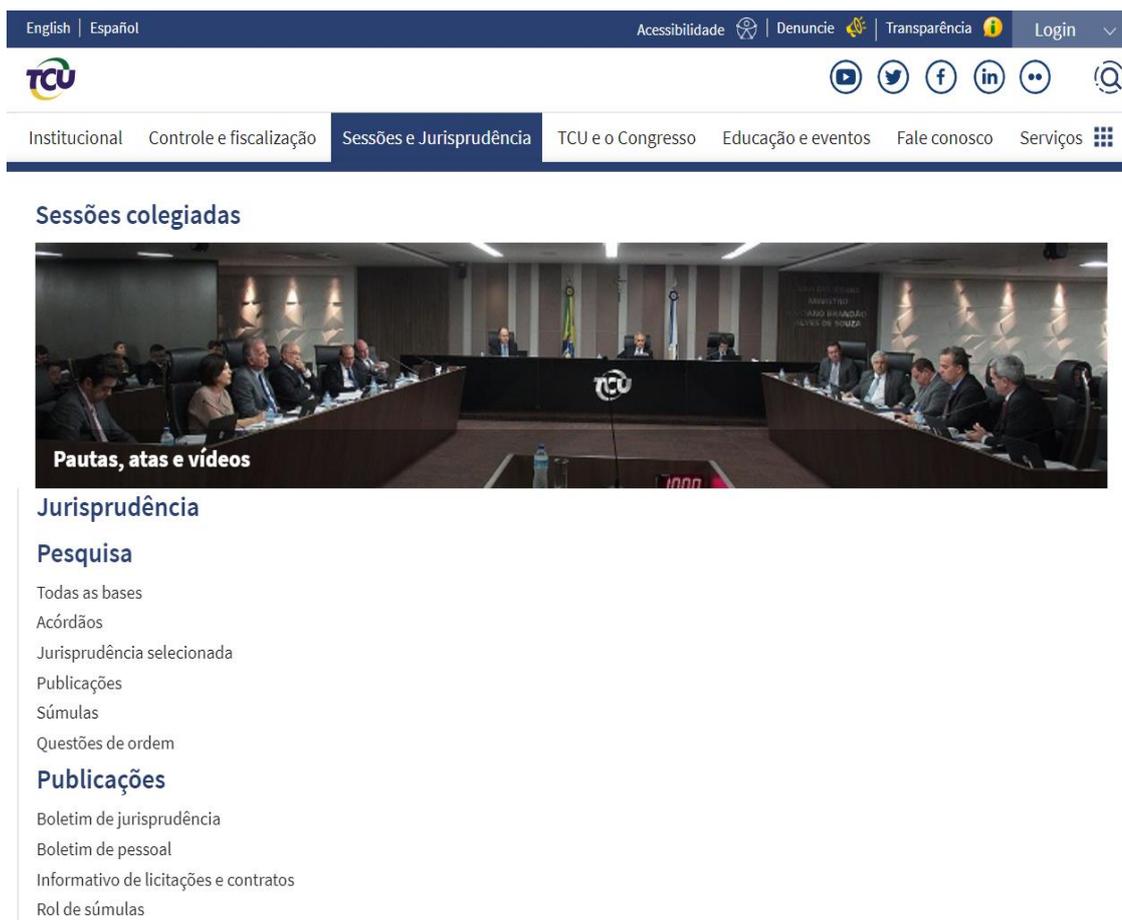
WILSON, James Q. *Bureaucracy: What Government Agencies Do and Why They Do It*. New York: 1989.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*, 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ANEXO I - PASSO A PASSO DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL NO SÍTIO ELETRÔNICO DO TCU

1. No sítio eletrônico do TCU, é feito o acesso seção “Sessões e Jurisprudência”, na qual se busca por “Acórdãos”:



The screenshot displays the TCU website interface. At the top, there is a dark blue header with language options (English | Español), accessibility (Acessibilidade), denunciation (Denuncie), transparency (Transparência), and login (Login) links. Below the header is the TCU logo and social media icons for YouTube, Twitter, Facebook, LinkedIn, and a search icon. A navigation menu below the logo includes 'Institucional', 'Controle e fiscalização', 'Sessões e Jurisprudência' (highlighted), 'TCU e o Congresso', 'Educação e eventos', 'Fale conosco', and 'Serviços'. The main content area is titled 'Sessões colegiadas' and features a large video thumbnail of a meeting with the caption 'Pautas, atas e vídeos'. Below the video, there is a sidebar menu with the following items: 'Jurisprudência', 'Pesquisa', 'Todas as bases', 'Acórdãos', 'Jurisprudência selecionada', 'Publicações', 'Súmulas', 'Questões de ordem', 'Publicações', 'Boletim de jurisprudência', 'Boletim de pessoal', 'Informativo de licitações e contratos', and 'Rol de súmulas'.

2. Aberta a parte de “Acórdãos”, faz-se a busca nos termos indicados e explicados no tópico 2 (limitações do tema) do texto acima:

TCU TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Pesquisa de Jurisprudência Outras pesquisas

< Jurisprudência (todas bases) Acórdãos **Jurisprudência Seleccionada** Publicaç >

Pesquisar por...
 resolução\$.ACORDAO

e ou adj não prox mesmo \$ no campo...

Acórdão **Processo**

Número Ano Número Ano Tipo

Colegiado Relator Nome do órgão ou da entidade

Plenário Agência Nacional

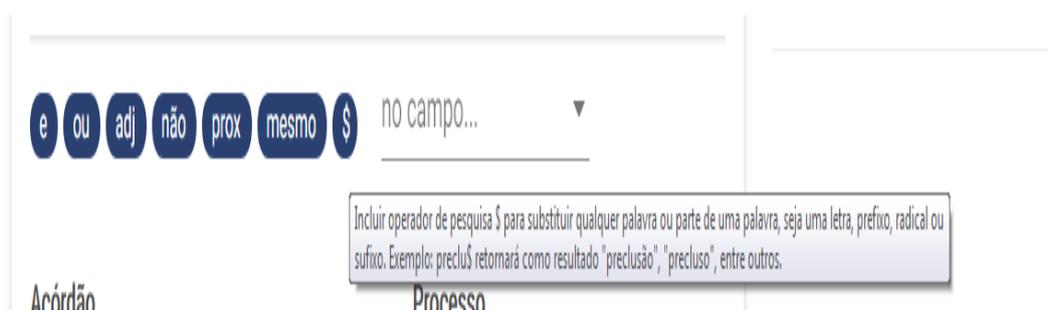
Data da sessão

A partir de... Até...

01/09/2014 01/09/2019

LIMPAR BUSCAR

3. O uso do operador “\$” é assim explicado pelo sistema de pesquisa de jurisprudência do TCU:



4. Sob esses filtros, são obtidos 130 (cento e trinta) resultados:

TCU TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO Fale conosco Ajuda Login

Acórdãos Outras pesquisas

Pesquisa Integrada > Formulário Acórdãos > Resultado Voltar

REFINAR

FILTRAR POR

Tipo

Acórdão (130) x

Colegiado

Plenário (130) x

Relator

Ativos

Ana Arraes (9)

Mais recentes

Itens por página: 10 1 - 10 de 130

Acórdão 2034/2019 - Plenário

Relator: VITAL DO RÉGO

Sumário: MONITORAMENTO DAS DETERMINAÇÕES DO ACÓRDÃO 1.409/2016-TCU- PLENÁRIO. AVALIAÇÃO DA ATIVIDADE DE REGULAÇÃO DA ANP NO SETOR DE GÁS GLP. DETERMINAÇÕES CUMPRIDAS E RECOMENDAÇÕES IMPLEMENTADAS. NOVAS RECOMENDAÇÕES. APENSAMENTO.

...realizado, o impacto regulatório das Resoluções ANP 49 e 51, ambas publicadas em 2/12/2016, encaminhando a avaliação de impacto regulatório das Resoluções ANP... .. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); Ministério de Minas e Energia (MME)...

Acórdão 1946/2019 - Plenário

Relator: RAIMUNDO CARREIRO

Sumário: MONITORAMENTO. VENCIMENTO DE CONCESSÕES. CUMPRIMENTO DA MAIOR PARTE DAS DETERMINAÇÕES DO TCU. CUMPRIMENTO DE OUTRAS DETERMINAÇÕES EM ANDAMENTO. NOVA DETERMINAÇÃO. RECOMENDAÇÃO.

