

Luciane de Lucena Oliveira

**FERRAMENTAS CONSENSUAIS DE REGULAÇÃO E CONTROLE
EXTERNO**

**Limites de atuação do controle externo em relação a Termos de Ajustamento de
Conduta celebrados por Agências Reguladoras**

Brasília – DF

Abril/2019

Luciane de Lucena Oliveira

**FERRAMENTAS CONSENSUAIS DE REGULAÇÃO E CONTROLE
EXTERNO**

**Limites de atuação do controle externo em relação a Termos de Ajustamento de
Conduta celebrados por Agências Reguladoras**

Trabalho individual apresentado ao Instituto Serzedelo Correa e à Escola Nacional de Administração Pública como requisito para obtenção do Título de Especialista em Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura.

Orientador: Professor Ricardo Horta

Brasília, DF

2019

Palavras-chave: Controle externo; regulação consensual; termos de ajustamento de conduta.

RESUMO

O objetivo desse artigo é examinar a atuação do controle externo em relação a ferramentas consensuais de regulação, com foco na atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) no caso de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) celebrados por Agências Reguladoras federais e nos limites dessa atuação. De modo a analisar a questão, foi realizada uma revisão da doutrina recente, legislação aplicável e jurisprudência do TCU. Com base em exame da legislação, verifica-se que o TCU tem competência constitucional e legal para analisar as atividades finalísticas das Agências Reguladoras, incluindo a celebração desse tipo de instrumento. A partir da revisão dos casos concretos, constatou-se que o TCU tem entendimento nesse sentido e já realizou o exame de alguns TACs celebrados por essas entidades, a exemplo da Anatel e da ANTT. Com base em análise crítica dessas deliberações, observa-se que o referido Tribunal tem seguido a mesma premissa adotada para examinar as atividades finalísticas das Agências Reguladoras, que é de um controle de segunda ordem, sem substituir as competências dessas entidades. Com poucas exceções, constatou-se que não houve questionamentos relativos às decisões discricionárias das agências, mas foram analisados aspectos abarcados em suas competências, como a motivação e a fundamentação utilizada na celebração desses acordos, a clareza dos termos, bem como a utilização da metodologia com base em critérios técnicos e legais vigentes.

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL E A REGULAÇÃO	7
2.1 Breve histórico da evolução do Direito Administrativo	7
2.2 A abertura à consensualidade	8
2.2.1 Atuação administrativa imperativa	9
2.2.2 A Regulação imperativa	11
2.3 Atuação administrativa consensual.....	12
2.3.1 Pressupostos teóricos da consensualidade.....	13
2.3.2 Tipos de acordos administrativos.....	13
3. ACORDOS SUBSTITUTIVOS EM PROCESSOS SANCIONATÓRIOS DE REGULAÇÃO.....	15
3.1 Base normativa para acordos substitutivos	16
3.2 O Termo de Ajustamento de Conduta	18
3.2.1 Dinâmica dos acordos substitutivos (celebração do TAC).....	19
3.2.2 Motivação	21
3.2.3 Ônus e vantagens	21
4. O CONTROLE EXTERNO E OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS	24
4.1 A atuação do controle externo no caso de desestatizações e concessões	24
4.1.1 Justificativas para o controle das agências reguladoras	25
4.1.2 Competência constitucional e legal.....	26
4.1.3 Forma de atuação do Controle externo e mecanismos de controle.....	27
4.2 Atuação do controle externo frente a acordos substitutivos.....	28
4.2.1 Casos concretos.....	29
4.2.1.1 Caso Anatel (TC 022.280/2016-2 – Acórdão 2121/2017-TCU-Plenário) 30	
4.2.1.2 Caso ANTT (TC 019.494/2014-9 – Acórdão 2533/2017-TCU-Plenário)33	
4.2.2 Limites de atuação.....	36
5. CONCLUSÃO.....	40

1. INTRODUÇÃO

A consensualidade administrativa figura entre os temas de destaque do Direito Administrativo contemporâneo.

Com a evolução do Direito Administrativo observada nas últimas décadas, movida em grande parte pela ascensão da importância da eficiência e pela busca por resultados, percebeu-se que, para a efetiva satisfação das finalidades públicas, a atuação imperativa nem sempre é a solução mais adequada.

Nesse contexto, instrumentos consensuais passaram a ser utilizadas também no âmbito da administração pública, como uma alternativa à atuação imperativa e unilateral.

Essa mudança pode ser observada no âmbito das atividades de regulação, campo que demanda constante interação com a iniciativa privada e depende do ajustamento de conduta dos regulados para ser efetiva e responder as demandas sociais. Nos últimos anos, diversas agências reguladoras federais editaram regulamentos internos que normatizam a possibilidade de celebração de acordos substitutivos com seus entes regulados, como uma opção a atos administrativos sancionadores.

Os processos administrativos referentes a esses ajustes começaram a ser fiscalizados pelo Tribunal de Contas da União, com destaque aos processos de Termos de Ajustamento de Condutas - TAC em andamento na Agência Nacional de Telecomunicações-Anatel e na Agência Nacional de Transportes Terrestres-ANTT, e reacenderam os questionamentos relativos às competências dessa Corte Contas em relação à fiscalização das atividades finalísticas das agências reguladoras, considerando, sobretudo, a autonomia dessas entidades.

Em consonância com esse cenário, pretende-se, no presente artigo, examinar o controle externo em relação à celebração de TACs por agências reguladoras, com foco no controle exercido pelo TCU, de modo a levantar alguns contornos e limites dessa atuação.

Este trabalho está organizado em três itens, além desta introdução e da conclusão. No item 2 foi realizado um breve histórico do Direito Administrativo, mostrando as principais fases e atual abertura à consensualidade. Foi examinada, ainda, a dicotomia imperatividade-consensualidade, bem como as prerrogativas da atuação imperativa e os pressupostos teóricos da consensualidade.

No item 3, foi abordada a atuação consensual no âmbito de agências reguladoras, com realce no instrumento do acordo substituto sancionatório, que na maior parte das agências reguladoras federais foi denominado como Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, destacando a dinâmica desse tipo de acordo, bem como ônus e vantagens de sua utilização.

Por fim, item 4, é analisada a atuação do Tribunal de Contas da União em relação aos TACs celebrados por agências reguladoras. Nesse item, que é a parte central do trabalho, foi realizada uma contextualização da atuação do Tribunal em relação às desestatizações e concessões, sua competência e mecanismos de controle. Além disso, foram destacados os principais casos concretos sobre o tema examinados pelo TCU, de modo a se verificar os limites de atuação então delimitados.

Considerando que o presente trabalho volta-se ao estudo da consensualidade no plano do Direito Administrativo brasileiro, no que diz respeito às atividades de regulação e ao controle externo, como metodologia será utilizada a pesquisa bibliográfica, considerando que doutrinas, normas e experiências constituem a fonte primária da consensualidade.

Além disso, por meio de pesquisa de jurisprudência do TCU, serão selecionadas as principais deliberações sobre o tema, de modo se inferir dos precedentes as premissas já pautadas pela própria Corte de Contas ao examinar a celebração de TACs por agências reguladoras.

2. ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL E A REGULAÇÃO

2.1 Breve histórico da evolução do Direito Administrativo

O Estado moderno, o Direito Constitucional e o Direito Administrativo passaram nas últimas décadas por transformações profundas de modo a se adaptarem às novas exigências sociais e econômicas.

De acordo com Dallari, todo e qualquer sistema jurídico está em constante evolução, acompanhando as inevitáveis mutações na sociedade na qual deve operar. Assim, constantemente se observa a obsolescência de alguns institutos, seja em decorrência da reconfiguração de outros, seja quanto à necessidade de criação de novos instrumentos para a disciplina.¹

O Direito Administrativo, enquanto ramo da ciência do direito público, que disciplina e rege a função administrativa da atividade estatal, está intrinsecamente ligado às relações entre a sociedade e o Estado, e, conseqüentemente, em constante transformação.

O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto² sintetiza a evolução no perfil da Administração Pública nas seguintes fases: do absolutismo, em que prevalecia o interesse do rei, caracterizando a administração regaliana; a do estatismo, em que passou a prevalecer o interesse do Estado, caracterizando a administração burocrática; e da democracia, na qual ascendeu como prevalecente o interesse da sociedade, correspondente à etapa da administração gerencial.

O Direito Administrativo clássico se desenvolveu vinculado a cinco elementos volitivos, produzindo uma rica dogmática do ato administrativo, como a expressão síntese do Estado-administrador, que se sistematizou nos elementos essenciais dessa manifestação da vontade: a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto.³ Os agentes públicos respondiam apenas pela satisfação formal desses cinco elementos.

Com a ascensão da importância da eficiência, passou-se de um controle de legalidade da manifestação da vontade na ação administrativa para um controle do resultado da ação (legalidade de resultado).⁴

Essas premissas correspondem ao que a doutrina denominou de Administração de Resultado, uma construção jurídica despontada na Itália, onde se passou a reconhecer uma relevância jurídica atribuída ao resultado, ampliando o enfoque do controle de juridicidade, que ultrapassa os clássicos controles políticos de legalidade, instituídos nos processos da democracia representativa, para compreender um amplo

¹ DALLARI, Adilson Abreu, “Privatização, Eficiência e Responsabilidade”, in Moreira Neto Diogo de Figueiredo (coord.) Uma Avaliação das tendências Contemporâneas do Direito Administrativo, p. 211.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Mutações do Direito Administrativo, 2ª Edição, p. 17

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Mutações do Direito Administrativo, 2ª Edição, p. 183

⁴ Ibid., 186

controle jurídico de legitimidade, com definição constitucional e processamento administrativo⁵.

Hoje, a concepção de resultado está entre os novos elementos caracterizadores do Estado pós-moderno. Lucio Iannotta, um dos estudiosos de vanguarda do tema e então professor da Escola Superior de Economia e Finanças da Universidade La Sapienza de Roma, afirma que a Administração de resultado está caracterizada pela eficácia econômica, pela tempestividade, pela qualidade e quantidade, pela validade técnica, pela transparência e pela subsidiariedade⁶.

Em relação ao ordenamento jurídico Brasileiro, merece destaque especial a introdução do princípio da eficiência na Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº. 19/1998.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto argumenta que, após a explicitação desse princípio no texto da Carta Magna, há mais do que suficiente fundamento constitucional para se afirmar o dever do bom resultado na atividade administrativa pública⁷.

Dallari e Ferraz⁸ ponderam que a referida emenda, conhecida como “Emenda da Reforma Administrativa”, trouxe profundas modificações à Administração Pública Brasileira. O propósito dessa reforma era a substituição do antigo modelo burocrático, caracterizado pelo controle rigoroso dos procedimentos, pelo novo modelo gerencial, no qual são abrandados os controles de procedimentos e incrementados os controles de resultado.

Os mesmos autores afirmam, que não por acaso “aos princípios já previstos na redação original do art. 37, fora acrescentado o princípio da eficiência” e que “é preciso superar concepções burocráticas ou meramente formalistas, dando-se ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência”⁹.

Ainda em relação à Reforma Administrativa e seus reflexos, Dallari¹⁰ sintetiza que os novos tempos são marcados pela administração participativa, pelas decisões negociadas, pela conciliação de interesses, pelo respeito às peculiaridades de cada caso e pela razoabilidade na aplicação da lei.

2.2 A abertura à consensualidade

Considerando essas transformações no Direito Administrativo e o atual estágio da Administração Pública, com ênfase nos resultados, maior participação social e transparência, observa-se uma cobrança cada vez maior do Estado no sentido de melhoria

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª Edição, Ibid., p. 178

⁶ Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative: l'arte di amministrare. *Diritto processuale amministrativo*, Milano, v. 23, n. 1, 2005. p. 6

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª Edição, p. 192

⁸ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. Malheiros Editores, 2000, p. 77.

⁹ Op. Cit. p.78

¹⁰ DALLARI, Adilson Abreu, “Privatização, Eficiência e Responsabilidade”, in Moreira Neto Diogo de Figueiredo (coord.) *Uma Avaliação das tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*, p. 211.

de sua performance, seja na prestação de serviços públicos, seja na regulação das atividades econômicas.

A administração pública deve dispor de outros meios para a consecução das finalidades públicas além dos tradicionais atos unilaterais marcados predominantemente pela imperatividade. Os novos instrumentos de solução consensual de conflitos vêm justamente no sentido de trazer uma nova opção para os administradores, com o objetivo de superação de eventuais entraves burocráticos que resultam, dentre outros problemas, na falta de agilidade na resolução dos processos e na ineficácia das medidas aplicadas¹¹.

Assim, a administração imperativa passa a conviver com a consensual, sendo observada uma utilização cada vez maior de seus instrumentos.

A consensualidade administrativa se contrapõe ao tradicional modelo de intervenção estatal pautado na posição antagônica entre particulares e Poder Público. Esse modelo tradicional é o modo mais típico de a Administração Pública agir, em torno do qual se construíram as doutrinas de direito administrativo e que corresponde à atuação unilateral e imperativa, formalizada pelo ato administrativo¹².

Neste contexto, pode-se dizer que se presencia a evolução da decisão administrativa tradicional (ato administrativo) e também a do processo administrativo imperativo ou de parte dele para se adotarem processos abertos, dotados de procedimentos de contraditório ampliados ou, pelo menos, ampliáveis, e de negociação¹³.

2.2.1 Atuação administrativa imperativa

Na medida em a ação administrativa clássica é orientada pelo emprego de prerrogativas pela Administração Pública e que para analisar a utilização da consensualidade é imprescindível abordar a dicotomia imperatividade-consensualidade, torna-se relevante tecer algumas considerações sobre essas prerrogativas, em especial a imperatividade.

De acordo com Moreira Neto¹⁴, o Direito Administrativo “nasce no crepúsculo do absolutismo e sob o signo da imperatividade, daí perpassar-lhe um forte sentido de assimetria – substantiva e adjetiva – entre a Administração Pública, de um lado, e os indivíduos e os entes civis de sua criação, de outro”. Para o autor, é essa assimetria que justificou a criação de prerrogativas, que são os institutos que expressam

¹¹ CUNDA, Daniela ZagoGonçalves da; REIS, Fernando Simões dos. Termos de ajustamento de gestão: perspectivas para um controle externo consensual. Revista do Tribunal de Contas da União. N. 140, Setembro/Dezembro 2017, p. 95

¹² DE PALMA, JULIANA BONACORSI. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras in CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO; LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO (org.). Direito da Infraestrutura, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 85

¹³ SADDY, André; GRECO, Rodrigo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. Revista de Informação legislativa, 52, n. 206, 2015.

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. **Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum**, 2008, p. 571.

algum tipo de situação privilegiada dos órgãos da administração em certas relações jurídicas.

Duas características fundamentais às prerrogativas públicas são apresentadas pela doutrina de direito administrativo nacional: a “exorbitância” e a “instrumentalidade”.

Da exorbitância, denota-se a supremacia da Administração Pública, colocando a Administração em patamar de superioridade em relação aos administrados, exatamente porque conta aquela com a faculdade de impor unilateralmente a decisão administrativa aos administrados, possuindo meios práticos de imposição de suas decisões.¹⁵

A instrumentalidade das prerrogativas públicas remete à verificação da funcionalidade que as mesmas desempenham no direito administrativo – satisfação do interesse público, supremacia da vontade administrativa ou eficiência.

As prerrogativas públicas necessariamente se atrelam a um fim de ordem pública e as funcionalidades terminam por fundamentá-las. A instrumentalidade também comparece para legitimar a imperatividade dos atos administrativos e a previsão de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos¹⁶.

O principal efeito da prerrogativa imperativa consiste na imposição da decisão administrativa tomada pela Administração Pública ao administrado independente do consentimento do mesmo, implicando na unilateralidade dos provimentos administrativos¹⁷.

De acordo com Juliana Palma, prerrogativa imperativa guarda uma peculiaridade que a difere das demais prerrogativas, o atributo da generalidade. Sem se atrelar a qualquer materialidade específica, tal prerrogativa confere à Administração Pública instrumental coativa em prol da efetividade das decisões administrativas, inclusive como a prerrogativa sancionatória, incidindo amplamente em todas as atividades¹⁸.

Em decorrência do fundamento genérico da imperatividade na atuação administrativa, tem-se que tal atributo somente não se apresenta nos casos em que ele for expressamente afastado pela Administração. Assim, há o entendimento de que, *a priori*, os atos administrativos são imbuídos de imperatividade e os contratos administrativos caracterizam-se pela presença de cláusulas exorbitantes¹⁹.

¹⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. SBDP, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015, p. 55

¹⁶ *Ibid.*, p. 75

¹⁷ *Ibid.*, p. 58

¹⁸ *Ibid.*, p. 78

¹⁹ *Ibid.*, p. 79

2.2.2 A Regulação imperativa

No modelo de regulação imperativa, a autoridade pública competente modela a decisão regulatória unilateralmente e impõe aos particulares, que devem cumprir os termos dessa decisão, sob pena de serem sancionados. Para tanto, o Poder Público exerce poderes que lhe são conferidos pela lei formal, a exemplo do poder normativo e o poder sancionador²⁰.

Variados institutos jurídicos são colocados à disposição do Estado para proceder à intervenção no domínio econômico pela via da regulação, a exemplo dos atos normativos e das sanções administrativas. Consiste a sanção administrativa em efetivo instrumento regulatório, fundado no exercício do poder sancionador, com vistas a satisfazer as finalidades ínsitas ao setor regulado por meio da repressão a práticas infracionais. Trata-se de ato administrativo unilateral e imperativo, pois seu conteúdo impõe-se independentemente da aquiescência do sancionado, com quem termina por travar uma relação vertical de autoridade²¹.

A grande maioria das legislações setoriais das mais diversas atividades econômicas estabelece, como espécies punitivas, a advertência, a multa, a suspensão temporária, a caducidade e a declaração de inidoneidade. Atrelada a tais normas, tem-se a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e que determina, em seu art. 68, que as sanções a serem aplicadas por autoridade competente terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurando, sempre, o direito de defesa²².

De acordo com Juliana Palma, diferentes finalidades das sanções administrativas são apresentadas no plano teleológico, dentre as quais se destacam: i) repressão do infrator, ii) recomposição da legalidade, iii) prevenção de infrações, iv) revestimento de eficácia às políticas regulatórias pela afirmação do regulador perante os regulados e v) persuasão nos acordos consensuais²³.

A prerrogativa sancionatória abrange todo o ciclo regulatório sancionador, o qual compreende o regramento das infrações e sanções administrativas, a fiscalização dos serviços concedidos, permitidos ou autorizados e a aplicação e a execução de sanções administrativas²⁴.

²⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras in CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO; LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO (org.). *Direito da Infraestrutura*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 69

²¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, RDIT

²² SADDY, André; GRECO, Rodrigo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. *Revista de Informação legislativa*, 52, n. 206, 2015.

²³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, RDIT.

²⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na administração pública. SBDP, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015, p. 87.

2.3 Atuação administrativa consensual

Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta que os tipos de atuação consensual cobrem uma extensa gama, aberta pela legislação ao Estado-administrador, desde a forma de intervenções integrativas, fiscalizadoras ou corretivas à forma de pactos, como os contratos ou os acordos²⁵.

Juliana Palma²⁶, destacando que a expressão “consensualidade” é dúbia e que diversas são as manifestações jurídicas tidas como consensuais no Brasil, sintetiza essas manifestações da seguinte forma:

A consensualidade pode designar qualquer forma de participação dos particulares na Administração Pública, a exemplo das audiências e das consultas públicas. Também pode fazer referência a acordos de vontades firmados entre a Administração e administrados, sendo o contrato administrativo o exemplo mais evidente. Nos litígios envolvendo a Administração Pública, a consensualidade remete às transações judiciais e à arbitragem.

Ressalta, ainda, como uma leitura estritíssima da consensualidade a correspondente à concertação administrativa.

Neste trabalho, considerando a proposta de exame do instrumento do Termo de Ajustamento de Conduta e o controle externo, será examinada de modo mais aprofundado a vertente da consensualidade relacionada à concertação administrativa, compreendendo-se a consensualidade como uma técnica de gestão administrativa pela qual os acordos são firmados entre a Administração e o administrado, no curso de processo administrativo, mediante negociação do poder da autoridade estatal²⁷.

Considerando esse conceito restrito, é pertinente salientar a questão da negociação. De acordo com Juliana Palma, o objeto da negociação é a prerrogativa pública. A negociação da prerrogativa pública corresponde a um ponto sensível do direito administrativo, pois remete à indisponibilidade do interesse público ao determinar concessões recíprocas entre as partes (pública e privada). Para a autora, o carácter instrumental das prerrogativas públicas e a função primacial de legitimação da autoridade estatal viabiliza a negociação de potestades públicas.²⁸

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª Edição. p. 42

²⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras* in CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO; LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO (org.). *Direito da Infraestrutura*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 65-66.

²⁷ *Ibid.*, p. 66

²⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. SBDP, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015, p. 78

2.3.1 Pressupostos teóricos da consensualidade

A consensualidade, enquanto mecanismo de atuação administrativa, se estrutura a partir de três pressupostos: a eficiência, a participação administrativa e a governança pública²⁹.

Como princípio da Administração Pública, a eficiência determina que essa deve agir de modo ágil e preciso, para produzir resultados que atendam às necessidades da administração³⁰.

Palma³¹ menciona outra vertente do princípio da eficiência, relacionado à identificação do critério para a escolha do meio adequado para promoção das finalidades públicas e, assim, estabelecer a decisão eficiente, destacando dois possíveis critérios discutidos nos recentes estudos: o critério utilitarista, no qual há uma análise de custo/benefício, e o da proporcionalidade.

O segundo pressuposto diz respeito à participação. A celebração dos acordos se procede após negociação de prerrogativas públicas entre Administração e administrado, para compor o ato consensual. Logo, a participação é um dos pressupostos mais evidentes.

Em relação ao pressuposto da governança pública, Palma³² destaca que a especialização do direito administrativo, a orientação metodológica ao processo de tomada de decisão sobre o problema concreto e a atenção aos efeitos decorrentes do provimento final levam, segundo os teóricos da governança pública, à flexibilização do formalismo.

2.3.2 Tipos de acordos administrativos

Dois tipos de acordos administrativos resultam da aceção de concertação de consensualidade: os acordos integrativos e os acordos substitutivos.

Os acordos integrativos definem parte do conteúdo da decisão administrativa sem o substituir. Seu principal objetivo constitui-se em moldar o ato administrativo final, incidindo diretamente sobre a discricionariedade³³.

Por sua vez, os acordos substitutivos correspondem aos acordos celebrados entre a Administração Pública e particulares cujo cumprimento das obrigações pactuadas resulta na terminação consensual do processo administrativo. Tais acordos, nesse sentido,

²⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. SBDP, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015, p. 119

³⁰ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. – 2 e. ver., atual e ampl. – São Paulo: Ed. RT-Revista dos Tribunais, 2003. p. 242.

³¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. SBDP, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015, p. 122

³² *Ibid.*, p. 108

³³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras in CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO; LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO (org.). *Direito da Infraestrutura*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 66

recebem o qualificador ‘substitutivos’ exatamente porque sua principal função compreende-se em substituir um ato ou processo por um acordo³⁴.

Outra definição da literatura para acordos substitutivos na esfera administrativa é que esses são os atos bilaterais, celebrados entre a Administração e particulares, com efeito impeditivo ou extintivo do processo administrativo sancionador e excludente da aplicação ou execução de sanção administrativa³⁵.

Conforme essa última definição depreende-se que os acordos substitutivos são alternativas consensuais a atos administrativos sancionadores.

De forma resumida, Juliana Palma³⁶ argumenta que tais acordos podem adquirir ao menos três funcionalidades: (i) impedir a instauração do processo administrativo; (ii) terminar o processo administrativo sobre o qual se projeta ou (iii) substituir a decisão administrativa final.

³⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras in CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO; LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO (org.). *Direito da Infraestrutura*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 66

³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia–RDPE, Belo Horizonte**, ano, v. 9, p. 133-151

³⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras in CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO; LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO (org.). *Direito da Infraestrutura*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 66

3. ACORDOS SUBSTITUTIVOS EM PROCESSOS SANCIONATÓRIOS DE REGULAÇÃO

No campo da regulação, algumas técnicas de consensualização administrativa têm sido utilizadas, com maior destaque para o acordo substitutivo.