ANEXO II – TABELA DOS ACÓRDÃOS DO TCU ANALISADOS

NÚMERO DO ACÓRDÃO DO PLENÁRIO DO TCU	TRATA DE REGULAÇÃO NORMATIVA?	DATA DA SESSÃO	RELATORIA	NÚMERO DO PROCESSO	ENTIDADES ENVOLVIDAS	ASSUNTO
ACÓRDÃO 2034/2019 ATA 33/2019 - PLENÁRIO	Recomenda que a ANP avaliasse o impacto regulatório das Resoluções ANP 49/2016 e ANP 51/2016.	28/08/2019	VITAL RÊGO	025.921/2016-9	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); Ministério de Minas e Energia (MME).	Monitoramento de determinações exaradas no bojo de auditoria cujo objeto foi a atividade de regulação da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), no setor de gás liquefeito de petróleo (GLP), especificamente sobre a segurança, a rastreabilidade dos botijões e os programas de requalificação dos botijões P-13, que envolvem as empresas distribuidoras e as revendedoras.
ACÓRDÃO 1946/2019 ATA 31/2019 - PLENÁRIO	Recomenda que a ANEEL tem de institucionalizar a figura do 'plano emergencial' em resolução. A Resolução Normativa (REN) Aneel 747/2016 é citada para dizer que atendeu o Acórdão anterior.	21/08/2019	RAIMUNDO CARREIRO	003.379/2015-9	Ministério de Minas e Energia (MME); e Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).	Monitoramento de determinação ao Ministério de Minas e Energia (MME) e à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) para que introduzissem melhorias necessárias a dar transparência e previsibilidade ao processo de delegação das concessões alcançadas pelo art. 7º da Lei 12.783/2013.
ACÓRDÃO 1700/2019 ATA 27/2019 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	24/07/2019	RAIMUNDO CARREIRO	017.194/2017-2	Agência Nacional de Energia Elétrica.	Denúncia relativa ao processo de privatização da Centrais Elétricas de Rondônia - CERON.
ACÓRDÃO 1656/2019 ATA 26/2019 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	17/07/2019	WALTON ALENCAR RODRIGUES	027.502/2018-0	Agência Nacional do Petróleo e outros	Levantamento realizado com o objetivo de conhecer a estrutura de Financiamento da Educação no Brasil e analisar seus aspectos críticos, a fim de direcionar futuras ações de controle externo com

						base em critérios de materialidade, relevância e risco.
ACÓRDÃO 1611/2019 ATA 25/2019 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	10/07/2019	ANA ARRAES	007.807/2019-8	Agência Nacional de Energia Elétrica e Eletrobras Distribuição Rondônia.	Solicitação do Congresso Nacional que requer informações acerca dos últimos 10 anos que antecederam o processo de desestatização das Centrais Elétricas de Rondônia (Ceron), bem como do respectivo processo de privatização.
ACÓRDÃO 1600/2019 ATA 25/2019 - PLENÁRIO	Retira a determinação de elaboração de norma existente no Acórdão anterior (322/2019), já cumprido.	10/07/2019	AROLDO CEDRAZ	014.907/2015-1	Agência Nacional de Transportes Terrestres, Ministério da Infraestrutura e Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.	Embargos de declaração interposto contra acórdão que, entre outras providências, expediu determinações e recomendações à embargante em decorrência de auditoria realizada com o objetivo de avaliar a legalidade, a legitimidade e a economicidade de atos atinentes à subconcessão de trecho da ferrovia EF-151, concedido pela União à Valec e, mais tarde, subconcedido à Ferrovia Norte Sul S.A. (FNS S.A.).
ACÓRDÃO 1366/2019 ATA 21/2019 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	12/06/2019	MARCOS BEMQUERER	005.534/2011-9	Agência Nacional de Transportes Terrestres.	Auditoria com objetivo de avaliar a atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres no tocante ao contrato de concessão para exploração das Rodovias BR-101/SC e BR-116/376/PR, no trecho entre Florianópolis e Curitiba. Análise das razões de justificativa.
ACÓRDÃO 1277/2019 ATA 19/2019 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	05/06/2019	BRUNO DANTAS	019.558/2018-0	Agência Nacional de Transportes Terrestres.	Solicitação do Congresso Nacional que requer fiscalização na Agência Nacional de Transportes Terrestres e nos contratos firmados com a Concessionária BR-040 S.A.

ACÓRDÃO 1257/2019 ATA 19/2019 - PLENÁRIO	Recomenda alteração da Resolução ANA 236/2017.	05/06/2019	AUGUSTO NARDES	027.119/2018-1	Agência Nacional de Águas; Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba; Departamento Nacional de Obras Contra as Secas.	Auditoria com o objetivo de avaliar a gestão de segurança das barragens de usos múltiplos sob responsabilidade do Departamento Nacional de Obras Contra a Seca - Dnocs e da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - Codevasf.
ACÓRDÃO 1180/2019 ATA 17/2019 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	22/05/2019	AUGUSTO NARDES	025.311/2015-8	Agência Nacional de Transportes Terrestres.	Representação acerca de indícios de irregularidades relacionados à inclusão e à execução de retornos em nível no contrato de concessão da BR040/DF/GO/MG.
ACÓRDÃO 1097/2019 ATA 16/2019 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	15/05/2019	BRUNO DANTAS	040.083/2018-7	Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).	Representação relacionada a supostas irregularidades em pregão eletrônico que tem por objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de apoio administrativo ao processamento e cobrança de multas lavradas, na forma de autos físicos e/ou eletrônicos, oriundos da fiscalização realizada pelos agentes da Agência Nacional de Transportes Terrestres e órgãos conveniados.
ACÓRDÃO 1078/2019 ATA 16/2019 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	15/05/2019	ANA ARRAES	009.098/2019-4	Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, Casa Civil da Presidência da República, Empresa de Pesquisa Energética - EPE, Gabinete de Segurança Institucional, Ministério de Minas e Energia - MME e Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS.	Processo administrativo com proposta de fiscalização, na modalidade auditoria operacional, encaminhada pela Secretaria de Infraestrutura Elétrica - SeinfraElétrica, para avaliar a adequação de políticas e ações dos agentes do setor elétrico para garantir o abastecimento do mercado de energia em Roraima, com segurança, eficiência e sustentabilidade.

ACÓRDÃO 923/2019 ATA 13/2019 - PLENÁRIO	O TCU questionou a Resolução Normativa Antaq 18/2017.	24/04/2019	BENJAMIN ZYMLER	004.662/2014-8	Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq.	Pedido de reexame interposto contra deliberação que proferiu determinações em processo de denúncia sobre possíveis irregularidades: (i) aumento abusivo, sem homologação pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), das tarifas praticadas no arrendamento portuário Libra Terminal Rio S.A. (Libra); (ii) cobrança da tarifa Terminal Handling Charge (THC) sem comprovação de seu caráter de ressarcimento; e (iii) omissão da Antaq na fiscalização e na regulação da atuação dos armadores estrangeiros.
ACÓRDÃO 716/2019 ATA 9/2019 - PLENÁRIO	Determina alteração da Resolução ANATEL nº 629/2013.	27/03/2019	BRUNO DANTAS	022.280/2016-2	Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).	Representação acerca da atuação da Anatel na negociação e celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC). Monitoramento do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.
ACÓRDÃO 713/2019 ATA 9/2019 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	27/03/2019	BRUNO DANTAS	012.522/2018-0	Agência Nacional de Transportes Terrestres.	Representação a respeito de possíveis irregularidades relacionadas a concorrência cujo objeto é a contratação de serviços técnicos especializados de engenharia consultiva de apoio às atividades de competência legal da ANTT quanto à supervisão dos trechos das rodovias federais outorgados à exploração da iniciativa privada.
ACÓRDÃO 598/2019 ATA 8/2019 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	20/03/2019	WALTON ALENCAR RODRIGUES	035.263/2015-6	Agência Nacional de Aviação Civil.	Processo de desestatização para acompanhar a concessão para ampliação, manutenção e operação do Aeroporto Internacional de Fortaleza/CE. Análise do primeiro

						estágio.
ACÓRDÃO 597/2019 ATA 8/2019 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	20/03/2019	WALTON ALENCAR RODRIGUES	035.261/2015-3	Agência Nacional de Aviação Civil.	Processo de desestatização para acompanhar a concessão para ampliação, manutenção e operação do Aeroporto Internacional de Salvador/BA. Análise do primeiro estágio.
ACÓRDÃO 596/2019 ATA 8/2019 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	20/03/2019	WALTON ALENCAR RODRIGUES	035.260/2015-7	Agência Nacional de Aviação Civil.	Processo de desestatização para acompanhar a concessão dos serviços públicos para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura do Aeroporto Internacional de Florianópolis/SC. Análise do primeiro estágio.
ACÓRDÃO 595/2019 ATA 8/2019 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	20/03/2019	WALTON ALENCAR RODRIGUES	035.257/2015-6	Agência Nacional de Aviação Civil.	Processo de desestatização para acompanhar a concessão dos serviços públicos para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura do Aeroporto Internacional de Porto Alegre/RS. Análise do primeiro estágio.
ACÓRDÃO 322/2019 ATA 5/2019 - PLENÁRIO	Discussão igual ao Acórdão 1.600/2019.	20/02/2019	AROLDO CEDRAZ	014.907/2015-1	Agência Nacional de Transportes Terrestres e Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.	Auditoria realizada com o objetivo de avaliar a legalidade, a legitimidade e a economicidade de atos atinentes à subconcessão de trecho da ferrovia EF-151.
ACÓRDÃO 40/2019 ATA 1/2019 - PLENÁRIO	Determinou elaboração de norma.	23/01/2019	RAIMUNDO CARREIRO	030.656/2015-0	Ministério de Minas e Energia (MME), Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), Centrais Elétricas Brasileiras S/A (Eletrobras) e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (Bndes)	Monitoramento de deliberações em processo de auditoria que tinha por objetivo avaliar os investimentos das concessionárias necessários à expansão do sistema elétrico e à melhoria da qualidade dos serviços de energia.