Sundfeld e Câmara³⁷ mencionam que, no Direito contemporâneo, com o aumento da complexidade regulatória, cada vez mais ampliam os meios postos à disposição dos reguladores para conduzir os comportamentos dos regulados na direção do interesse público. Destaca, assim, que:

Castigar é só um desses meios — aliás, um velho meio. Mas a punição não é um fim em si mesmo: é simples instrumento da regulação, para obter os fins são atingíveis de modo mais rápido, mais barato, mais certo e mesmo de mais justos — com a utilização de meios alternativos (...). Os acordos substitutivos são um instrumento para a adoção desses meios alternativos.

Marrara³⁸, ao examinar a consensualização na regulação, ressalta inicialmente que “a efetividade da regulação depende do ajustamento das condutas dos regulados. Não se presta a concretizar interesses públicos primários a atividade estatal simbólica, incapaz de modificar a realidade ou de fazer os agentes econômicos agirem do modo a maximizar o bem-estar e otimizarem a prestação de serviços públicos, a exploração de bens ou o desempenho da atividade econômica em dado setor regulado”.

Para autor, de modo a evitar a regulação simbólica e viabilizar a regulação real, mais que definir as competências das entidades reguladoras, o legislador necessita estimular, prever ou permitir a adoção de mecanismos aptos a imprimir legitimidade e efetividade às suas tarefas e às políticas públicas que elas instrumentalizam, situação para a qual as técnicas de consensualização são indicadas³⁹.

De acordo com Juliana Palma, os setores regulados, paulatinamente, estão passando a dispor de instrumentos consensuais como alternativa à típica resolução de casos envolvendo a responsabilização administrativa. A partir da avaliação positiva das experiências com os acordos substitutivos e visando a contornar determinados problemas inerentes ao sistema sancionatório, as agências reguladoras internalizaram a consensualidade administrativa por meio da disciplina dos acordos substitutivos⁴⁰.

³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia—RDPE, Belo Horizonte**, ano, v. 9, p. 133-151

³⁸ MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 1, p. 274

³⁹ *Ibid.*, p. 274

⁴⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras in CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO; LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO (org.). *Direito da Infraestrutura*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 113

A autora⁴¹ destaca que, a despeito da diversidade de designações (a exemplo de “regulação responsiva”, técnica de “governança pública”, “experimentalismo”), as diferentes leituras desse emergente modelo regulatório partem das mesmas preocupações e se projetam sobre semelhantes focos de análise. Em comum, a visão de uma administração pública experimental, permeável e orientada para resultados, estrutura a regulação consensual de modo que o papel do Direito Administrativo não mais se resume a atribuir poderes ou a conferir direitos, e sim estabelecer incentivos de colaboração público-privada.

Neste trabalho, será examinado o Termo de Ajustamento de Conduta, que é um dos tipos de acordo substitutivo, como será detalhado nos itens seguintes.

Antes de especificar esse instituto, contudo, é importante esclarecer que a administração consensual e a administração unilateral são modelos que convivem. Segundo Marrara⁴², “Mecanismos consensuais se acoplam a estratégias unilaterais e, de outro lado, medidas estatais coercitivas podem servir de incitação ao diálogo e ao acordo”. O autor enfatiza que interrelação entre mecanismos tradicionais de gestão pública baseados na autoridade e na unilateralidade e mecanismos pró-consensuais, menos verticalizados, variam conforme o contexto, os interesses dos regulados e o tipo de estratégia de conciliação e diálogo que a Administração utilizará.

No mesmo sentido, Juliana Palma⁴³ esclarece que não obstante os acordos substitutivos, na qualidade de espécie de regulação consensual, passarem a ser mecanismos preferenciais nos setores regulados, não significa o esvaziamento da regulação imperativa. Trata-se de técnicas complementares, antes que excludentes.

3.1 Base normativa para acordos substitutivos

No Direito brasileiro, existem autorizações legal para algumas espécies do gênero acordo substitutivo, a exemplo do Termo de Ajustamento de Conduta da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1885), do Termo de Cessação da Lei da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) e do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta do setor de saúde suplementar (Lei nº 9.961/2000).

No caso específico das agências reguladoras, em algumas leis gerais de criação da agência, como no exemplo acima da Agência Nacional de Saúde, ou em regulamentos internos de cada agência há a previsão para a utilização de tal acordo.

⁴¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras in CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO; LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO (org.). Direito da Infraestrutura, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 70

⁴² MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 1, p. 274

⁴³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras in CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO; LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO (org.). Direito da Infraestrutura, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 69. p. 66

De acordo com Sundfeld e Câmara⁴⁴, os regulamentos editados por agências setoriais “podem instituir hipóteses específicas de acordos substitutivos, com base no mesmo poder normativo em que se baseiam para editar os regulamentos responsáveis pela constituição de deveres e proibições específicos, e, portanto, pela definição das infrações e sanções correspondentes”.

Os mesmo autores⁴⁵ esclarecem que “se um dever é constituído diretamente por lei, que também estabelece todos os seus condicionantes, apenas uma lei pode autorizar sua modulação. Mas se sua constituição, ou seus condicionantes, derivam de regulamento administrativo, também nesse plano normativo se pode modular o dever”.

Além dos regulamentos internos, as agências podem contar com a ampla permissão legal disposta no art. 5º, IV, da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), que autoriza a celebração desses ajustes por autarquias.

É pertinente ressaltar que, recentemente, foi sancionada a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Entre os dispositivos incluídos no mencionado Decreto-Lei, está o art. 26, que expressamente autoriza o administrador público a promover negociações com particulares, por meio de acordos ou compromissos, com o objetivo de pôr fim a irregularidade, incerteza jurídica e situações contenciosas.

Assim, o sistema jurídico brasileiro passou a contar com dois permissivos genéricos: o art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública, e o art. 26 da LINDB, que permitem a celebração de acordos consensuais entre órgãos ou entes da administração pública e particulares.

Para Guerra e Palma⁴⁶, a Lei nº 13.655/2018 representa um novo marco à consensualidade administrativa e consagra a dinâmica de atuação consensual ao estabelecer permissivo genérico para que toda a Administração Pública celebre compromissos, independente de lei ou regulamento específico. Para os autores, tal lei confere, ainda, “importantes diretrizes para uma prática consensual com negociação mais pública e paritária, visando ao efetivo atendimento de interesses gerais. Assim, trabalha para o desenvolvimento da consensualidade administrativa”.

Existem, portanto, os seguintes fundamentos normativos para a celebração de acordos substitutivos: i) dois de caráter legal, a Lei de Ação Civil Pública e o art. 26 da Lei nº 13.655/2018; ii) outro, de caráter setorial, nos casos em que a própria lei autoriza de modo expresse; e iii) os normativos internos editados pelo reguladores setoriais, que autorizam a negociação caso a caso para superar as infrações definidas no plano infralegal.

⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia–RDPE, Belo Horizonte**, ano, v. 9, p. 136

⁴⁵ *Ibid.*, p. 133

⁴⁶ GUERRA, Sérgio; DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB-Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, p. 135-169, 2018

Atualmente, a maior parte das agências reguladoras federais dispõe de regulamentos internos que disciplinam a celebração de acordos no processo sancionador, conforme demonstrado na tabela abaixo:

Tabela 1: Normativos referentes à celebração de TAC nas agências reguladoras federais

Agência	Normativo	Acordo substitutivo	Finalidade
Anac	Resolução n. 199/2011	Termo de Ajuste de Conduta – TAC	TAC como instrumento de fiscalização
ANS	Resolução Normativa n. 372/2015	Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta – TAC	Cessar a prática de atividades ou atos objetos de apuração, corrigindo as irregularidades e indenizando os prejuízos delas decorrentes
Antaq	Resolução n. 3259/2014	Termo de Ajuste de Conduta – TAC	TAC com a finalidade de regularizar as infrações verificadas
Anatel	Resolução n. 629/2013	Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta – TAC	Adequar a conduta da Compromissária às disposições legais
Ancine	Resolução n. 118/2015	Termo de Ajuste de Conduta – TAC	Adequação de suas condutas à legislação pertinente e aos objetivos estabelecidos no art. 6º da Medida Provisória nº. 2228-1/01
ANTT	Resolução n. 5823/2018	Termo de Ajuste de Conduta – TAC	Para correção ou compensação de descumprimentos de obrigações contratuais, legais ou regulamentares ⁴⁷

3.2 O Termo de Ajustamento de Conduta

Como demonstrado na tabela 1, o Termo de Ajustamento de Conduta é o instrumento consensual utilizado na maioria das agências reguladoras federais.

O TAC, de acordo Saddy e Greco⁴⁸, é um instrumento consensual substitutivo ou suspensivo de composição de conflitos entre a Administração e, nos casos de procedimento administrativo sancionador, os infratores, com o fim de almejar interesses públicos específicos. Os autores destacam as seguintes características desse acordo: “(I) a consensualidade, inerente de qualquer acordo; (II) a alternatividade, necessária à substituição ou suspensão; e (III) a finalidade pública, decorrente do interesse público específico”.

⁴⁷ O TAC no âmbito da ANTT não substitui ou suspende todos os processos administrativos sancionatórios, não sendo considerado como acordo substitutivo para todos os casos. De acordo com o art. 10 da Resolução n. 5823/2018, “a celebração do TAC não suspenderá o curso dos processos administrativos sancionatórios que tenham por objeto a aplicação de multas por descumprimento, salvo na hipótese do art. 1º, §3º, hipótese em que os objetos dos respectivos processos serão incorporados ao compromisso”. O art. 1º, §3º, se refere aos casos “que os descumprimentos de obrigações contratuais ou regulamentares pelo Agente Regulado já tenham sido corrigidos ou tenham exauridos seus efeitos”. Nesses casos, o TAC terá por objetivo compensar os efeitos do descumprimento, por meio da execução de obrigações não previstas originalmente no instrumento de outorga, neste último caso há a substituição da possível multa.

⁴⁸ SADDY, André; GRECO, Rodrigo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. Revista de Informação legislativa, 52, n. 206, 2015

Marrara⁴⁹ menciona que o ordenamento jurídico brasileiro não contém uma fórmula de definição conceitual, nem uma terminologia padrão a respeito do compromisso de cessação de prática, destacando que na Lei da Ação Civil Pública, fala-se de compromisso de ajustamento de conduta, na Lei de Defesa da Concorrência, trata-se do termo de compromisso de cessação de prática e na Lei das Infrações Ambientais e na Lei da CVM, menciona-se apenas a expressão “termo de compromisso”.

A despeito dessa variação terminológica, o supracitado autor⁵⁰ destaca que todos esses acordos se definem por um conjunto de obrigações que, de um lado, impõem a cessação de um comportamento em curso ou a alteração desse comportamento no intuito de fazer cessar seus efeitos negativos e, de outro, como contrapartida à cessação ou à modificação de conduta, exigem do Estado a suspensão imediata de procedimento de apuração ou de processo administrativo sancionador e seu arquivamento definitivo assim que cumpridas as obrigações principais pelo administrado.

No caso das agências reguladoras, tais instrumentos são denominados de Termo de Ajustamento de Conduta ou Termo de Compromisso de ajustamento de Conduta (vide tabela 1).

3.2.1 Dinâmica dos acordos substitutivos (celebração do TAC)

Como explicam Saddy e Greco⁵¹, iniciado o procedimento administrativo sancionador e garantidos o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, há duas possibilidades: caso se verifique que as infrações são verídicas, poder-se-á impor a sanção, motivada e proporcional à gravidade da falta, compelindo o infrator à prática de atos corretivos ou dissuadindo-o de persistir no cometimento da infração administrativa; ou, então, pode-se deixar de aplicar a sanção, pela celebração de acordos substitutivos/suspensivos, por meio de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), segundo o que melhor atenda ao interesse público.

A convergência de interesses, dessa forma, é fundamental para o sucesso de qualquer tentativa de assinatura dos TACs. Consequência prática de tal característica é a forma de instauração do procedimento administrativo, que poderá ocorrer de ofício ou por solicitação/requerimento do agente regulado. Como ato administrativo bilateral que é, não existe obrigação de adesão para o infrator nem para a Administração, podendo qualquer um destes, se não existir incentivo para sua celebração, preferir a via litigiosa.