ACÓRDÃO 2977/2018 ATA 50/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	12/12/2018	AUGUSTO NARDES	011.645/2018-0	Agência Nacional de Vigilância Sanitária; Fundação Oswaldo Cruz; Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos; Secretaria Executiva do Ministério da Saúde; Secretarias-Gerais das Relações Exteriores.	Auditoria com o objetivo de verificar a aplicação de recursos públicos na aquisição da Eritropoietina Humana Recombinante.
ACÓRDÃO 2965/2018 ATA 50/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	12/12/2018	BRUNO DANTAS	040.837/2018-1	Agência Nacional de Transportes Aquaviários.	Referendo de cautelar em processo de representação acerca de possíveis irregularidades ocorridas em Chamamento Público para futura locação de imóvel para a instalação de sede.
ACÓRDÃO 2955/2018 ATA 50/2018 - PLENÁRIO	Deferência do TCU à Resolução Anac 400/2016.	12/12/2018	BRUNO DANTAS	012.750/2018-2	Agência Nacional de Aviação Civil.	Solicitação do Congresso Nacional sobre evolução dos preços das passagens aéreas após a entrada em vigência da Resolução - Anac 400/2016 que trata da cobrança bagagem despachada por passageiros.
ACÓRDÃO 2732/2018 ATA 47/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	28/11/2018	ANA ARRAES	031.724/2018-3	Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil - MTPA e Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq.	Processo de desestatização para acompanhar o arrendamento portuário de seis terminais voltados para movimentação e armazenagem de graneis líquidos (combustíveis) e Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), sendo cinco localizados no Terminal Petroquímico de Miramar/PA, intitulados BEL02A, BEL02B, BEL04, BEL08 e BEL09, e um, VDC12, localizado no Porto Organizado de Vila do Conde/PA.
ACÓRDÃO 2704/2018 ATA 46/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	21/11/2018	VITAL DO RÊGO	012.500/2018-6	Agência Nacional de Transportes Terrestres; Valec Engenharia Construções e Ferrovias S.A.	Auditoria na construção da Ferrovia Norte-Sul - Trecho entre Porto Nacional/TO e Estrela d'Oeste/SP.

ACÓRDÃO 2688/2018 ATA 46/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	21/11/2018	AUGUSTO NARDES	018.335/2018-7	Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), vinculada ao Ministério da Saúde.	Solicitação do Congresso Nacional para realização de fiscalização na Agência Nacional de Vigilância Sanitária sobre a aplicação e quitação das multas às empresas sob a sua área de atuação.
ACÓRDÃO 2604/2018 ATA 45/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	14/11/2018	ANA ARRAES	010.348/2018-2	Casa Civil da Presidência da República, Agência Nacional de Aviação Civil, Agência Nacional de Mineração, Banco do Brasil S/A, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, Ministério da Saúde e Ministério do Trabalho.	Auditoria com o objetivo de avaliar se os controles de prevenção e detecção relacionados a fraude e corrupção das instituições federais do Poder Executivo estão compatíveis com seus poderes econômico e de regulação.
ACÓRDÃO 2486/2018 ATA 43/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	31/10/2018	WALTON ALENCAR RODRIGUES	005.313/2018-0	Agência Nacional de Transportes Aquaviários; Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.	Monitoramento de deliberações proferidas em processos de auditoria e de monitoramento que tinham por objetivo avaliar os procedimentos adotados na prorrogação antecipada de contratos de arrendamentos portuários.
ACÓRDÃO 2310/2018 ATA 38/2018 - PLENÁRIO	O TCU deu ciência à Antaq que a Resolução-Antaq 2.389/2012 “não tem se mostrado efetiva”.	02/10/2018	BRUNO DANTAS	024.768/2017-0	Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA).	Auditoria com o objetivo de verificar os principais gargalos que impactam a eficiência dos portos brasileiros, bem como identificar oportunidades de redução de tempo de liberação de cargas e de custo para o usuário importador/exportador.
ACÓRDÃO 2218/2018 ATA 36/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	19/09/2018	BRUNO DANTAS	034.459/2017-0	Agência Nacional de Transportes Terrestres.	Solicitação do Congresso Nacional de fiscalização na Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e nos contratos firmados entre a União e a empresa Concessionária BR-040 S.A. (Via 040).

ACÓRDÃO 2217/2018 ATA 36/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	19/09/2018	BRUNO DANTAS	015.778/2018-5	Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), vinculada ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA).	Solicitação do Congresso Nacional de cópia dos trabalhos de fiscalização e de acompanhamento relativos ao contrato de concessão da rodovia BR-040, no trecho entre Juiz de Fora/MG e Rio de Janeiro/RJ.
ACÓRDÃO 1946/2018 ATA 32/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	22/08/2018	WALTON ALENCAR RODRIGUES	025.256/2013-0	Agência Nacional de Transportes Terrestres.	Solicitação da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados acerca da realização de fiscalização para apuração de possíveis irregularidades no cumprimento dos contratos de concessão das rodovias federais, em especial nos lotes explorados pelo grupo espanhol OHL.
ACÓRDÃO 1855/2018 ATA 31/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	15/08/2018	AUGUSTO NARDES	016.091/2017-5	Agência Nacional de Transportes Terrestres; Agência Nacional de Vigilância Sanitária; Comissão Nacional de Energia Nuclear; Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico; Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes; Financiadora de Estudos e Projetos; Fundação Nacional de Saúde; Fundação Oswaldo Cruz; Fundo Nacional de Cultura; Fundo Nacional de Saúde - MS; Ministério da Cultura; Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil; Secretaria Executiva do Ministério da Saúde; Secretaria - Executiva do Ministério da Ciência,	Relatório de acompanhamento com o objetivo de avaliar a publicação do inteiro teor de contratos e aditivos nas páginas eletrônicas oficiais de organizações públicas federais, com o intuito de aferir o cumprimento da Lei de Acesso à Informação – LAI.

					Tecnologia, Inovações e Comunicações; Universidade Federal de Minas Gerais; Universidade Federal do Rio de Janeiro; Universidade Federal Fluminense.	
ACÓRDÃO 1835/2018 ATA 30/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	08/08/2018	ANA ARRAES	032.037/2017-1	Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel.	Solicitação do Congresso Nacional de fiscalização nas ações de acompanhamento e controle da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel acerca da correta implementação e utilização dos cadastros de usuários de telefones pré-pagos.
ACÓRDÃO 1631/2018 ATA 27/2018 - PLENÁRIO	O TCU determinou à Aneel a “compatibilização entre a Resolução Normativa 440/2011 e os Procedimentos de Rede do ONS”.	18/07/2018	AUGUSTO SHERMAN	019.228/2014-7	Agência Nacional de Energia Elétrica; Centrais Elétricas Brasileiras S.A.; Empresa de Pesquisa Energética; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis; Ministério de Minas e Energia; Ministério do	Monitoramento de deliberações decorrentes de fiscalizações em que se avaliaram a Segurança Energética do País, a utilização racional dos recursos e o pleno atendimento à legislação e às metas ambientais.

					Meio Ambiente; Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS; Petróleo Brasileiro S.A.	
ACÓRDÃO 1461/2018 ATA 24/2018 - PLENÁRIO	Determinou a elaboração de norma.	26/06/2018	AUGUSTO NARDES	012.831/2017-4	Agência Nacional de Transportes Terrestres (04.898.488/0001-77).	Embargos de declaração opostos contra acórdão que conheceu e considerou procedente a representação, com pedido de medida cautelar, que teve o objetivo de suprimir parte do reajuste da tarifa básica de pedágio (TBP) de contrato de concessão da rodovia BR-101/ES/BA.
ACÓRDÃO 1447/2018 ATA 24/2018 - PLENÁRIO	Determinou a elaboração de norma.	26/06/2018	AUGUSTO NARDES	010.482/2016-4	Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).	Solicitação do Congresso Nacional para examinar a conformidade de contrato de concessão da BR-101/ES/BA, especialmente quanto ao atraso na execução dos investimentos previstos.
ACÓRDÃO 1446/2018 ATA 24/2018 - PLENÁRIO	Determinou a elaboração de norma.	26/06/2018	BRUNO DANTAS	030.098/2017-3	Agência Nacional de Transportes Aquaviários; Casa Civil da Presidência da República; e Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.	Relatório de Acompanhamento dos atos e procedimentos adotados pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), em razão de alterações no marco regulatório do setor portuário promovidas em 2017. Análise de oitivas.
ACÓRDÃO 1387/2018 ATA 23/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	20/06/2018	AROLDO CEDRAZ	012.861/2018-9	Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).	Solicitação do Congresso Nacional, oriunda da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, que, ao aprovar solicitação de

						informação de autoria do Exmo. Deputado Weliton Prado, demandou deste Tribunal o fornecimento de informações relacionadas aos reflexos do Sistema de Bandeiras Tarifárias sobre os consumidores de Minas Gerais e sobre a Cemig Geração e Transmissão S.A.
ACÓRDÃO 1241/2018 ATA 19/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	30/05/2018	AUGUSTO SHERMAN	012.744/2017-4	Agência Nacional de Aviação Civil e Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária.	Solicitação do Congresso Nacional requerendo auditoria na Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), para avaliar os mecanismos adotados para assegurar a fiscalização e a publicidade das tarifas, bem como auditoria na Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), para acompanhar e fiscalizar as obras de ampliação do aeroporto de Rio Branco/AC.
ACÓRDÃO 1199/2018 ATA 19/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	30/05/2018	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	035.916/2016-8	Amazonas Distribuidora de Energia S.A., Companhia Energética do Piauí S.A., Companhia Energética de Alagoas S.A., Boa Vista Energia S.A., Centrais Elétricas de Rondônia S.A., Companhia de Eletricidade do Acre S.A., Centrais Elétricas Brasileiras S.A., Ministério de Minas e Energia, Agência Nacional de Energia Elétrica e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social	Processo de desestatização para acompanhar a privatização da Amazonas Distribuidora de Energia S.A. (AmE).
ACÓRDÃO 1174/2018 ATA 18/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	23/05/2018	BRUNO DANTAS	028.343/2017-4	Agência Nacional de Transportes Terrestres.	Acompanhamento do processo de desestatização do lote rodoviário denominado Rodovia de Integração do Sul

						(RIS), que compreende trechos das rodovias BR-101/290/386/448/RS. Análise do primeiro estágio.
ACÓRDÃO 1099/2018 ATA 17/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	16/05/2018	AUGUSTO NARDES	028.050/2017-7	Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).	Solicitação do Congresso Nacional requerendo fiscalização e controle nos atos da ANEEL, para verificar a origem e os valores envolvidos nas indenizações das transmissoras de energia e no repasse indevido dos valores da energia não entregue pela usina nuclear de Angra 3.
ACÓRDÃO 878/2018 ATA 14/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	25/04/2018	BRUNO DANTAS	029.001/2017-0	Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil; Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT.	Solicitação do Congresso Nacional de auditoria para avaliar a efetividade dos contratos de concessão rodoviária.
ACÓRDÃO 775/2018 ATA 12/2018 - PLENÁRIO	Manutenção do que foi determinado no Acórdão n.º 380/2018: determinação à Antaq que não aplicasse a Resolução Normativa-Antaq 1/2015.	11/04/2018	BRUNO DANTAS	003.667/2018-9	Agência Nacional de Transportes Aquaviários.	Representação. Ilegalidade de normativo interno da Antaq. Suspensão cautelar da aplicação do dispositivo. Agravo interposto contra o Acórdão 380/2018-TCU-Plenário.
ACÓRDÃO 679/2018 ATA 10/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	28/03/2018	BENJAMIN ZYMLER	021.852/2014-6	Agência Nacional de Saúde Suplementar.	Auditoria operacional com o objetivo de avaliar as ações da ANS referentes aos reajustes anuais dos planos de saúde suplementar, abrangendo os planos individuais e coletivos.
ACÓRDÃO 620/2018 ATA 9/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	21/03/2018	AROLDO CEDRAZ	033.007/2008-1	Centrais Elétricas Brasileiras S/A - Eletrobrás, Secretaria do Tesouro Nacional (STN), Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)	Representação de unidade técnica do TCU com objetivo de complementar a abordagem das práticas de contratação do Programa Nacional de Iluminação Pública Eficiente (Reluz).

ACÓRDÃO 523/2018 ATA 8/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	14/03/2018	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	028.601/2016-5	Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), Empresa de Pesquisa Energética (EPE), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), Ministério de Minas e Energia (MME) e Ministério do Meio Ambiente (MMA)	Auditoria operacional na atividade governamental de suporte à viabilização socioambiental de redes de transmissão de energia elétrica no Brasil, em especial a elaboração de estudos ambientais preparatórios de leilões de concessão e o licenciamento ambiental de instalações daquelas redes.
ACÓRDÃO 380/2018 ATA 6/2018 - PLENÁRIO	Mesma discussão do Acórdão n.º 775/2018.	28/02/2018	BRUNO DANTAS	003.667/2018-9	Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq.	Representação formulada a partir de denúncia, com pedido de cautelar, versando sobre indícios de irregularidade na Resolução Normativa – Antaq 1/2015. Tal normativo conteria exigência de requisitos não previstos na Lei 9.432/1997, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário nacional, o que estaria violando a livre concorrência no setor.
ACÓRDÃO 290/2018 ATA 5/2018 - PLENÁRIO	Mesma discussão do Acórdão n.º 1.461/2018.	21/02/2018	AUGUSTO NARDES	012.831/2017-4	Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).	Representação de deputado federal, na condição de coordenador da Comissão Externa de Fiscalização da BR-101/BA/ES, com pedido de medida cautelar, para suprimir parte do reajuste da tarifa básica de pedágio do contrato de concessão de rodovia, até que sejam concluídos os procedimentos de fiscalização no âmbito do TCU.
ACÓRDÃO 206/2018 ATA 4/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	07/02/2018	AROLDO CEDRAZ	028.735/2012-9	Agência Nacional de Energia Elétrica; Centrais Elétricas Brasileiras S.a..	Monitoramento constituído em cumprimento a deliberação prolatada em auditoria operacional que tinha por objeto avaliar a regularidade na gestão da Reserva Global de Reversão (RGR). Análise de

						audiências.
ACÓRDÃO 184/2018 ATA 3/2018 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	31/01/2018	AUGUSTO SHERMAN	033.081/2017-4	Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel.	Desestatização. Acompanhamento do chamamento público prévio à licitação para outorga de direito de exploração de satélite brasileiro para o transporte de sinais de telecomunicações na posição orbital 45° Oeste, e o uso de radiofrequências associadas.
ACÓRDÃO 2752/2017 ATA 50/2017 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	06/12/2017	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	022.853/2009-8	Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)	Denúncia sobre falha na atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) relacionada a Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica firmado entre a Central Geradora Termelétrica Fortaleza S.A. (CGTF) e a Companhia Energética do Ceará (Coelce).
ACÓRDÃO 2723/2017 ATA 50/2017 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	06/12/2017	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	029.192/2016-1	Ministério de Minas e Energia, Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), Empresa de Pesquisa Energética (EPE) e Centrais Elétricas Brasileiras S. A. (Eletrobras)	Auditoria Operacional no processo de estruturação de grandes empreendimentos hidrelétricos, com o objetivo de identificar e avaliar: (i) os principais riscos associados à governança do processo pelos órgãos estruturadores no âmbito do Poder Concedente; (ii) a ausência/suficiência, qualidade e adequabilidade dos estudos técnicos e econômicos que dão suporte à licitação das usinas; e (iii) a possibilidade de comprometimento da licitação pela assimetria de informações.
ACÓRDÃO 2669/2017 ATA 49/2017 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	29/11/2017	AUGUSTO SHERMAN	012.437/2017-4	Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil	Solicitação do Congresso Nacional para auditar os contratos de concessões ferroviárias.

<p>ACÓRDÃO 2659/2017 ATA 49/2017 - PLENÁRIO</p>	<p>Não trata de regulação normativa.</p>	<p>29/11/2017</p>	<p>AROLDO CEDRAZ</p>	<p>007.859/2017-1</p>	<p>Ministério de Minas e Energia (MME), o Ministério de Meio Ambiente (MMA), Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC), Empresa de Pesquisa Energética (EPE), a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a Casa Civil da Presidência da República, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e a Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen).</p>	<p>Levantamento com o objetivo de avaliar problemas associados ao planejamento e a implementação das políticas públicas relacionadas às fontes de energias renováveis na matriz energética brasileira.</p>
<p>ACÓRDÃO 2598/2017 ATA 48/2017 - PLENÁRIO</p>	<p>Não trata de regulação normativa.</p>	<p>22/11/2017</p>	<p>ANA ARRAES</p>	<p>013.365/2017-7</p>	<p>Entes do estado do Rio Grande do Sul, Ministério da Cultura, Ministério do Esporte, Ministério da Saúde, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária e Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário.</p>	<p>Acompanhamento com o objetivo de avaliar a transição que vem sendo realizada, sob o aspecto da gestão das transferências voluntárias, no âmbito das fundações públicas do estado do Rio Grande do Sul que foram extintas ou estão em processo de extinção.</p>
<p>ACÓRDÃO 2533/2017 ATA 46/2017 - PLENÁRIO</p>	<p>Recomendou elaboração da nova resolução.</p>	<p>14/11/2017</p>	<p>WALTON ALENCAR RODRIGUES</p>	<p>019.494/2014-9</p>	<p>Agência Nacional de Transportes Terrestres.</p>	<p>Representação formulada por Auditor Federal de Controle Externo contra possíveis irregularidades verificadas na celebração de Termos de Ajuste de Conduta (TAC's) entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e concessionárias de serviço público de transporte rodoviário e ferroviário. TAC</p>

						Transnordestina.
ACÓRDÃO 2502/2017 ATA 23/2017 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	08/11/2017	AROLDO CEDRAZ	025.729/2017-9	Agência Nacional de Energia Elétrica; Companhia Energética de São Paulo.	Denúncia, com pedido de medida cautelar, apresentada em face da transferência do controle acionário da Companhia Energética de São Paulo (Cesp), cujo leilão de privatização está marcado para o dia 26/9/2017.
ACÓRDÃO 2439/2017 ATA 44/2017 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	01/11/2017	AUGUSTO NARDES	027.987/2017-5	Agência Nacional de Transportes Terrestres, vinculada ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.	Solicitação do Congresso Nacional para que este Tribunal informe sobre processo que analisou o contrato de concessão da BR-101/BA/ES.
ACÓRDÃO 2132/2017 ATA 39/2017 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	27/09/2017	AROLDO CEDRAZ	010.370/2016-1	Agência Nacional de Transportes Terrestres.	Auditoria que tem por objetivo verificar a conformidade na execução das obras de ampliação de capacidade da BR-290/RS. Apreciação de pedidos da ANTT e da Concepa de prorrogação de prazo para resposta à oitiva.
ACÓRDÃO 2121/2017 ATA 39/2017 - PLENÁRIO	Discussão igual ao Acórdão n.º 716/2019.	27/09/2017	BRUNO DANTAS	022.280/2016-2	Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).	Representação acerca de possíveis irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).
ACÓRDÃO 1700/2017 ATA 30/2017 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	09/08/2017	AROLDO CEDRAZ	014.730/2017-0	Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e Ministério de Minas e Energia (MME).	Representação apresentada por Estado de Minas Gerais e CEMIG Geração e Transmissão S.A – CEMIG GT (CEMIG) com pedido de medida cautelar em face de ato do Ministro de Estado de Minas e Energia consubstanciado na Portaria-MME 133, de 4 de abril de 2017, que determinou a realização, até o dia 30/9/2017, de Leilão de Outorga de Concessão de Usinas Hidrelétricas (UHes)