Marrara⁵² destaca que esses ajustes especiais passam por basicamente três fases distintas:

A primeira é a fase interna ou pré-acordo, na qual se apresenta a proposta e se desenvolvem as negociações das cláusulas de modificação ou cessação da conduta do agente sujeito à investigação ou sob acusação. A segunda abarca a celebração do compromisso e sua execução. A terceira fase consiste na avaliação do acordo, que

⁴⁹ MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 1, p. 278

⁵⁰ *Ibid.*, p. 278

⁵¹ SADDY, André; GRECO, Rodrigo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. **Revista de Informação legislativa**, 52, n. 206, 2015

⁵² MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 1, p. 274

pode culminar no reconhecimento de seu cumprimento, caso em que o processo administrativo será arquivado, ou de descumprimento, caso em que o processo administrativo voltará a correr, sem prejuízo da aplicação de outras sanções pactuadas, geralmente de cunho pecuniário.

Em relação à fase de negociação, Palma⁵³ destaca que a dinâmica consensual pode ser analisada sob ao menos duas perspectivas que são determinantes nessa fase: os potenciais efeitos processuais e as externalidades estimadas pela celebração do acordo substitutivo.

Segundo a autora, o efeito imediato da celebração de acordos substitutivos consiste na suspensão do processo administrativo, o que significa que a prescrição do processo se interrompe e nenhum ato processual se desenvolve enquanto vigente o acordo substitutivo. Se o acordo for revogado, invalidado ou distratado, tal suspensão é automaticamente afastada, retomando a apuração da conduta do regulado⁵⁴.

Conforme destacado por Sundfeld e Câmara⁵⁵, o processo não se extingue com a simples celebração do TAC porque sua finalidade não está, ainda, exaurida, faltando obter materialmente a conduta desejada do particular.

O cumprimento do acordo substitutivo, no entanto, gera a extinção do processo administrativo sancionador⁵⁶.

Além desses efeitos processuais, a consensualidade em matéria sancionatória pressupõe um “ajustamento de conduta” do compromissário, que consente em satisfazer uma prestação positiva (obrigação de fazer) ou deixar de adotar uma determinada prática (obrigação de não fazer), decorrendo consequências concretas para o setor regulado como um todo⁵⁷.

Em alguns casos de acordos substitutivos no âmbito das agências reguladoras são definidos investimentos em infraestrutura a serem feitos pelas concessionárias ao invés do pagamento das multas.

Palma⁵⁸ ressalta que os acordos substitutivos têm estreita relação com o caso concreto e que são os particulares da situação fática que modelam os acordos, de modo que as obrigações pactuadas devem necessariamente refletir as especificidades da situação que se projetam. E complementa, enfatizando que essa é a uma substancial diferença entre a sanção administrativa e os acordos substitutivos:

(...) enquanto a sanção consiste em uma resposta uniforme a todos e qualquer caso de infração administrativa, os acordos substitutivos são voltados à solução dos casos

⁵³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras in CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO; LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO (org.). Direito da Infraestrutura, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 90-91.

⁵⁴ Ibid., p. 92.

⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. O devido processo administrativo na execução do termo de ajustamento de conduta. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 115-120, abr./jun. 2008

⁵⁶ DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras in CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO; LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO (org.). Direito da Infraestrutura, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92.

⁵⁷ Ibid., p. 97.

⁵⁸ Ibid., p. 98.

concreto e requerem significativas margens de discricionariedade para viabilizar soluções criativas que melhor atendam às circunstâncias do caso concreto.

Sundfeld e Câmara⁵⁹ destacam que o investimento a ser assumido deve superar o que ordinariamente a prestadora já suportaria em virtude de suas obrigações regulares, tendo o caráter de contrapartida nova, em troca da vantagem que tem pela extinção do processo objeto do acordo substitutivo.

3.2.2 Motivação

Conforme disposto no art. 50 da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/1999), a indicação dos fundamentos de fato e de direito são indispensáveis nas decisões que impactem direitos ou interesses dos administrados (inc. I) ou que imponham deveres ou encargos (inc. II).

Os acordos substitutivos em geral se enquadram nos dois incisos acima citados, devendo ser motivados.

Sundfeld e Câmara⁶⁰, ao afirmarem que a celebração de um acordo substitutivo deve ser motivada, destacam que deve ser indicado o benefício auferido com o compromisso e sua correspondência com o valor das sanções que poderiam ser aplicadas em razão do suposto descumprimento da legislação. Para os autores, será a motivação – expressa no próprio acordo substitutivo ou nos atos e manifestações que lhe sirvam de fundamento – o instrumento de controle e de legitimação do acordo.

Palma⁶¹ ressalta que formalmente, o dever de motivar significa apresentar a correlação entre os fatos que ensejaram a celebração do acordo e o correspondente permissivo normativo. Esclarece, contudo, que a funcionalidade do instrumento consensual determina, porém, uma motivação mais complexa, que vai além da mera enunciação dos fatos e do direito, devendo dispor sobre os objetivos almejados.

Nesse contexto, além de evitar acordos descolados das finalidades públicas, a motivação nestes termos tem finalidade operacional, serve de parâmetros de interpretação de suas cláusulas e de reajustes das obrigações ao longo da execução do pacto.

3.2.3 Ônus e vantagens

De modo geral, os autores dão mais destaque às virtudes do consenso e, conseqüentemente, dos acordos substitutivos.

De acordo com Sundfeld e Câmara⁶², o aspecto a ser considerado para a realização do acordo substitutivo é a vantagem para o interesse público, em se interromper a discussão (administrativa ou judicial) que pode se estender durante anos, e ter fim indesejado, por uma providência consentida, benéfica ao interesse público.

⁵⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia–RDPE, Belo Horizonte**, ano, v. 9, p. 136

⁶⁰ *Ibid.*, p. 136

⁶¹ DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras in CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO; LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO (org.). *Direito da Infraestrutura*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 109

⁶² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia–RDPE, Belo Horizonte**, ano, v. 9, p. 136

Para os autores é necessário analisar individualmente a fase do processo administrativo em que a discussão se encontra e o tipo de debate do qual as partes divergem, destacando que a expectativa de multa pode ser revista por diversos níveis deliberativos no cerne da própria atuação da agência ou mesmo sujeita a discussão judicial. Além de muito tempo, todo esse trâmite expõe a decisão a uma considerável possibilidade de reforma.

Uma vez que a decisão consensual também congrega os interesses dos administrados, Palma⁶³ destaca que os instrumentos consensuais seriam eminentemente legítimos e seu cumprimento mais certo, ante a menor resistência à solução paritariamente delineada. Nesse sentido, o consenso propiciaria eficácia às decisões regulatórias ao adequar as obrigações do termo às características e finalidades do setor, sem desconsiderar as particularidades do caso concreto. Também seriam menos onerosos a serem tomados e executados, principalmente em razão da economia de tempo.

Em termos processuais, comparado com o processo administrativo sancionador, a autora⁶⁴ destaca que a consensualidade apresenta uma série de vantagens: a) economia de tempo e de recursos; b) imediata resposta à sociedade c) redução de litigiosidades (as decisões unilaterais e imperativas são geralmente acompanhadas de forte resistência de seus destinatários, que promovem a litigiosidade administrativa ou judicial); d) redução do estoque processual; e e) afastamento dos efeitos da aplicação da sanção.

Especificamente quanto ao uso do acordo substitutivo no âmbito da regulação, é pertinente destacar a vantagem elencada por Palma referente à imediata resposta à sociedade.

Um dos problemas práticos e, conhecido motivador da celebração de acordos substitutivos, é a falta de efetividade na cobrança de multas pelas Agências Reguladoras. Conforme constatado em fiscalização realizada pelo TCU, os percentuais de arrecadação de multas administrativas aplicadas por agências reguladoras no período de 2011-2013 são inferiores a 10%, com exceção à Anac (17,07%) e Anvisa (21,09%)⁶⁵.

Palma⁶⁶ ressalta que “fato é que as Agências Reguladoras brasileiras não conseguem apresentar resposta regulatória ao mercado pela via sancionatória, pois ora os valores das multas não são recolhidos, ora as decisões sancionatórias tendem a ser invalidadas pelo Judiciário”. Nesse contexto, explica que exatamente porque a celebração de acordos freia a litigiosidade e a questão se resolve na esfera administrativa, a Agência responde imediatamente à sociedade.

⁶³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações, RDIT

⁶⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras in CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO; LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO (org.). Direito da Infraestrutura, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 94-96.

⁶⁵ Vide tabela 3 do relatório constante do Acórdão 1215/2015-TCU-Plenário.

⁶⁶ Ibid., p. 95

Já em relação a outras externalidades, destaca-se que os acordos de investimentos substitutivos da ação punitiva, tendem a promover o incrementalismo no setor regulado, na medida em que se dirigem à solução do problema concreto⁶⁷.

Para esse ponto, a autora⁶⁸ argumenta que os recursos deixam de ser alocados ao pagamento de multas, citando exemplos concretos como os casos em que houve a realização de obras de melhorias de rodovias ou aprimoramento da rede de distribuição de energia a localidades em que as metas de atendimento não foram satisfeitas. Situações, que segundo ela, evitaram a inviabilização do empreendimento.

Nesse contexto, a cominação da obrigação de investir em infraestrutura pode ser mais eficiente que a continuidade do processo sancionador o qual substitui.

Como possíveis ônus, podem ser destacados alguns riscos aderentes ao instrumento.

Aragão⁶⁹ adverte que não é desconhecido que as diretrizes propugnadas de instrumentalidade e consensualidade do Direito Administrativo Econômico “geram alguns riscos para a sociedade, principalmente em países que, como o nosso, têm um triste histórico de cooptação dos poderes estatais pelo poder econômico”.

Para o autor, a “a afirmada flexibilidade e a instrumentalidade do Direito Administrativo Econômico não podem significar a pura e simples liberalidade em favor do concessionário sem os consequentes benefícios para o Estado e para o serviço público delegado”⁷⁰.

De acordo com Palma⁷¹, o real fundamento de resistência à consensualidade está na presunção de corrupção no exercício da discricionariedade administrativa. Para a autora, na ponta, o problema da captura é o grande receio mascarado pela supremacia/indisponibilidade do interesse público, pois a celebração de acordos pressupõe ampla margem de discricionariedade.

Outro ponto pouco abordado pela doutrina e academia é a questão de que os acordos substitutivos geram para a agência o dever de acompanhar a execução do TAC, atividade que também demanda tempo e recursos da entidade, e que deve ser sopesada no momento da elaboração dos acordos.

⁶⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras in CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO; LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO (org.). Direito da Infraestrutura, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 97

⁶⁸ Ibid., p. 68

⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, v. 42, n. 167, 2005. p. 297

⁷⁰ Ibid., p. 298

⁷¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras in CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO; LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO (org.). Direito da Infraestrutura, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 105

4. O CONTROLE EXTERNO E OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS

Como explicitado nos itens anteriores, a consensualidade administrativa figura entre os temas de destaque do Direito Administrativo contemporâneo.

A evolução do Direito Administrativo observada nas últimas décadas tem possibilitado a utilização cada vez maior de acordos substitutivos pela Administração Pública e o controle externo deve se adequar a essa nova realidade, nos moldes de suas competências.

O controle externo abordado nesse trabalho se refere, de maneira restritiva, ao controle promovido por cortes de contas (entidades fiscalizadoras), em especial ao controle exercido pelo Tribunal de Contas da União, Entidade de Fiscalização Superior brasileira, em relação às Agências Reguladoras federais. Não será abordado o controle social ou outras formas de controle externo referentes às agências, como o realizado pelo Poder Judiciário.

Antes, porém de examinar a atuação desse controle em relação aos acordos substitutivos celebrados por Agências Reguladoras, cabe uma breve contextualização do controle externo em relação às atividades dessas entidades de um modo geral.

4.1 A atuação do controle externo no caso de desestatizações e concessões

No Brasil, alterações normativas, inclusive em nível constitucional⁷², viabilizaram a combinação de privatizações, concessões à iniciativa privada e abertura de mercados ao capital privado. Cunha destaca que “concomitantemente, promoveu-se a institucionalização efetiva do novo papel regulador estatal, por intermédio da criação de agências reguladoras de caráter independente”⁷³.

Ao reduzir a sua participação no provimento direto dos serviços públicos, a atuação do Estado passou a estar mais voltada para a transferência do direito de exploração de serviços públicos para a iniciativa privada por meio de privatizações ou novas outorgas de concessões, permissões e autorizações. Na esteira dessas iniciativas, fica o poder público incumbido de atuar regulamentando e fiscalizando os prestadores de serviço⁷⁴.