						que tiveram suas concessões, outorgadas à CEMIG, vencidas entre agosto de 2013 e fevereiro de 2017 (concessões das UHEs São Simão, Jaguará, Miranda e Volta Grande).
ACÓRDÃO 1598/2017 ATA 28/2017 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	26/07/2017	AROLDO CEDRAZ	016.060/2017-2	Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e Ministério de Minas e Energia (MME).	Desestatização. Acompanhamento do primeiro estágio do Leilão - Aneel 1/2017, referente à licitação para a outorga de quatro usinas hidrelétricas em operação, nos termos do artigo 8º da Lei 12.783/2013, com a redação dada pela Lei 13.203/2015, e conforme delegação de competência efetuada mediante a Portaria MME 133/2017, alterada pela Portaria MME 191/2017.
ACÓRDÃO 1408/2017 ATA 25/2017 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	05/07/2017	WALTON ALENCAR RODRIGUES	021.573/2016-6	Agência Nacional de Transportes Terrestres; Banco do Nordeste do Brasil S.a.; Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; Ministério da Integração Nacional (vinculador); Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil; Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste; Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A..	Auditoria operacional com vistas a avaliar a estrutura de governança da construção da Ferrovia Nova Transnordestina (FTN) no que diz respeito à assimetria de informação entre regulador, concessionária, financiadores e acionistas públicos, bem como as ações destinadas à recuperação do cronograma da obra.
ACÓRDÃO 989/2017 ATA 17/2017 - PLENÁRIO	Determinou elaboração de norma.	17/05/2017	WALTON ALENCAR RODRIGUES	012.558/2016-8	Agência Nacional de Transportes Aquaviários; Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil; Secretaria de Portos (extinta).	Auditoria de conformidade realizada com o objetivo de avaliar os atos e procedimentos adotados pela extinta Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e pelas Autoridades Portuárias para a prorrogação

						antecipada dos contratos de arrendamentos portuários e para a fiscalização de seu cumprimento.
ACÓRDÃO 984/2017 ATA 17/2017 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	17/05/2017	AROLDO CEDRAZ	011.895/2017-9	Agência Nacional de Energia Elétrica.	Solicitação do Congresso Nacional encaminhada pela Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados, na qual solicita o encaminhamento de cópias dos trabalhos relativos a atividades de fiscalização na Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), para verificar a adequação dos critérios de reajuste e revisão das tarifas de energia elétrica.
ACÓRDÃO 802/2017 ATA 14/2017 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	26/04/2017	BRUNO DANTAS	029.338/2016-6	Agência Nacional de Telecomunicações (CNPJ 02.030.715/0001-12).	Solicitação do Congresso Nacional encaminhada nos termos do Ofício Pres. 87/2016 pelo Deputado Marco Tebaldi, Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, em que requer seja realizada fiscalização em atos e procedimentos da Anatel.
ACÓRDÃO 738/2017 ATA 12/2017 - PLENÁRIO	Recomendou elaboração de norma.	12/04/2017	WALTON ALENCAR RODRIGUES	014.689/2014-6	Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e Agência Nacional de Transportes Terrestres.	Acompanhamento com objetivo de avaliar os procedimentos da ANTT e do Ministério dos Transportes nas alterações dos contratos da 1ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais. Exame do processo de aprovação da execução da obra Nova Subida da Serra, a cargo da Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio. Análise das audiências.
ACÓRDÃO 297/2017 ATA 6/2017 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	22/02/2017	AUGUSTO NARDES	010.482/2016-4	Agência Nacional de Transportes Terrestres.	Solicitação do Congresso Nacional para realização de auditoria no contrato de concessão da BR-

O						101/ES/BA. Análise das oitivas.
ACÓRDÃO 79/2017 ATA 2/2017 - PLENÁRIO	Determinou elaboração de norma.	25/01/2017	BRUNO DANTAS	023.176/2015-6	Agência Nacional de Saúde Suplementar.	Auditoria Operacional com objetivo de avaliar a atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar quanto às competências estabelecidas na Lei nº 9.961/2000.
ACÓRDÃO 3078/2016 ATA 49/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	30/11/2016	BRUNO DANTAS	021.280/2016-9	Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).	Monitoramento das determinações e recomendações expedidas à Agência Nacional de Saúde Suplementar em decorrência de auditoria destinada a avaliar a sistemática adotada para o ressarcimento ao SUS dos serviços prestados a pacientes beneficiários de planos de assistência à saúde. Análise da diligência.
ACÓRDÃO 3076/2016 ATA 49/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	30/11/2016	BRUNO DANTAS	015.409/2016-3	Agência Nacional de Telecomunicações ; Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações.	Auditoria realizada na Anatel e no Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações com o objetivo de aprofundar os conhecimentos sobre a rediscussão do modelo de prestação dos serviços de telecomunicações e das concessões do serviço de telefonia fixa.
ACÓRDÃO 3072/2016 ATA 49/2016 - PLENÁRIO	Determinou elaboração de norma.	30/11/2016	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	030.511/2015-1	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e Ministério de Minas e Energia (MME)	Auditoria Operacional realizada na ANP com objetivo de avaliar os pedidos de waiver apresentados e a sistemática vigente da Política de Conteúdo Local. Análise das diligências.
ACÓRDÃO 3065/2016 ATA 49/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	30/11/2016	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	020.286/2016-3	Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)	Solicitação do Congresso Nacional para realização de auditoria destinada a apurar a legalidade e a pertinência do reajuste tarifário concedido pela Aneel à Companhia Energética de Pernambuco em 2016.
ACÓRDÃO 2959/2016 ATA	Não trata de regulação normativa.	16/11/2016	MARCOS BEMQUERER	014.483/2016-5	Agência Nacional do Cinema - Ancine.	Levantamento para conhecer o funcionamento da

37/2016 - PLENÁRIO						Ancine, em particular, os principais processos de trabalho relacionados aos seus objetivos finalísticos. Ainda, visa a identificar os principais riscos para a consecução de seus objetivos estratégicos decorrentes de fraquezas internas e ameaças externas.
ACÓRDÃO 2840/2016 ATA 46/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	09/11/2016	BRUNO DANTAS	004.507/2015-0	Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).	Solicitação do Congresso Nacional para realização de auditoria com objetivo de verificar a qualidade dos serviços de telefonia móvel prestado no Brasil.
ACÓRDÃO 2683/2016 ATA 41/2016 - PLENÁRIO	Recomendou elaboração de norma.	19/10/2016	BRUNO DANTAS	006.516/2016-5	Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).	Auditoria Operacional com objetivo de avaliar os procedimentos adotados pela Anvisa em relação ao controle posterior ao registro dos medicamentos, visando a fiscalização da manutenção da fórmula, dos efeitos esperados e de sua segurança.
ACÓRDÃO 2572/2016 ATA 39/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	05/10/2016	BRUNO DANTAS	033.413/2015-0	Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).	Representação de unidade técnica acerca de irregularidades na potencial celebração, pela Anatel, de termo de compromisso de ajustamento de conduta com o Grupo Oi, relativo a processos de descumprimento de obrigações de qualidade e de universalização de empresas do grupo. Análise da oitiva.
ACÓRDÃO 2333/2016 ATA 35/2016 - PLENÁRIO	TCU deu ciência sobre como deveria ocorrer a alteração dos regulamentos da ANATEL.	14/09/2016	BRUNO DANTAS	023.133/2015-5	Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).	Auditoria Operacional com objetivo de avaliar a atuação da Anatel na garantia e melhoria da qualidade da prestação dos serviços de telefonia móvel no Brasil.
ACÓRDÃO 2120/2016 ATA 32/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	17/08/2016	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	014.700/2016-6	Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)	Solicitação do Congresso Nacional para realização de auditoria no processo de reajuste tarifário

O						anual médio de 32,28%, concedido pela Aneel, em 26/08/2014, na tarifa praticada pela Eletrobras Distribuição Alagoas.
ACÓRDÃO 2001/2016 ATA 30/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	03/08/2016	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	019.065/2015-9	Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)	Solicitação do Congresso Nacional para realização de auditoria nos processos de definição das cotas anuais da Conta de Desenvolvimento Energético para o ano de 2015 e das bandeiras tarifárias.
ACÓRDÃO 1736/2016 ATA 26/2016 - PLENÁRIO	Determinou elaboração de norma.	06/07/2016	RAIMUNDO CARREIRO	028.834/2010-0	Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e Companhia Docas da Bahia (Codeba)	Representação da Procuradoria da República acerca de irregularidades em Resolução da Agência Nacional de Transportes Aquaviários que permitiu aditamento de contrato firmado entre a Companhia Docas do Estado da Bahia e a empresa Tecon Salvador, a fim de incorporar terreno contíguo da área intitulada Ponta Norte do Porto de Salvador. Análise das diligências.
ACÓRDÃO 1651/2016 ATA 25/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	29/06/2016	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	033.217/2015-7	Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)	Solicitação do Congresso Nacional para realização de fiscalização para apuração do cálculo de reajuste da tarifa de energia elétrica concedido pela Aneel à cidade de Boa Vista/RO.
ACÓRDÃO 1650/2016 ATA 25/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	29/06/2016	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	025.329/2015-4	Ministério de Minas e Energia (MME); Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); Centrais Elétricas Brasileiras (Eletrobras); Companhia de Eletricidade do Amapá (CEA); e Caixa Econômica Federal	Solicitação do Congresso Nacional para realização de auditoria no contrato de financiamento obtido pelo Estado do Amapá junto à Caixa Econômica Federal, com o intuito de aferir a regularidade da aplicação dos recursos na recuperação da rede elétrica do Estado. Análise das diligências e da inspeção.
ACÓRDÃO 1439/2016 ATA	Mesma discussão do Acórdão n.º 923/2019. Foi	01/06/2016	ANA ARRAES	004.662/2014-8	Agência Nacional de Transportes Aquaviários -	Denúncia, formulada contra as possíveis irregularidades: (i)