Várias agências reguladoras federais foram criadas no Brasil no período entre a segunda metade da década de 1990 e meados dos anos 2000, entre elas, as primeiras agências, Agência Nacional de Energia Elétrica-Aneel (1996), Agência Nacional de Telecomunicações-Anatel (1996), Agência Nacional de Petróleo-ANP (1997), bem como algumas mais recentes como a Agência Nacional de Transporte Terrestre-ANTT (2001) e Agência Nacional de Transporte Aquaviário-Antaq (2001) e Agência Nacional de Aviação Civil-Anac (2005).

Conforme as leis de criação de cada Agência Reguladora, verifica-se que as mesmas são vinculadas aos respectivos ministérios setoriais.

⁷² Emendas Constitucionais n.º 8, de 15/08/1995 e n.º 9, de 10/11/1995

⁷³ CUNHA, Bruno Queiroz. Os Regulocratas: características corporativas e implicações sistêmicas do funcionamento da burocracia das agências reguladoras no Brasil. Texto para Discussão. IPEA, 2017. p. 10

⁷⁴ GOMES, Marcelo Barros. A experiência recente e a agenda futura do Tribunal de Contas da União na análise e avaliação do desempenho de entes reguladores no Brasil. 2005

É importante salientar que, como mencionado por Bermeguy⁷⁵, esses entes públicos nasceram incumbidos de um grande desafio: regular a oferta de serviços providos por empreendedores públicos e privados, de sorte a garantir uma prestação adequada do ponto de vista da qualidade, da continuidade e dos preços, mas sem perder de vista a perspectiva de garantir uma rentabilidade capaz de atrair investidores privados para os setores regulados, e ainda que esses setores constituíssem, tanto quanto possível, ambientes com reduzidos oportunismos e incertezas.

4.1.1 Justificativas para o controle das agências reguladoras

Justen Filho⁷⁶ alerta que a “a concentração de poderes discricionários em estruturas organizadas com critérios de autonomia tem de ser acompanhada do desenvolvimento de instrumentos político-jurídicos de controle e limitação” e afirma que as agências reguladoras estão sujeitas a diversas instâncias de controle, inclusive ao controle social e ao controle externo.

Bermeguy⁷⁷ destaca alguns aspectos úteis para evidenciar a necessidade de controle sobre as agências reguladoras, tendo em vista as seguintes características próprias a uma relação clientelista e passível de captura dos reguladores por parte dos agentes econômicos:

- o hermetismo das informações necessárias ao acompanhamento, por parte dos usuários, dos instrumentos de regulação econômica, principalmente reajustes e revisões tarifárias e a dependência de informações detidas em caráter exclusivo pelos provedores privados de serviços públicos;
- os usuários de serviços são da ordem de milhões, heterogêneos e dispersos. Os provedores (muitos dos quais monopolistas) são poucos, bem formados e organizados;
- os mecanismos institucionais de controle social ainda são pouco disseminados e os usuários não dispõem de assessoria profissional para fazer frente aos interesses dos grupos mais organizados;
- muitos serviços públicos prestados baseiam-se em onerosas redes de infraestrutura, fato que representa grande barreira à entrada de novos competidores (monopólios naturais);
- as agências não dispõem de robustez operacional para dar conta da grande quantidade de desdobramentos contratuais e normativos da relação entre poder concedente e agentes delegados;
- as estruturas governamentais da administração direta não estão preparadas para aferir o desempenho e a aderência das ações das agências reguladoras às políticas e diretrizes formuladas pelo governo.

Vieira⁷⁸ apresenta outros argumentos, além da assimetria de informações e o medo de captura das agências por grupos de interesse, que corroboram com a necessidade do controle externo, entre eles “a indefinição acerca de certos arranjos regulatórios, o fato

⁷⁵ BEMERGUY, Marcelo. O Papel do Controle Externo na Regulação de Serviços de Infra-estrutura no Brasil. **BRASIL. In: Tribunal de Contas da União. Regulação de serviços públicos e controle externo. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização**, 2008, p. 81

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

⁷⁷ BEMERGUY, Marcelo. O Papel do Controle Externo na Regulação de Serviços de Infra-estrutura no Brasil. **BRASIL.**, 2008, p. 94

⁷⁸ VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O controle do Tribunal de Contas da União sobre os atos discricionários das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais. **In: Tribunal de Contas da União. Regulação de serviços públicos e controle externo. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização**, 2008, p. 107.

de não estar claro o relacionamento de algumas agências com seus órgãos supervisores e com a área econômica”.

Os extensos poderes outorgados pelo legislador ordinário às agências reguladoras, bem como os riscos acima descritos, ressaltam a necessidade de controle, em sentido amplo.

Nesse contexto, Bermeguy⁷⁹ destaca que cada modalidade de controle tem motivações, instrumentos e sistemas próprios. Para o autor, o objeto do Controle Externo, nesse caso, “é a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório e não o jogo regulatório em si”.

4.1.2 Competência constitucional e legal

A competência do TCU, enquanto órgão auxiliar do Congresso Nacional, para fiscalizar as atividades das agências reguladoras está prevista nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal de 1988 (CF/1988).

Conforme disposto nos mencionados artigos, cabe ao TCU, efetuar, por iniciativa própria ou em razão de demanda parlamentar, fiscalizações de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e em todas as entidades da administração direta e indireta, tendo como foco a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos emanados.

A realização de auditorias de natureza operacional foi uma inovação constitucional que possibilitou ao TCU analisar não só os atos da Administração Pública sob o aspecto da legalidade, mas também seu desempenho, sob os aspectos da eficiência, eficácia e economicidade. No mesmo sentido, por meio da Emenda n. 19/1998, como anteriormente abordado neste trabalho, foi inserido na Constituição Federal o princípio da eficiência, que implicou significativa alteração no foco do controle externo⁸⁰.

Assim, considerando que as agências reguladoras foram criadas por lei com a natureza jurídica de autarquias especiais para exercerem a função reguladora do Estado, estando vinculadas aos respectivos ministérios setoriais, não há dúvidas que estão sujeitas à fiscalização pelo TCU, de modo que suas atuações devem ser avaliadas sob as premissas da legalidade, eficiência, eficácia e economicidade.

Além do suporte constitucional, a Lei Orgânica do TCU (Lei n. 8.443/1992) preceitua (art. 1º, 1º) que, no julgamento de contas e fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas dele decorrente. E, em seu art. 3º, estabelece o poder regulamentar ao Tribunal, para que possa expedir atos e instruções normativas sobre matérias de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhes devem ser submetidos.

A fiscalização dos processos de delegações de serviços públicos foi regulamentada por meio de normativos internos do TCU, inicialmente pelas Instruções

⁷⁹ BEMERGUY, Marcelo. O Papel do Controle Externo na Regulação de Serviços de Infra-estrutura no Brasil. **BRASIL. In: Tribunal de Contas da União. Regulação de serviços públicos e controle externo. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 95**

⁸⁰ GOMES, Marcelo Barros; COUTINHO, Maria do Amparo; WANDERLEY, Maurício de Albuquerque. Dez anos de controle externo da regulação de serviços públicos. **BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regulação de serviços públicos e controle externo. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 12**

Normativas 027/1998 e 46/2008, e, atualmente, pela IN 81/2018, que iniciou sua vigência a partir de 1/01/2019.

Outro normativo que corrobora o entendimento de competência do TCU em relação à fiscalização das desestatizações é a Resolução 1/2016 do Programa de Parcerias e Investimentos (PPI), a qual em seu art. 16 estabelece que:

Art. 16. Os EVTEA e a documentação jurídica relacionada ao empreendimento também deverão ser submetidos ao Tribunal de Contas da União.

§1º O agente público referido no art. 4º deverá promover, sempre que necessário, reuniões técnicas com o Tribunal de Contas da União a fim de possibilitar a análise célere dos documentos, de esclarecer eventuais dúvidas e, quando for o caso, de providenciar correções nos documentos apresentados.

§2º O edital de licitação do empreendimento poderá ser lançado após o encaminhamento dos documentos ao Tribunal de Contas da União pelo órgão ou pela entidade competente, observados os prazos normativamente fixados.

4.1.3 Forma de atuação do Controle externo e mecanismos de controle

De acordo com Gomes, o controle externo das agências reguladoras tem como objetivo “identificar falhas e oportunidades de melhoria de procedimentos, no sentido de evitar que tais entidades afastem-se dos limites impostos pela lei ou de que adotem decisões não condizentes com sua finalidade legal ou resultantes da sua captura por interesses dos entes regulados”⁸¹.

O TCU acompanhou todo o ciclo de reforma regulatória do Estado. Inicialmente sua atuação ocorreu, principalmente, por meio de pareceres sobre os procedimentos adotados nos processos de privatização. Nesse contexto, o Tribunal emitiu normativos que obrigavam os gestores dos processos de desestatizações a encaminharem ao TCU documentos que permitissem a fiscalização concomitante desses processos.

No caso do exame dos processos de desestatização que envolviam, além da alienação dos ativos, a outorga concomitante da concessão de algum serviço público (ex: ferrovias) evidenciou-se a necessidade de o Tribunal acompanhar a execução dos contratos decorrentes desses processos, considerando a atuação finalística das agências reguladoras⁸².

Como explica Martins⁸³, o controle externo sobre o processo regulatório pode ser vislumbrado em três momentos: outorga; execução contratual; e desempenho do regulador. No momento da outorga, o controle é prévio, concomitante e preventivo e tem como foco, principalmente, os estudos econômico-financeiros, o fluxo de caixa e o edital. Quando da execução contratual, a fiscalização é *a posteriori* e busca averiguar, entre outros aspectos, a consistência dos reajustes e revisões tarifárias e a qualidade e a cobertura do serviço público prestado.

⁸¹ GOMES, Marcelo Barros; COUTINHO, Maria do Amparo; WANDERLEY, Maurício de Albuquerque. Dez anos de controle externo da regulação de serviços públicos. **BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regulação de serviços públicos e controle externo. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização**, 2008. p. 12

⁸² *Ibid.*, p. 12

⁸³ MARTINS, Francisco Giusepe Donato. O controle externo de outorgas de concessão de rodovias federais no Brasil. 2009.

Em relação ao desempenho do regulador, o mencionado autor destaca que “a atuação do TCU também é *a posteriori* e pode ser focada em aspectos institucionais, procedimentos de fiscalização adotados pelo regulador e incentivos regulatórios promovidos pelo regulador”.

Segundo Zymler⁸⁴, ao realizar uma auditoria operacional em Agências Reguladoras, busca o TCU verificar se estão sendo atingidas as finalidades decorrentes de suas criações. Isso abrange a avaliação do cumprimento de sua missão reguladora e fiscalizadora.

O autor e Ministro da Corte de Contas⁸⁵ argumenta que ao examinar a execução dos contratos de concessão e permissão, não deve o Tribunal substituir as agências e sim exercer uma atividade fiscalizatória de segundo grau, zelando “pela atuação pronta e efetiva dos entes regulados, para assegurar a adequada prestação de serviços públicos à população”. Destaca, entretanto, que “percebendo o Tribunal omissão ou incapacidade da agência, deve agir a fim de evitar maiores transtornos à sociedade. Seja expedindo determinação às concessionárias ou permissionárias, seja cobrando das agências reguladoras o correto cumprimento de seus objetivos”.

O TCU, ao apreciar o resultado das fiscalizações realizadas, pode emanar: (a) determinações quando se tratar de ato ilegal, irregular, antieconômico ou tecnicamente incorreto; e/ou (b) recomendações com vistas a contribuir com o aperfeiçoamento do processo regulatório.

Ademais, diante da constatação de irregularidade que demande uma atuação rápida da Corte de Contas, deve ser avaliada a possibilidade de expedir medida cautelar, por meio de decisão monocrática do Ministro-Relator ou de decisão colegiada, com objetivo de evitar a ocorrência de dano efetivo ou potencial ao erário e, em último grau, aos usuários dos serviços.

4.2 Atuação do controle externo frente a acordos substitutivos

Pelo exposto, verifica-se que o tradicional controle do TCU sobre as agências reguladas ocorre basicamente por meio do exame dos procedimentos de outorga de delegação ao entre privado (acompanhamento da modelagem das concessões) e da execução dos contratos decorrentes dessa outorga, além de auditorias operacionais.

Entretanto, como detalhado no decorrer deste artigo, as agências reguladoras passaram, nos últimos anos, a celebrar Termos de Ajustamento de Conduta com suas concessionárias, amparadas em suas leis de criação ou em seus regulamentos internos.

O TCU ainda está adequando sua atuação em relação a esses acordos substitutivos, havendo poucos casos concretos julgados, referentes, principalmente, a acordos celebrados pela ANTT e pela Anatel.

Com o intuito de examinar os limites de atuação da Corte de Contas em relação à celebração desses acordos, é pertinente a análise de alguns precedentes sobre o tema.

⁸⁴ ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. **Brasil. Tribunal de Contas da União. O controle externo da regulação de serviços públicos. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002, p. 5.**

⁸⁵ *Ibid.*, p. 5.

4.2.1 Casos concretos

Ao longo dos últimos anos, ao examinar processos de prestações de contas anuais das Agências Reguladoras ou de fiscalizações, o Tribunal passou a se deparar com a celebração de TACs por essas entidades com as concessionárias de serviços públicos.

Por meio de pesquisa de jurisprudência realizada no site no TCU⁸⁶, verifica-se que um dos primeiros casos concretos em que houve análise específica da unidade técnica sobre a utilização do TAC por agências reguladoras foi no âmbito do TC 012.888/2007-3 (Acórdão 6615/2009-TCU-1ª Câmara), que tratava de representação referente a atos praticados por uma concessionária de linha ferroviária, vinculada à ANTT.

Naquele momento, a unidade técnica manifestou-se no sentido de que não havia previsão legal para a celebração do TAC, questionando a previsão apenas em resolução normativa da própria entidade, e propôs o não acolhimento das razões de justificativas apresentadas pelos gestores da concessionária e da ANTT em relação à formalização e à prorrogação desses instrumentos. No entanto o Ministro relator, acompanhado pelo colegiado, acolheu os argumentos apresentados pelos gestores e entendeu não ser o caso de aplicação de multa.

O mencionado julgado foi utilizado como precedente no exame da prestação de contas da ANTT relativas ao exercício de 2007, TC 017.595/2008-2 (Acórdão 3068/2012-TCU-1ª Câmara), no qual havia menção à celebração de TAC entre a agência e uma concessionária. Neste caso, a unidade técnica também questionou a celebração do instrumento. Entretanto, o ministro relator se manifestou no sentido de não haver irregularidade com a celebração do TAC, conforme trechos abaixo reproduzidos do voto:

De fato, a ausência da cobrança fragiliza o instituto da multa, importante mecanismo de controle posto à disposição da Agência. Todavia, penso que o caso merece desfecho similar ao do Acórdão 6.615/2009 - TCU - 1ª Câmara (TC 012.888/2007-3), no qual o TCU tomou conhecimento da utilização de TAC como mecanismo para sanar problemas de execução dos contratos firmados com as concessionárias, sem que isso resultasse obrigatoriamente na aplicação de multa. Sobreleva a seguinte informação do relatório do referido julgado:

‘Em lugar de aplicar as disposições contratuais do contrato de arrendamento 047/98, ou mesmo do contrato de concessão que estabelece a aplicação de multa em caso de reincidência ou não solução da infração cometida, os senhores (...) optaram por remeter a questão a um Termo de Ajustamento de Conduta (...).’

Naquela oportunidade, assim como nesta, a Unidade Técnica pugnava pela invalidade do procedimento. Contudo, o Tribunal acolheu as razões de justificativa dos gestores, (...), deixando de aplicar multa.

Dito isso, sensível ao fato de que a imposição de pesadas multas sem a prévia tentativa de erguer o combalido setor ferroviário pode significar a derrocada das concessionárias, e por questão de coerência com o retrocitado Acórdão, julgo oportuno, no presente caso, relevar a inação dos gestores nas contas de 2007.

(...)

⁸⁶ <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>

Particularmente, considero louvável que a ANTT, sopesando as dificuldades do setor ferroviário, tem vislumbrando a possibilidade de solucionar o problema de outra maneira, buscando forma alternativa antes de instaurar procedimento administrativo para a aplicação de multa.

Em outros julgados, a exemplo dos Acórdãos 2109/2006-TCU-Plenário (Auditoria – Aneel); 127/2007-TCU-Plenário (Denúncia – Aneel); 6324/2012-TCU-2ª Câmara (Prestação de contas da ANTT do exercício 2008), 764/2015-TCU-Plenário (Prestação de contas da ANTT do exercício de 2009), Acórdão 1179/2016-TCU-Plenário (Monitoramento – ANTT), e Acórdão 1868/2016-TCU-Plenário (Auditoria operacional – Aneel), houve menção a Termos de Ajustamento de Conduta celebrados por agências, mas sem discussão específica sobre a celebração ou validade desses ajustes.

Recentemente, entretanto, ocorreu um debate mais aprofundado da utilização desse instrumento no âmbito de processos referentes à atuação da Anatel e da ANTT, respectivamente nos processos TC 022.280/2016-2 e TC 019.494/2014-9, que serão examinados em subitens seguintes, por envolverem vários pontos de interesse para este artigo.

4.2.1.1 Caso Anatel (TC 022.280/2016-2 – Acórdão 2121/2017-TCU-Plenário)

Antes de abordar o caso examinado no TC 022.280/2016-2, é pertinente esclarecer que tanto a instrução da unidade técnica como o voto do Ministro-Relator apresentam uma detalhada análise técnica e jurídica sobre a celebração de TACs pela Anatel, constituindo, até o momento, uma decisão paradigma quanto ao tema no TCU.

Neste subitem, buscou-se destacar alguns argumentos utilizados pelo Ministro-Relator (Ministro Bruno Dantas), que foram acolhidos pelo colegiado da Corte, sobre a possibilidade de a Agência Reguladora celebrar o TAC e os contornos para o exame pelo Tribunal desses acordos.

O TC 022.280/2016-2 trata de representação formulada pela unidade técnica, em face de possíveis irregularidades verificadas na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Anatel, abrangendo processos sancionatórios relativos à regulação de vários temas de sua competência, como qualidade e fiscalização dos serviços de telecomunicações.

O caso específico examinado foi o do grupo Telefônica Brasil S/A, que no momento da representação apresentava o trâmite mais adiantado na agência, mas há inconsistências/irregularidades que perpassam os demais processos de TAC que estavam em andamento na agência.

De modo a contextualizar a situação da Anatel naquele momento, destaca-se que, até 2016, estava em tramitação na autarquia um total de 37 pedidos de celebração de TAC, abrangendo inúmeros processos administrativos da agência relacionados a multas estimadas e aplicadas, cujo valor total alcançava cerca de R\$ 9,18 bilhões⁸⁷.

⁸⁷ Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2121/2017 - Plenário. Brasília, DF, 27 set. 2017, p. 221.

O primeiro ponto abordado pelo Ministro-Relator se refere aos aspectos teóricos do TAC (item I), no qual foi apresentada uma série de considerações gerais sobre o tema, entre as quais se destacam as seguintes.

Quanto à realização do TAC pela Anatel, o Ministro-Relator⁸⁸ conclui que o arcabouço normativo já se encontrava suficientemente delineado para autorizar a Anatel a celebrar o TAC. Para tanto, menciona a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e os regulamentos internos da agência (a Resolução-Anatel 589/2012; o art. 54 da Resolução-Anatel 612/2013, que trata do Regimento Interno da autarquia; e a Resolução-Anatel 629/2013, que trata do Regulamento de Celebração e Acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta - RTAC).

Ademais, destaca⁸⁹ que “acaso prevalecesse eventual exigência de lei específica ou decreto para mediar o disposto no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985, estariam em xeque não apenas os TAC firmados pela Anatel, mas também pelas demais agências e até mesmo pelo Ministério Público”.

Sobre a possibilidade de se converterem multas geradas por força de processo sancionatório em obrigações de fazer ou de não fazer, é ressaltado que “encontra arrimo na conjugação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público com o princípio da eficiência”⁹⁰.

Nesse contexto, o Ministro-Relator menciona que o foco se volta para o fato de o ordenamento jurídico facultar à Anatel substituir o direito de perseguir a sanção, por meio da aplicação de multa, pelo ajuste certo e líquido de obrigações extraprocessuais, que serão pactuadas consensualmente como compromissos adicionais no âmbito de termos de ajustamento de conduta.

Destaca⁹¹ que a “probabilidade de cumprimento do TAC é reforçada pelo fato de o instrumento possuir o atributo de título executivo extrajudicial (§ 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985)”.

Registra, assim, que o uso do TAC na agência configura-se como medida excepcional, uma vez que o procedimento usual é fiscalizar as prestadoras e sancioná-las pelos descumprimentos da regulação vigente, mencionando que “A negociação em curso, que permite trocar a arrecadação das multas incertas por compromissos de investimento da empresa e o ajuste da conduta indevida, requer motivação demonstrando a presença do interesse público na aceitação desta permuta”⁹².

E complementa⁹³:

93. Assim, tendo em vista a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal, a celebração de TAC pela agência com previsão de conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos atende ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido

⁸⁸ Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2121/2017 - Plenário. Brasília, DF, 27 set. 2017, p. 230

⁸⁹ Ibid., p. 230

⁹⁰ Ibid., p. 238

⁹¹ Ibid., p. 228

⁹² Ibid., p. 230

⁹³ Ibid., p. 231

e do rol de obrigações assumidas, bem como de análise de custo-benefício do instrumento.

Especificamente sobre a atuação da Corte, pondera que o TAC é um instrumento novo e que é natural que haja desacertos ao logo do procedimento de normatização e negociação. Nesse sentido, “o Tribunal deve ter a cautela necessária para não obstaculizar e burocratizar demasiadamente o procedimento de modo a inviabilizá-lo na prática” e que “não deve analisá-lo com a mesma lupa burocrática com que examina, por exemplo, processos de licitações e contratos, visto tratar-se de um instrumento de gestão negociada”⁹⁴.

Afirma que na análise do caso concreto não foi realizada qualquer juízo de valor sobre o instrumento ser adequado ou inadequado como ferramenta regulatória, pois “não é da competência do TCU emitir acórdão com sua ‘aprovação’ ou ‘reprovação’ em relação ao TAC em tese ou no caso concreto, ou sobre a opção regulatória adotada, sem prejuízo de se posicionar quanto à legalidade e legitimidade de cláusulas inseridas no acordo”⁹⁵.

Nesse sentido, ao examinar algumas irregularidades e fragilidades apontadas pela unidade técnica na condução dos TACs pela Anatel, o Ministro-Relator em certos momentos do voto (itens II e III) invoca “o princípio da confiança na atuação do gestor público” e roga “pela inaplicabilidade da ótica estritamente burocrática aos processos de mediação na Administração Pública”⁹⁶, bem como em outros (itens VII.1.4 e VII.3.1), ressalta que tratam de opção regulatória⁹⁷, devendo ser respeitado o espaço de discricionariedade do gestor público⁹⁸.

A título de exemplo, cabe destacar trecho da análise quanto à irregularidade relativa à metodologia do desconto dos compromissos adicionais aplicável a todos os TAC da agência e a escolha das variáveis, item IV.2 do voto:

233. De todo modo, a decisão sobre os critérios de escolha dos municípios que receberão os investimentos é matéria que escapa ao controle de legalidade realizado pelo Tribunal. Não é função do TCU arbitrar divergências entre a área técnica e o Conselho Diretor da agência. Cabe ao controle externo, *in casu*, verificar se a decisão foi adequadamente fundamentada e se a fundamentação está de acordo com a legislação de regência. Todo o resto encontra na esfera de discricionariedade da Anatel

A questão do acompanhamento do TAC também foi abordada, considerando algumas fragilidades e deficiências apontadas pela unidade técnica (Item V do voto). Nesse ponto, o Ministro-Relator⁹⁹ aponta que:

262. O TAC busca o cumprimento de obrigações regulatórias que já foram descumpridas pela operadora, logo é necessário que haja um acompanhamento mais rigoroso por parte da Anatel sobre as obrigações ajustadas, evitando-se que o instrumento se transforme em moratória ou mesmo perdão das multas aplicadas e ainda não pagas pela prestadora.

⁹⁴ Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2121/2017 - Plenário. Brasília, DF, 27 set. 2017, p. 229

⁹⁵ Ibid., p. 231

⁹⁶ Ibid., p. 237

⁹⁷ Ibid., p. 283

⁹⁸ Ibid., p. 287

⁹⁹ Ibid., p. 251

263. Assim, as características e a materialidade envolvidas, bem como a responsabilidade da Anatel e de seus gestores quanto à celeridade, à publicidade e à efetividade desse instrumento são superiores ao normalmente exigido nas suas atividades regulatórias cotidianas (...).