16/2016 PLENÁRIO	determinada a elaboração de norma.					Antaq.	aumento das tarifas praticadas no arrendamento portuário Libra Terminal Rio S.A. (Libra) sem a homologação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); (ii) cobrança da tarifa Terminal Handling Charge (THC) sem comprovação de seu caráter ressarcitório; e (iii) omissão da Antaq na fiscalização e regulação dos armadores estrangeiros.
ACÓRDÃO 1409/2016 ATA 19/2016 - PLENÁRIO	Traz mesma discussão do Acórdão n.º 2.034/2019.	01/06/2016	VITAL DO RÊGO	007.446/2015-2	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).	Auditoria Operacional realizada na ANP com objetivo de avaliar a atuação da entidade na regulação e fiscalização do mercado de distribuição e revenda de Gás Liquefeito de Petróleo envasado em botijões de 13 kg.	
ACÓRDÃO 1336/2016 ATA 18/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	25/05/2016	BRUNO DANTAS	013.523/2015-5	Agência Nacional de Telecomunicações	Representação do MP/TCU a respeito de irregularidades no descumprimento, pela Anatel, das orientações relativas às normas a serem aplicadas às despesas realizadas em sede de acordo ou projeto de cooperação internacional, com recursos próprios nacionais, especificamente no âmbito do Projeto 9-BRA-98-006. Análise das diligências.	
ACÓRDÃO 1170/2016 ATA 16/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	11/05/2016	BRUNO DANTAS	031.468/2015-2	Agência Nacional de Vigilância Sanitária.	Solicitação do Congresso Nacional para realização de auditoria destinada a avaliar os procedimentos adotados pela Anvisa em relação ao controle posterior ao registro dos medicamentos.	
ACÓRDÃO 1169/2016 ATA 16/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	11/05/2016	BRUNO DANTAS	016.175/2015-8	Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).	Solicitação do Congresso Nacional para remessa de informações sobre o acompanhamento realizado pelo	

						Tribunal no setor de telecomunicações, mais especificamente quanto aos contratos de concessão de telefonia fixa, ao Programa Nacional de Banda Larga, ao recolhimento e à aplicação dos fundos setoriais, à qualidade dos serviços e à ação sancionatória da Anatel.
ACÓRDÃO 1089/2016 ATA 15/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	de 04/05/2016	BRUNO DANTAS	008.336/2015-6	Agência Nacional de Telecomunicações	Solicitação do Congresso Nacional para realização de auditoria com objetivo de verificar a qualidade dos serviços de TV por assinatura e banda larga prestados no Brasil.
ACÓRDÃO 1082/2016 ATA 15/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	de 04/05/2016	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	035.254/2015-7	Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (Chesf)	Solicitação do Congresso Nacional para realização de auditoria nas obras de implantação do Parque Eólico de Casa Nova, na Bahia.
ACÓRDÃO 943/2016 ATA 13/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	de 20/04/2016	AUGUSTO NARDES	033.634/2015-7	Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT - MT.	Acompanhamento da concessão do lote rodoviário BR 364/365/GO/MG, conduzida pela ANTT. Análise do 1º estágio.
ACÓRDÃO 787/2016 ATA 11/2016 - PLENÁRIO	Determinou a elaboração de norma.	de 06/04/2016	RAIMUNDO CARREIRO	009.923/2010-1	Agência Nacional de Transportes Aquaviários e Companhia Docas de Imbituba (84.208.123/0001-02)	Acompanhamento da licitação para arrendamento do Terminal de Fertilizantes e de Ração Animal do Porto de Imbituba em Santa Catarina. Análise do 2º, 3º e 4º estágios.
ACÓRDÃO 651/2016 ATA 9/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	de 23/03/2016	VITAL DO RÊGO	013.046/2014-4	Agência Nacional de Energia Elétrica.	Auditoria Operacional realizada na Aneel com objetivo de avaliar os mecanismos adotados para fiscalizar e estimular a melhoria da qualidade na prestação do serviço de distribuição de energia elétrica.

ACÓRDÃO 609/2016 ATA 8/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	16/03/2016	MARCOS BEMQUERER	024.120/2015-4	Ministério das Cidades, Caixa Econômica Federal, Companhia Cearense de Transportes Metropolitanos - Metrofor, Companhia Energética do Ceará e Agência Nacional de Energia Elétrica.	Solicitação do Congresso Nacional para realização de auditoria com objetivo de averiguar a aquisição de equipamentos de escavação de túneis conhecidos como 'Tatuzão' para utilização nas obras de implantação da linha oeste do Metrô de Fortaleza/CE, sem a previsão da devida infraestrutura de energia elétrica.
ACÓRDÃO 601/2016 ATA 8/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	16/03/2016	VITAL DO RÊGO	028.964/2015-2	Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).	Solicitação do Congresso Nacional para envio de informações acerca do cumprimento das determinações expedidas no âmbito de auditoria destinada a verificar os desdobramentos das ações implementadas pela Aneel na análise das operações realizadas pelas concessionárias Eletropaulo, Light, Elektro e CPFL.
ACÓRDÃO 356/2016 ATA 5/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	24/02/2016	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	019.065/2015-9	Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)	Solicitação do Congresso Nacional para realização de auditoria nos processos de definição das cotas anuais da Conta de Desenvolvimento Energético para o ano de 2015 e das bandeiras tarifárias.
ACÓRDÃO 286/2016 ATA 4/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	17/02/2016	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	016.022/2015-7	Agência Nacional de Energia Elétrica e Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia	Solicitação do Congresso Nacional para realização de auditoria nos atos e procedimentos da Aneel em relação à Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia, compreendendo a metodologia e os processos de revisões e reajustes tarifários autorizados nos últimos cinco anos, bem como o acompanhamento da parte operacional e a qualidade dos serviços prestados aos baianos.

ACÓRDÃO 282/2016 ATA 4/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	17/02/2016	AUGUSTO NARDES	011.689/2015-3	Agência Nacional de Aviação Civil; Agência Nacional de Transportes Terrestres; Ministério das Comunicações (vinculador).	Solicitação do Congresso Nacional para realização de auditoria destinada a avaliar o cumprimento, por parte das empresas que prestam serviços públicos sob a forma de concessão, permissão ou autorização nos setores de radiodifusão sonora e de sons e imagens, de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e de navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária, das obrigações legais assumidas durante a execução dos contratos. Análise da inspeção.
ACÓRDÃO 40/2016 ATA 1/2016 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	20/01/2016	BRUNO DANTAS	031.468/2015-2	Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).	Solicitação do Congresso Nacional para realização de auditoria com objetivo de examinar os procedimentos adotados pela Anvisa em relação ao controle posterior ao registro dos medicamentos.
ACÓRDÃO 3311/2015 ATA 51/2015 - PLENÁRIO	Recomendou elaboração de norma.	09/12/2015	BENJAMIN ZYMLER	024.646/2014-8	Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel.	Auditoria Operacional que avaliou a atuação da Anatel sobre o controle e acompanhamento dos bens reversíveis do Serviço Telefônico Fixo Comutado.
ACÓRDÃO 2898/2015 ATA 45/2015 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	11/11/2015	VITAL DO RÊGO	001.615/2014-9	Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel.	Representação formulada pelo Secretário de Logística e Transportes do Estado de São Paulo acerca de irregularidades no leilão promovido pela Aneel para exploração do serviço de geração de energia elétrica pela Usina Hidrelétrica Três Irmãos.
ACÓRDÃO 2730/2015 ATA 43/2015 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	28/10/2015	BRUNO DANTAS	004.540/2015-8	Agência Nacional de Transportes Terrestres.	Representação de empresa acerca de irregularidades em edital lançado pela ANTT com vistas à

O						permissão para prestação de serviços de transporte rodoviário coletivo regular interestadual semiurbano de passageiros operado por ônibus do tipo urbano para atendimento a região do Distrito Federal e dos municípios de seu entorno. Análise das oitivas.
ACÓRDÃO 2527/2015 ATA 41/2015 - PLENÁRIO O	Não trata de regulação normativa.	de 14/10/2015	BRUNO DANTAS	004.507/2015-0	Agência Nacional de Telecomunicações	Solicitação do Congresso Nacional para realização de auditoria com objetivo de verificar a qualidade dos serviços de telefonia móvel prestados no Brasil.
ACÓRDÃO 2519/2015 ATA 41/2015 - PLENÁRIO O	Não trata de regulação normativa.	de 14/10/2015	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	003.025/2015-2	Agência Nacional de Energia Elétrica; Centrais Elétricas Brasileiras S.A.; Empresa de Pesquisa Energética; Ministério de Minas e Energia; e Operador Nacional do Sistema Elétrico	Auditoria com objetivo de examinar medidas emergenciais e estruturantes que podem ser adotadas no âmbito do setor elétrico ante a perspectiva de crise.
ACÓRDÃO 2268/2015 ATA 36/2015 - PLENÁRIO O	Não trata de regulação normativa.	de 09/09/2015	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	009.812/2015-6	Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)	Solicitação do Congresso Nacional formulada pela Câmara dos Deputados, referente ao “processo de reajuste das tarifas da Companhia Energética de Pernambuco (Celpe) e sobre a legalidade da alteração da data da reunião da Diretoria da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) que decidiria sobre o aumento da energia elétrica, sem a devida comunicação aos interessados”.
ACÓRDÃO 2253/2015 ATA 36/2015 - PLENÁRIO O	Discussão retomada no Acórdão nº 1.946/2019, em que há determinação de elaboração de norma.	de 09/09/2015	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	003.379/2015-9	Ministério de Minas e Energia (MME) e Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)	Monitoramento constituído para verificar o cumprimento dos itens 9.3.1 e 9.3.2 do Acórdão 1.836/2013-Plenário, proferido no TC-001.843/2013-3, que, por sua vez, tratava de monitoramento de deliberações do Acórdão 3.149/2012-