Quanto essas irregularidades foram expedidas recomendações à Anatel.

Outro ponto que pode ser destacado se refere ao fato de os compromissos estipulados no TAC não estarem bem delimitados. Ao examinar o item VII.1.3, o Ministro-Relator¹⁰⁰ asseverou que “tanto os princípios como o RTAC não dão margem a compromissos fluidos”. E complementa, destacando que, conforme os dispositivos mencionados, “o instrumento deverá conter cláusulas sobre os compromissos adicionais, na forma de execução de projetos, os quais serão delimitados em termos de área geográfica e de aspectos sobre os quais incidirão as obrigações”.

No mesmo sentido, quanto à ausência de justificativa da existência de interesse público em atribuir os percentuais máximos de desconto (item VII.3.4.), o Ministro-Relator¹⁰¹ ressaltou que não estava a questionar a norma conceder descontos, mas sim “a ausência de motivação com relação a decisões discricionárias que resultem em concessão de abatimentos nos valores a serem investidos pelas celebrantes de TAC, com claro impacto sobre os benefícios potenciais do ajuste, em especial os compromissos adicionais”, destacando a importância da motivação.

Por fim, na conclusão do Voto, afirmou-se ser inquestionável a importância dos TACs para a atividade regulatória da Anatel, naquele momento de sua vida institucional, bem como que “o sucesso ou insucesso na execução desses instrumentos, com as respectivas consequências e ensinamentos, inevitavelmente conduzirá a uma revisão do modelo sancionatório vigente”¹⁰².

Como resultado de tal exame, foi prolatado o Acórdão 2121/2017-TCU-Plenário, com uma série de ciências e determinações à Anatel.

4.2.1.2 Caso ANTT (TC 019.494/2014-9 - Acórdão 2533/2017-TCU-Plenário)

O TC 019.494/2014-9 trata de representação contra possíveis irregularidades verificadas na celebração de Termos de Ajuste de Conduta (TACs) entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e algumas concessionárias de serviço público de transporte rodoviário e ferroviário.

De modo semelhante ao que foi realizado no item anterior, serão destacados alguns argumentos utilizados pelo Ministro-Relator (Ministro Walton de Alencar Rodrigues), que foram acolhidos pelo colegiado da Corte, sobre a possibilidade de a Agência Reguladora celebrar o TAC e os contornos para o exame pelo Tribunal desses acordos.

¹⁰⁰ Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2121/2017 - Plenário. Brasília, DF, 27 set. 2017, p. 280

¹⁰¹ Ibid., p. 294

¹⁰² Ibid., p. 301

O Ministro-Relator afastou, inicialmente, a ausência de supedâneo legal para que a Agência reguladora preveja, em ato normativo próprio, possibilidade de TACs com concessionárias de serviços públicos de transporte terrestre.

De acordo com o Ministro-Relator¹⁰³ a previsão e a regulamentação dos referidos acordos têm seu fundamento de validade jurídica nas amplas competências regulatórias atribuídas à Agência Nacional de Transportes Terrestres pela Lei 10.233/2001.

Nesse sentido, destaca¹⁰⁴ que:

Embora a Lei de criação da ANTT defina penalidades a que estará sujeito o concessionário infrator, não determina expressamente que a punição seja o único meio para alcançar o desiderato de garantir a regular prestação do serviço público concedido. Considerada a complexidade e a multiplicidade de situações verificadas na fiscalização dos serviços regulados, haverá o gestor público de sopesar se a medida sancionadora atenderá, no caso concreto, ao interesse público primário, podendo assim alterá-la por ações mais efetivas à melhoria dos serviços delegados.

Ressalta, entretanto, que em todo caso, a escolha deverá ser “motivada pelo Administrador, de tal forma que sua regularidade e atendimento ao interesse público possam ser sindicados pelos órgãos controle externo judicial ou administrativo”¹⁰⁵.

Menciona¹⁰⁶, ademais, que o instrumento consensual não pode, todavia, ser utilizado indiscriminadamente, a ponto de desvirtuar o contrato de concessão pela alteração de metas pactuadas no termo de ajuste, sob pena de frustrar o certame licitatório que deu origem à outorga do objeto. A celebração de TACs, para o relator, “não é, também, expediente para estimular a impunidade pela inadimplência contumaz do concessionário infrator nem gerar reforço negativo quanto à possibilidade de enriquecimento ilícito pelos operadores privados à revelia da legislação regulatória”.

A respeito dos normativos da ANTT referentes à celebração dos TACs, foram realizadas as seguintes considerações¹⁰⁷ sobre fragilidades dos regulamentos, que de acordo com o relator, contribuíram para o descumprimento dos acordos e para o fracasso na utilização do TAC pela agência:

Muito embora a norma regulamentadora que lastreou a celebração dos referidos 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, ainda assim, ressepte-se de 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.

Não foram estipuladas sanções adicionais que inibissem o descumprimento do termo de ajustamento de conduta. Como consequência do inadimplemento do compromisso, o parágrafo 2º do artigo 18 da Resolução ANTT 442/2004 prescreveu, apenas, a instauração de processo administrativo para apuração de responsabilidade

¹⁰³ Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2533/2017 - Plenário. Brasília, DF, 14 nov. 2017, p. 59

¹⁰⁴ Ibid., p. 59

¹⁰⁵ Ibid., p. 61

¹⁰⁶ Ibid., p. 61

¹⁰⁷ Ibid., p. 66

e aplicação de penalidade, ou mesmo seu prosseguimento se anteriormente instaurado. A mesma deficiência foi claramente identificada na Resolução ANTT 5.083/2016, a qual sucedeu a Resolução ANTT 442/2004, embora o novo ato normativo contemple a possibilidade de o TAC prever penalidades específicas para a hipótese de inadimplemento por parte da concessionária.

À época da edição desses atos normativos, dispunha a Agência reguladora da possibilidade de utilizar o parágrafo 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) como fundamento para conferir eficácia de título executivo extrajudicial aos termos de ajustamento de conduta que a autarquia viesse a celebrar. Tal procedimento foi, aliás, amplamente adotado pelas demais agências reguladoras, a exemplo da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Resoluções Normativas 63/2004 e 333/2008), da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Resolução 3.259/2014) e da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Resolução 199/2011).

Como resultado da análise, por meio do Acórdão 2533/2017 – TCU – Plenário¹⁰⁸ foram expedidas determinações e recomendações à ANTT, dentre as quais cabe destacar as seguintes:

9.2. com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que se abstenha de assinar Termos de Ajuste de Conduta (TACs) que não prevejam medidas compensatórias para as infrações praticadas e apenas contenham, como cominação pelo descumprimento das obrigações pactuadas, a instauração de processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis, ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado, uma vez que tal cominação não é capaz de compelir, como visto, os compromissários ao integral cumprimento das obrigações estipuladas na avença, em afronta aos princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público;

9.3. com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que dê continuidade ao processo de elaboração da nova resolução que regulamentará a celebração de Termos de Ajuste de Conduta (TACs) no âmbito da agência (objeto da Audiência Pública ANTT 10/2017), a fim de estabelecer critérios mais rigorosos para celebração dos referidos acordos substitutivos a dotá-los de efetividade, por meio da inclusão, nos instrumentos dos ajustes, de cominações para o caso de descumprimento das obrigações pactuadas, com eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos do § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985, e em atendimento aos princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público;

(...)

9.5. dar ciência à Agência Nacional de Transportes Terrestres de que a celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC) sem a demonstração da vantagem de sua assinatura para a Administração, em contraponto à regular aplicação das sanções administrativas ordinárias, identificada no caso dos Termos de Ajuste de Conduta de 27/7/2005 e 20/9/2013, firmados com a concessionária da Malha Nordeste, afronta os princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público, sendo, portanto, irregular;

¹⁰⁸ Brasil. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2533/2017 - Plenário. Brasília, DF, 14 nov. 2017

4.2.2 Limites de atuação

Conforme examinado no item 4.1.2, há competência constitucional e legal para o TCU fiscalizar as agências reguladoras.

As controvérsias apontadas pela doutrina¹⁰⁹, academia¹¹⁰ e pelos próprios gestores das agências em relação à legitimidade da Corte de Contas dizem respeito, principalmente, ao controle das atividades finalísticas dessas entidades e sobre os atos administrativos discricionários, considerando uma possível interferência na autonomia das agências.

A celebração do TAC, nesse contexto, se insere nas atividades finalísticas das agências, considerando que a aplicação de sanções é competência exclusiva da agência reguladora, e, conseqüentemente, nas controvérsias mencionadas. Neste caso, além da discricionariedade do gestor na decisão em firmar ou não tal instrumento, é questionado o fato de ser um instrumento negocial, que depende de ajustes entre as partes.

Tendo em vista esses questionamentos, bem como por se tratar de instrumento ainda pouco utilizado no âmbito da regulação, é importante que sejam delineados contornos para atuação do controle externo, de modo a evitar insegurança jurídica ou mesmo dificultar de maneira desproporcional a celebração desses tipos de acordos pelas Agências Reguladoras.

É importante destacar, entretanto, que a complexidade da matéria envolvida nos TACs, a grande materialidade dos acordos, como se verificou nos processos administrativos em andamento na Anatel (item 4.2.1.1), e a relevância desses ajustes para os setores regulados, resultam em elevada responsabilidade para a agência no sentido de elaborar ajustes adequados e fiscalizar de forma efetiva. O controle externo, nesse cenário, pode ser um meio de aprimorar tais instrumentos e minimizar riscos.

Com base nos precedentes mencionados, já é possível delimitar alguns pressupostos de atuação do Tribunal em relação aos TACs celebrados por agências reguladoras.

O entendimento do Tribunal é de que sua atuação em matérias finalísticas das agências é uma atividade fiscalizatória de segunda ordem¹¹¹ e não de regulação em si, buscando identificar se as agências estão cumprindo seus objetivos institucionais. A ação do Tribunal não visa controlar a empresa concessionária em si, que é uma competência

¹⁰⁹ BARROSO, Luiz Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 184.

¹¹⁰ Vide, a título de exemplo, o relatório de pesquisa realizada pelo Observatório do Controle da Administração Pública da Universidade de São Paulo, divulgado em janeiro de 2019, que destaca como ponto central da preocupação em se relacionar controle de atividade-fim das Agências Reguladoras e determinação está na consequência: (i) o TCU entende a atividade-fim controlada como ilegal, interpretando os fatos técnicos e as normas setoriais; (ii) a interpretação do TCU prepondera perante à das Agências Reguladoras; e (iii) o controle gera a obrigação de a Agência Reguladora ajustar sua atividade-fim (normas, sanções, contratos, fiscalizações etc.) ao entendimento do TCU, o que, então, superaria a condição de ilegalidade. Disponível em <<http://gpcap.com.br/pdfgpcap.pdf>>.

¹¹¹ A título de exemplos Acórdãos TCU 620/2008, 715/2008, 1313/2010, 2313/2014 e 155/2017, todos do Plenário

da agência reguladora, mas examina se as agências estão fiscalizando de forma adequada os contratos por ela firmados¹¹².

No caso específico dos TACs, seguindo esse entendimento, a princípio não deve o Tribunal questionar se a agência opta pela aplicação da sanção ou a pela celebração do TAC, considerando ser uma escolha regulatória, mas pode se posicionar sobre a motivação apresentada, sobre lacunas nos normativos das agências e sobre as cláusulas dos ajustes, quanto à legalidade e legitimidade, respeitando o espaço de discricionariedade dos gestores.

Em relação à regulamentação das agências sobre a celebração do TAC, verifica-se que no âmbito do TC 019.494/2014-9, retratado no subitem anterior, foi constatada a ausência de previsão, nas resoluções da ANTT, de sanções adicionais que inibissem o descumprimento do TAC, situação destaca pelo TCU como um dos possíveis motivos para o não cumprimento dos ajustes celebrados. Tal situação resultou em recomendação para a agência no sentido de que o novo normativo da agência estabelecesse critérios mais rigorosos para celebração dos referidos acordos substitutivos, dotando-os de efetividade (item 9.3 do Acórdão 2533/2017 – TCU – Plenário).

Destaca-se que foi realizada uma recomendação, que pode ou não ser adotada pelos gestores, e além não foram definidos pela Corte de Contas quais seriam os critérios mais rigorosos, sendo essa uma atribuição da própria agência.