						Plenário, prolatado em sede de acompanhamento que vinha sendo realizado pelo Tribunal das Ações do Poder Público concernentes às concessões do setor elétrico cujos contratos estavam previstos para vencer a partir de 2015.
ACÓRDÃO 2200/2015 ATA 35/2015 - PLENÁRIO	Determinou elaboração de norma.	02/09/2015	ANA ARRAES	024.882/2014-3	Secretaria de Portos da Presidência da República e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).	Relatório de acompanhamento realizado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária – SeinfraHidroferroviária para avaliar os procedimentos instituídos pela Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) em relação à prorrogação antecipada de contratos de arrendamentos portuários, instituída pelo art. 57 da Lei 12.815/2013.
ACÓRDÃO 1796/2015 ATA 29/2015 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	22/07/2015	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	011.760/2015-0	Ministério de Minas e Energia (MME) e Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)	Solicitação do Congresso Nacional, por meio da qual requer ao Tribunal cópia dos trabalhos relativos a atividades de fiscalização para verificar, no âmbito dos Planos de Modernização de Instalações de Interesse Sistêmico (PMIS), o grau de implementação de melhorias e reforços por parte das concessionárias de transmissão de energia elétrica que atendem a Região Nordeste.
ACÓRDÃO 1667/2015 ATA 27/2015 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	08/07/2015	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	011.760/2015-0	Ministério de Minas e Energia (MME) e Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)	Solicitação do Congresso Nacional, formulada pela Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados, por meio da qual solicita ao Tribunal cópia dos trabalhos

						relativos a atividades de fiscalização para verificar, no âmbito dos Planos de Modernização de Instalações de Interesse Sistêmico, o grau de implementação de melhorias e reforços por parte das concessionárias de transmissão de energia elétrica que atendem a Região Nordeste.
ACÓRDÃO 1609/2015 ATA 25/2015 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	01/07/2015	BENJAMIN ZYMLER	028.540/2014-0	Agência Nacional de Vigilância Sanitária.	Embargos de declaração opostos por membros dos Ministérios Públicos Federal, do Trabalho e Estaduais em face do Acórdão 1083/2015-TCU-Plenário, por meio do qual o TCU apreciou representação relacionada a possíveis irregularidades ocorridas na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), pertinentes ao atraso excessivo em promover a reavaliação de substâncias agrotóxicas enumeradas na Resolução Anvisa RDC 10/2008.
ACÓRDÃO 1432/2015 ATA 21/2015 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	10/06/2015	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	010.965/2015-7	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)	Solicitação formulada pela Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados, mediante a qual requer cópia dos trabalhos realizados pelo TCU cujo objeto tenham sido leilões conduzidos pela ANP, em particular aqueles estabelecidos para a 11ª rodada de licitações e para a 1ª rodada do Pré-sal.

ACÓRDÃO 1294/2015 ATA 19/2015 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	27/05/2015	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	010.997/2014 -8	Agência Nacional de Vigilância Sanitária; Agência Nacional do Cinema; Banco Central do Brasil; Cobra Tecnologia S/A; Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária; Instituto Nacional do Seguro Social; e Petrobras Distribuidora S/A	Fiscalização de orientação centralizada (FOC) concebida para avaliar a maturidade da gestão de riscos de entidades públicas federais da administração indireta, bem como validar as respostas apresentadas ao questionário aplicado no levantamento efetuado em 2013 pelo TCU.
ACÓRDÃO 1105/2015 ATA 16/2015 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	06/05/2015	BRUNO DANTAS	004.228/2015 -4	Agência Nacional de Telecomunicações	Processo de licitação da outorga de direito de exploração de satélite brasileiro para o transporte de sinais de telecomunicações e uso de radiofrequências associadas, pelo prazo de quinze anos, prorrogável uma única vez por igual período, em posições orbitais que estejam em processos de coordenação ou de notificação em nome do Brasil, ou resultantes de processos de coordenação a serem iniciados junto à União Internacional de Telecomunicações (UIT), conduzido pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).
ACÓRDÃO 1083/2015 ATA 16/2015 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	06/05/2015	BENJAMIN ZYMLER	028.540/2014 -0	Agência Nacional de Vigilância Sanitária.	Representação a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, relacionadas ao atraso excessivo em promover a reavaliação de substâncias agrotóxicas elencadas na Resolução Anvisa RDC 10/2008.
ACÓRDÃO 909/2015 ATA 14/2015 -	Não trata de regulação normativa.	22/04/2015	VITAL DO RÊGO	028.229/2014 -2	Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).	Solicitação do Congresso Nacional para a realização de “auditoria no

PLENÁRIO						processo da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) que fixou a tarifa do serviço público de distribuição de energia elétrica no Estado de Pernambuco no ano de 2014”.
ACÓRDÃO 736/2015 ATA 12/2015 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	08/04/2015	AUGUSTO NARDES	032.786/2011-5	Agência Nacional de Aviação Civil (Anac).	Acompanhamento da concessão da ampliação, manutenção e exploração dos Aeroportos Internacionais Governador André Franco Montoro, em Guarulhos/SP, Viracopos, em Campinas/SP, e Presidente Juscelino Kubitschek, em Brasília/DF, em condução pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), com a supervisão da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (SAC/PR).
ACÓRDÃO 694/2015 ATA 10/2015 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	01/04/2015	BENJAMIN ZYMLER	000.800/2014-7	Agência Nacional de Telecomunicações	Acompanhamento de licitação para outorga de direito de exploração de satélite brasileiro para o transporte de sinais de telecomunicações, pelo prazo de quinze anos, prorrogável uma única vez por igual período, em posições orbitais que estejam em processos de coordenação ou notificação em nome do Brasil ou resultantes de processos de coordenação a serem iniciados junto à União Internacional de Telecomunicações (UIT), além do uso de radiofrequências associadas, conduzido pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).
ACÓRDÃO 617/2015 ATA 10/2015 -	Não trata de regulação normativa.	25/03/2015	VITAL DO RÊGO	018.103/2014-6	Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).	Solicitação do Congresso Nacional, em que é requerida a realização de

PLENÁRIO						auditoria sobre os processos de revisão/ajuste tarifários e sobre o cumprimento das metas dos contratos firmados entre a União, por intermédio da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), com a concessionária Ampla Energia e Serviços S.A. (Ampla) e sua antecessora, Companhia de Eletricidade do Estado do Rio de Janeiro (Cerj), no período compreendido entre 2003 e 2013.
ACÓRDÃO 596/2015 ATA 10/2015 - PLENÁRIO	Determinou elaboração de norma.	25/03/2015	BENJAMIN ZYMLER	018.022/2013-8	Agência Nacional de Telecomunicações	Solicitação da Câmara dos Deputados, no sentido de que fosse realizada auditoria operacional sobre “os procedimentos adotados pela Anatel para fiscalizar a qualidade dos serviços prestados aos consumidores dos serviços de telefonia móvel, telefonia fixa, banda larga e TV por assinatura”.
ACÓRDÃO 31/2015 ATA 1/2015 - PLENÁRIO	TCU determinou que fosse “ajustada” a Resolução-ANTT n.º 442/2004.	21/01/2015	WALTON ALENCAR RODRIGUES	002.461/2014-5	Agência Nacional de Transportes Terrestres.	Monitoramento das determinações do Acórdão 3237/2013 – TCU – Plenário, referente à auditoria de natureza operacional que avaliou os procedimentos adotados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), na fiscalização de concessões rodoviárias.
ACÓRDÃO 3286/2014 ATA 47/2014 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	26/11/2014	ANA ARRAES	031.834/2013-2	Secretaria de Portos da Presidência da República - SEP/PR e Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq.	Representações, agrupadas por conexão, contra supostas irregularidades no processo de desestatização de infraestruturas e instalações portuárias. As irregularidades se relacionam à área identificada pela

						sigla STS10, constante do Lote 5 do denominado "Bloco 1" de desestatizações, e se localiza no Porto de Santos.
ACÓRDÃO 3212/2014 ATA 46/2014 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	19/11/2014	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	034.478/2012-4	Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)	Representação, em que se relata indícios de irregularidades relativas à falta de segurança viária em trechos das rodovias BR-116/BA, entre Feira de Santana e a divisa entre BA e MG, e BR-324/BA, entre Salvador e Feira de Santana, ambos no Estado da Bahia, sob concessão à sociedade empresarial denominada Viabahia Concessionária de Rodovias S/A.
ACÓRDÃO 3159/2014 ATA 38/2014 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	12/11/2014	MARCOS BEMQUERER	021.121/2013-3	Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - APPA, Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq e Secretaria de Portos da Presidência da República - SEP/PR.	Denúncia, com pedido de cautelar, acerca de possíveis irregularidades cometidas pela empresa TCP - Terminal de Contêiner de Paranaguá S.A., arrendatária de terminal para movimentação de veículos e contêineres no Porto de Paranaguá/PR, e pela Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA), vinculada à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR).
ACÓRDÃO 2888/2014 ATA 42/2014 - PLENÁRIO	Determinou elaboração de norma.	29/10/2014	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	032.268/2013-0	Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)	Monitoramento das determinações expedidas pelo Tribunal à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) no Acórdão 312/2012 – Plenário. A deliberação decorreu de auditoria de conformidade realizada na agência, em que se verificaram falhas nos procedimentos de controle e fiscalização dos investimentos

						realizados em ferrovias concedidas pela União.
ACÓRDÃO 2748/2014 ATA 40/2014 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	15/10/2014	BENJAMIN ZYMLER	043.840/2012-4	Agência Nacional de Transportes Aquaviários; Companhia Docas do Espírito Santo.	Monitoramento do item 9.4 do Acórdão 2.380/2011-TCU-Plenário, que tratou de denúncias diversas encaminhadas ao TCU e de representação da Procuradoria da República no Estado do Espírito Santo sobre supostas irregularidades cometidas pelos gestores da Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa) na execução de alguns de seus contratos, e do Acórdão 1.661/2012-TCU-Plenário, relativo ao acompanhamento para exame da legalidade dos instrumentos denominados autorizações de uso e congêneres, expedidos pela Codesa para conceder a particulares a utilização de áreas e infraestrutura portuárias, sem prévio procedimento licitatório.
ACÓRDÃO 2315/2014 ATA 34/2014 - PLENÁRIO	Não trata de regulação normativa.	03/09/2014	JOSÉ JORGE	018.346/2014-6	Agência Nacional de Energia Elétrica; Câmara de Comercialização de Energia Elétrica; Empresa de Pesquisa Energética; Ministério de Minas e Energia (vinculador); Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS; Petróleo Brasileiro S.A..	Monitoramento do Acórdão 1.196/2010-TCU-Plenário (TC 021.247/2008-5), resultante de auditoria operacional cujo objeto foi a avaliação acerca da adequação de políticas e ações dos agentes do setor elétrico para garantir o abastecimento do mercado nacional de energia, com segurança, eficiência e sustentabilidade, considerando as possibilidades de desequilíbrio entre a oferta e a demanda de energia elétrica entre os anos de 2009 e 2016.
ACÓRDÃO 2314/2014 ATA	Não trata de regulação normativa.	03/09/2014	JOSÉ JORGE	013.417/2013-4	Agência Nacional de Energia Elétrica.	Solicitação do Congresso Nacional, por meio da qual são