Quanto à motivação, os atos administrativos, como mencionado no item 3.2.2, devem ser fundamentados, mesmo em casos que sejam discricionários.

Juarez Freitas¹¹³ explica que “não se aceita qualquer motivação, pois se exige a justificação congruente, salvo se tratar de atos de mero expediente, autodecifráveis e naqueles casos em que a Constituição admite a falta de motivação (ex: nomeação para cargos em comissão)”.

Para o autor, “a vontade constitucional (mais do que da lei) requer motivação consistente, coerente e proporcional, dado que a discricção conferida é uma competência, mais que faculdade, no Estado Constitucional”.

Nesse sentido, diferencia-se a discricionariedade da decisão arbitrária, desprovida de fundamentação adequada e compatível com os interesses públicos envolvidos.

O Tribunal pode verificar se houve motivação e, no caso de existir, se é legítima e legal, estando de acordo com a legislação de regência para a celebração do TAC. A ausência de motivação ou sua ilegitimidade ou ilegalidade pode gerar determinações corretivas da Corte.

¹¹² ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. **Brasil. Tribunal de Contas da União. O controle externo da regulação de serviços públicos. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002, p. 10**

¹¹³ FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. **Editora Fórum, p. 311-334, 2008**

Além disso, é possível o controle externo em relação a cláusulas inseridas no TAC, como exemplo, quanto às metodologias utilizadas e o detalhamento dos compromissos adicionais.

Em relação ao primeiro ponto, verifica-se que o Tribunal pode examinar se a metodologia utilizada no TAC para cálculo de multas e de investimentos adicionais está compatível com os normativos das agências.

No âmbito do TC 022.280/2016-2, foi examinada também a adequação e a motivação para escolha da metodologia aprovada no Ato-Anatel 50.004/2016, sendo questionado se a escolha de uma das variáveis estaria de acordo com a política de banda larga. Nesse ponto, o relator do processo foi claro ao mencionar que o controle externo pode verificar apenas se a decisão pela escolha das variáveis foi adequadamente fundamentada e se a fundamentação está de acordo com legislação de regência, não sendo função do TCU arbitrar sobre divergências dentro da própria agência. Assim, a escolha entre variáveis, se fundamentadas, está na esfera de discricionariedade da agência.

Outro ponto passível de exame no termos do TAC é o adequado detalhamento dos projetos dos compromissos adicionais. No âmbito do TC 022.280/2016-2 foi constatada, na minuta examinada do TAC, a presença de projetos genéricos e/ou incompletos (item VII.1.3 do voto), em descumprimento aos próprios normativos da agência (art. 13 e 18 do RTAC) e aos princípios administrativos da razoabilidade, proporcionalidade, interesse público, eficiência e segurança jurídica, sendo objeto de determinação. Tal situação gera risco de controle e acompanhamento pela própria agência.

Ainda no que diz respeito às cláusulas do TAC, o entendimento do Tribunal no âmbito do TC 019.494/2014-9, foi de que o instrumento consensual não pode ser utilizado indiscriminadamente, a ponto de desvirtuar o contrato de concessão, como por exemplo, pela alteração de metas pactuadas no termo de ajuste, considerando que tal situação poderia alterar o resultado do certame licitatório que deu origem à outorga do objeto.

Escapa do controle do TCU, como destacado no processo da Anatel, questões referentes o formato organizacional da própria agência para celebração e acompanhamentos dos acordos (Item V.3.3 do voto) e a escolha do modelo sancionatório (item VI. 3 do voto).

Ademais, verifica-se que em alguns pontos examinados no caso da Anatel, a área técnica opinou sobre formas de atingimento da política pública, a exemplo escolha de critérios técnicos dos projetos dos compromissos adicionais (item VII.3 do voto), e o relator, acompanhado pelo colegiado, destacou que a decisão competia exclusivamente à agência, bem como que estava devidamente motivada.

Especificamente quanto à forma de acompanhamento dos compromissos assumidos no TAC, no âmbito do TC 022.280/2016-2, apesar de o relator ressaltar que “a forma de mensurar e acompanhar o resultado dos TAC é uma escolha gerencial situada na esfera de competência e a autonomia do órgão regulador”, se manifestou no sentido de ser válida a preocupação da unidade instrutora para que fossem estabelecidos pontos de controle periódicos ao longo da vigência do TAC.

Como resultado, foi expedida determinação para que a Anatel implemente tais controles (item 9.4.2. Acórdão 2121/2017-TCU-Plenário), mesmo tratando-se de uma decisão gerencial, situação que, de acordo com as premissas de controle até então definidas, seria o caso de recomendação.

Não obstante esse último ponto examinado, verifica-se que, de um modo geral, a atuação do controle externo em relação aos TACs celebrados pelas agências reguladoras segue a mesma premissa do controle de segunda ordem adotado quanto ao controle das atividades finalística dessas entidades.

Como destacado por Vieira¹¹⁴, não cabe ao TCU, em primeira mão, tomar decisões no lugar da agência reguladora, de modo a substituí-la, e que “em face de um leque de soluções legais, legítimas, eficientes e econômicas, uma vez adotada, pela agência, qualquer uma delas, não cabe interferência do TCU”.

Assim, as escolhas regulatórias, como o modelo sancionatório e os critérios técnicos para o atingimento da política pública, e definição de qual metodologia utilizar são discricionários das agências.

Outros pontos, como a clareza dos termos, a aplicação da metodologia escolhida ou lacunas na regulamentação, devem ser avaliados com base em critérios técnicos e legais vigentes, propondo no caso de irregularidades e ilegalidades a expedição de determinação e, no caso de possibilidade de melhorias nos procedimentos e desempenho, a expedição de recomendação.

Em todos os casos, contudo, as escolhas das agências devem estar devidamente motivadas e fundamentadas, e o exame dos motivos da decisão administrativa integra a atuação do TCU.

Por fim, é importante destacar que, como controle de segunda ordem, cabe ao Tribunal verificar se a agência tem fiscalizado de modo adequado o cumprimento do TAC, em especial quanto aos compromissos adicionais.

¹¹⁴ VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O controle do tribunal de contas da união sobre os atos discricionários das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais. **In: Tribunal de Contas da União. Regulação de serviços públicos e controle externo. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 139**

5. CONCLUSÃO

O Direito Administrativo precisa acompanhar as transformações da gestão pública, sob o risco de não atingir de maneira satisfatória às finalidades públicas, e o controle também deve se adaptar às novas realidades.

Como examinado no decorrer deste artigo, a administração consensual tem ganhado espaço na gestão pública, fundamentada em possíveis vantagens que uma decisão negocial pode propiciar, como a menor resistência à solução delineada, a economia de tempo e recursos, bem com a redução da litigiosidade.

Nesse contexto, observa-se que no âmbito da atividade regulatória têm se começado a utilizar instrumentos consensuais, com destaque aos acordos substitutivos na atividade sancionatória.

Não obstante questionamentos quanto à necessidade de lei específica autorizando a utilização de tais instrumentos pelas agências reguladoras, já existe um arcabouço normativo considerável. Verifica-se que há amparo em algumas leis de criação das agências, em resoluções internas das próprias agências, de modo amplo na Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), que autoriza a celebração desses ajustes por autarquias, e na recente Lei nº 13.655/2018 (LINDB).

A celebração de Termos de Ajustamento de Conduta por agências reguladoras, substituindo multas pelo compromisso de cessão de conduta irregular acrescido de compromissos adicionais é uma tendência, amparada na busca por melhores resultados e na pouca efetividade da cobrança de multas por essas entidades.

Por se tratar de um instrumento novo e ainda pouco utilizado, aprimoramentos serão necessários e o controle externo pode ter um papel decisivo nesse sentido. No entanto, é importante que fiquem claros os limites para a atuação do TCU, de modo que seja respeitada a autonomia e competências das agências reguladoras.

Como se depreende da análise dos casos concretos examinados por essa Corte nos últimos anos, entendimento do Tribunal até então é de ser possível a utilização desse tipo de instrumento pelas agências reguladoras, bem como que há competência para a fiscalização.

No que concerne aos limites de atuação, verifica-se que de modo semelhante ao controle realizado nas demais atividades finalísticas das agências, o Tribunal vem seguindo a premissa de realizar um controle de segunda ordem, com objetivo de examinar a atuação dessas entidades.

Embora ainda não existam muitos casos concretos analisados, entre mencionados neste trabalho, com pequenas exceções, foi constatada a expedição de recomendações para pontos em que há riscos, fragilidades ou possibilidade de aprimoramentos e determinações para os casos que se constatarem ilegalidades ou ilegalidades.

De todo o modo, verifica-se que os acordos substitutivos no âmbito da regulação têm potencial para trazer bons resultados aos setores regulados, podendo, em casos específicos, ser uma medida alternativa à cobrança de multas, principalmente quando se ponderam os investimentos adicionais em infraestrutura.

Não se deve desconsiderar, contudo, que os TACs são instrumentos de uso recente no campo da regulação, que ainda não tiveram seus resultados apurados e que demandam análises muitas vezes complexas em relação à definição dos compromissos adicionais. Nesse sentido, são necessários ajustes adequados e fiscalização efetiva por parte das agências. Esse último ponto é fundamental porque também consome tempo e gera custos para as entidades reguladoras, fatores que devem ser sopesados na análise de custos x benefícios no momento de negociação dos TACs.

O resultado da execução desses primeiros TACs celebrados pelas agências reguladoras provavelmente conduzirá a ajustes no modelo sancionatório vigente e, conseqüentemente, na forma de atuação do controle externo, mantendo-se o debate de até onde o controle pode ir.

REFÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Resolução-Anatel 589, de 7 de de 2012. Aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas - RASA). Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/191-resolucao-589>>. Acesso em 7/12/2018.

Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Resolução 629, de 16 de dezembro de 2013. Aprova o Regulamento de Celebração e Acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (RTAC). Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/680-resolucao-629>>. Acesso em 7/12/2018;

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, v. 42, n. 167, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto. **Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática**. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEMERGUY, Marcelo. O Papel do Controle Externo na Regulação de Serviços de Infraestrutura no Brasil. **BRASIL. In: Tribunal de Contas da União. Regulação de serviços públicos e controle externo. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização**, 2008, p. 81

BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1985.

_____. Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 29 jan. 2000.

_____. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 2 dez. 2011.

_____. Lei 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 26 abr. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2121/2017 - Plenário. Brasília, DF, 27 set. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2533/2017 - Plenário. Brasília, DF, 14 nov. 2017.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da; REIS, Fernando Simões dos. Termos de ajustamento de gestão: perspectivas para um controle externo consensual. Revista do Tribunal de Contas da União. n. 140, Setembro/Dezembro 2017.

CUNHA, Bruno Queiroz. Os Regulocratas: características corporativas e implicações sistêmicas do funcionamento da burocracia das agências reguladoras no Brasil. Texto para Discussão. IPEA, 2017.

DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o poder público e particular. Revista Trimestral de Direito Público, v. 36, 2012.

_____. “Privatização, Eficiência e Responsabilidade”, in MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.) Uma Avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo: Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GOMES, Marcelo Barros. A experiência recente e a agenda futura do Tribunal de Contas da União na análise e avaliação do desempenho de entes reguladores no Brasil. 2005.

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

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 4, n. 1, p. 274-293, 2017.

MARTINS, Francisco Giusepe Donato. O controle externo de outorgas de concessão de rodovias federais no Brasil. 2009.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** – 2ª ed. ver., atual e ampl. – São Paulo: Ed. RT-Revista dos Tribunais, 2003. p. 242.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo.** 3ª Edição ed. Ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo sancionador**. São Paulo: FDUSP (dissertação de mestrado), 2010.

_____. Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, RDIT, ano 5, n. 8. jan/jun 2010.

_____. **Sanção e acordo na administração pública**. SBDP, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015.

_____. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras in CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO; LUÍS FELIPE VALERIM PINHEIRO (org.). **Direito da Infraestrutura**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. **Revista de Informação Legislativa**, n. 206, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011.

_____. _____. O devido processo administrativo na execução do termo de ajustamento de conduta. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 115-120, abr./jun. 2008.

VIEIRA, Márcia Cristina Nogueira. O controle do Tribunal de Contas da União sobre os atos discricionários das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais. **In: Tribunal de Contas da União. Regulação de serviços públicos e controle externo**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. **Brasil. Tribunal de Contas da União. O controle externo da regulação de serviços públicos**. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002.