34/2014 - PLENÁRIO						requeridas informações relativas ao funcionamento e desempenho da Companhia Energética de Alagoas (Ceal), bem como a realização de auditoria nessa distribuidora.
-------------------------------	--	--	--	--	--	---

ANEXO III – TABELA DOS ACÓRDÃOS PERTINENTES E FILTROS PARA ANÁLISE DELES

	QUAL É O TIPO DE PROCESSO?	QUEM FOI O RELATOR? HOVE VOTO DE OUTROS MINISTROS?	QUAL FOI A AGÊNCIA REGULADORA CUJA ATIVIDADE NORMATIVA FOI CONTROLADA?	QUAL FOI O COMANDO DO TCU À AGÊNCIA?	QUAL É O POSICIONAMENTO DO TCU QUANTO À REGULAÇÃO NORMATIVA?	A PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO DA UNIDADE TÉCNICA FOI ACEITA PELO PLENÁRIO DO TCU?
ACÓRDÃO 1409/2016 e ACÓRDÃO 2034/2019	MONITORAMENTO (MON)	VITAL DO RÉGO	ANP	recomendar	Questiona Resoluções ANP 49 e 51	Não
ACÓRDÃO 2253/2015 e ACÓRDÃO 1946/2019	MONITORAMENTO (MON)	RAIMUNDO CARREIRO	ANEEL	recomendar	Criar uma norma	Sim
ACÓRDÃO 322/2019 e ACÓRDÃO 1600/2019	RELATÓRIO DE AUDITORIA (RA)	AROLDO CEDRAZ	ANTT	determinar	Criar uma norma	Sim
ACÓRDÃO 1257/2019	RELATÓRIO DE AUDITORIA (RA)	AUGUSTO NARDES	ANA	recomendar	Questiona Resolução ANA 236/2017	Sim
ACÓRDÃO 1439/2016 e ACÓRDÃO 923/2019	DENÚNCIA (DEN)	BENJAMIN ZYMLER/ANA ARRAES (ambos relatores em cada um dos acórdãos)	ANTAQ	determinar	Criar uma norma (Resolução Normativa Antaq 18/2017) e depois a questiona	Não
ACÓRDÃO 2121/2017 e ACÓRDÃO 716/2019	REPRESENTAÇÃO (REPR)	BRUNO DANTAS	ANATEL	Determinar/recomendar	Criar norma, além de questionar Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC)	Sim
ACÓRDÃO 40/2019	RELATÓRIO DE AUDITORIA (RA)	RAIMUNDO CARREIRO	ANEEL	determinar	Criar uma norma	Sim
ACÓRDÃO 2955/2018	SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (SCN)	BRUNO DANTAS	ANAC	Deferência à Resolução-Anac 400/2016	Deferência à Resolução-Anac 400/2016	Sim
ACÓRDÃO 2310/2018	RELATÓRIO DE AUDITORIA (RA)	BRUNO DANTAS	ANTAQ	dar ciência	Questiona Resolução-Antaq 2.389/2012	Sim
ACÓRDÃO 1631/2018	MONITORAMENTO (MON)	AUGUSTO SHERMAN	ANEEL	determinar	Deferência ao regulador para definir sobre manutenção da Resolução Normativa 440/2011.	Parcialmente
ACÓRDÃO 290/2018 e ACÓRDÃO 1461/2018	REPRESENTAÇÃO (REPR)	AUGUSTO NARDES	ANTT	determinar	Criar uma norma	Parcialmente
ACÓRDÃO 1447/2018	SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (SCN)	AUGUSTO NARDES - ministro revisor foi WALTON ALENCAR	ANTT	determinar	Criar uma norma	Sim
ACÓRDÃO 1446/2018	RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO	BRUNO DANTAS	ANTAQ	determinar	Criar uma norma	Não

	MENTO (RACOM)					
ACÓRDÃO 380/2018 e ACÓRDÃO 775/2018	REPRESENTAÇÃO (REPR)	BRUNO DANTAS – declaração de voto de BENJAMIN ZYMLER	ANTAQ	determinar	Questiona Resolução Normativa Antaq 1/2015	Não
ACÓRDÃO 2533/2017	REPRESENTAÇÃO (REPR)	WALTON ALENCAR	ANTT	recomendar	Criar uma norma	Sim (proposta do MPTCU)
ACÓRDÃO 989/2017	RELATÓRIO DE AUDITORIA (RA)	WALTON ALENCAR	ANTAQ	Determinar/recomendar	Criar uma norma	Sim
ACÓRDÃO 738/2017	RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO (RACOM)	WALTON ALENCAR	ANTT	recomendar	Criar uma norma	Não
ACÓRDÃO 79/2017	RELATÓRIO DE AUDITORIA (RA)	BRUNO DANTAS	ANS	recomendar	Criar uma norma	Sim
ACÓRDÃO 3072/2016	RELATÓRIO DE AUDITORIA (RA)	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	ANP	determinar	Criar uma norma	Sim
ACÓRDÃO 2683/2016	RELATÓRIO DE AUDITORIA (RA)	BRUNO DANTAS	ANVISA	recomendar	Criar uma norma	Sim
ACÓRDÃO 2333/2016	RELATÓRIO DE AUDITORIA (RA)	BRUNO DANTAS	ANATEL	determinar/recomendar/ dar ciência	Criar uma norma/interpretação de norma existente	Sim
ACÓRDÃO 1736/2016	REPRESENTAÇÃO (REPR)	RAIMUNDO CARREIRO	ANTAQ	determinar	Criar uma norma	Sim
ACÓRDÃO 787/2016	DESESTATIZAÇÃO (DES)	RAIMUNDO CARREIRO	ANTAQ	determinar	Criar uma norma	Sim
ACÓRDÃO 3311/2015	RELATÓRIO DE AUDITORIA (RA)	BENJAMIN ZYMLER	ANATEL	recomendar	Criar uma norma	Sim
ACÓRDÃO 2200/2015	RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO (RACOM)	ANA ARRAES/ VITAL DO RÊGO (revisor)	ANTAQ	Determinar/recomendar	Criar uma norma	Parcialmente, pois houve modulação quanto à incidência da nova norma determinada.
ACÓRDÃO 596/2015	SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (SCN)	BENJAMIN ZYMLER	ANATEL	recomendar	Criar uma norma	Sim
ACÓRDÃO 31/2015	MONITORAMENTO (MON)	WALTON ALENCAR	ANTT	determinar	Questiona a Resolução-ANTT nº 442/2004.	Sim
ACÓRDÃO 2888/2014	MONITORAMENTO (MON)	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	ANTT	determinar	Criar uma norma	Sim

ANEXO IV – TABELA DE ANÁLISE DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

PROCESSO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DA AGÊNCIA	FOI FEITA CONSULTA PÚBLICA?	FOI REALIZADA AUDIÊNCIA PÚBLICA?	HOUVE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO?
Processo ANP 48610.008961/2014-14 e Processo ANP 48610.006853/2014-15	Sim	Sim	Não
Processo ANA 02501.001711/2016-51	Sim	Não	Não
Processo Antaq 50301.001515/2014-14	Sim	Sim	Não
Processo Anatel 53500.016839/2012-37	Sim	Sim	Não
Processo ANAC 00058.054992/2014-33	Sim	Sim	Sim
Processo Antaq 50300.000381/2008-86	Sim	Sim	Não
Processo Aneel 48500.001501/2011-60	Sim	Não	Não
Processo Antaq 50300.001334/2014-14	Sim	Sim	Não
Processo ANTT 50500.134971/2003-62, Processo ANTT 50500.115698/2003-59 e Processo ANTT 50500.151063/2004-06	No que diz respeito à norma efetivamente controlada ²²⁴ , não.	No que diz respeito à norma efetivamente controlada, não.	No que diz respeito à norma efetivamente controlada, não.

²²⁴ A norma controlada pelo TCU foi o “art. 59 do Regulamento anexo à Resolução ANTT 442/2004”, dispositivo que, na verdade, decorre da Resolução ANTT 847/2005, cujo processo (Processo ANTT 50500.151063/2004-06) não foi minimamente procedimentalizado, diferentemente dos processos (Processo ANTT 50500.115698/2003-59 e Processo ANTT 50500.134971/2003-62) que antecederam a Resolução ANTT 442/2004.