

Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU*

Institutional reputation and the oversight of Brazilian Federal Court of Accounts over independent Regulatory Agencies

*Floriano de Azevedo Marques Neto***

*Juliana Bonacorsi de Palma****

*Danilo Rehem*****

*Nara Merlotto******

*Yasser Gabriel******

* Artigo recebido em 7 de maio de 2019 e aprovado em 7 de junho de 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v278.2019.80048>.

** Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: floriano@manesco.com.br. Advogado. Doutor e livre-docente em direito público pela Universidade de São Paulo. Professor titular do Departamento de Direito Público e Constitucional da Faculdade de Direito da USP, onde ministra aulas na graduação e na pós-graduação. Professor do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Fundação Getulio Vargas – Rio de Janeiro.

*** Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: juliana.palma@fgv.br. Professora da FGV Direito SP, do GVLaw e da USJT. Pesquisadora da FGV Direito SP. Bacharel em direito pela PUC-SP. Mestre e doutora pela Faculdade de Direito da USP. *Master of laws* pela Yale Law School.

**** Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: rehem.danilo@gmail.com. Bacharel em direito pela USP. Advogado em São Paulo.

***** Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: nara.merlotto@gmail.com. Mestre em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada. Superintendente jurídica da São Paulo Parcerias S.A.

***** Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: yassergabriel@gmail.com. Mestre pela FGV Direito SP. Doutorando pela Faculdade de Direito da USP. Coordenador do Curso de Direito e Gestão Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Advogado.

RESUMO

O presente artigo se volta à análise do controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União em uma perspectiva empírica, considerando o diálogo institucional travado entre essas instituições. Este é um diálogo marcado por três etapas — controle pelo TCU, reação da Agência e checagem desta reação pelo TCU —, cuja análise dos documentos produzidos nesse processo permitiu alcançar as seguintes constatações: (i) as *recomendações* do TCU têm caráter mandatório, pois o TCU tem a expectativa de que elas sejam observadas pelas Agências; (ii) é alto o grau de deferência das Agências Reguladoras às recomendações do TCU, ressalvada a Aneel; e (iii) não raro a unidade técnica do TCU rivaliza com a unidade técnica da Agência sobre decisões relacionadas com as atividades-fim das Agências, preferindo o colegiado pela orientação da unidade técnica. Aplicamos a teoria da reputação institucional para explicar o cenário da preferência da cúpula do TCU pela interpretação técnica de suas unidades técnicas.

PALAVRAS-CHAVE

Agências Reguladoras — Tribunal de Contas da União — controle da regulação — deferência — reputação institucional

ABSTRACT

This paper tackles the oversight dynamics between Independent Regulatory Agencies and Federal Court of Accounts in an empirical basis. This dialogue encompasses three steps: control, reaction, and assessment. Documents produced in each steps purports the following results: (1) Federal Court of Accounts' recommendations are binding, for their obedience is ordinarily expected; (2) Independent Regulatory Agencies are deferent to Federal Court of Accounts' recommendations, but Aneel; (3) technical units of Federal Court of Accounts and Independent Regulatory Agencies dispute the rightness of regulation. The reputational theory explains why the Court tend to follow strictly the former.

KEYWORDS

Independent Regulatory Agencies — Federal Court of Accounts — regulation oversight — deference — institutional reputation

1. Introdução: o controle das Agências Reguladoras em observação

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

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

A *reputação institucional* — conjunto de crenças sobre a capacidade de organização, intenções, história e missões de uma instituição em meio à sua audiência¹ — é em muitos casos determinante para definir o grau de autonomia e de discricionariedade de que um órgão goza. Daniel Carpenter sugere quatro dimensões para mensurar a reputação de uma instituição, quais sejam: reputação de performance (o órgão consegue cumprir com as suas tarefas?), reputação moral (o órgão é comprometido, flexível e honesto?), reputação procedimental (as normas procedimentais são observadas?) e reputação técnica (o órgão tem capacidade e a técnica necessária para lidar com situações complexas?).² Desse modo, quanto mais sólidas forem essas facetas da reputação, maior será o grau de autonomia de ação da instituição e menores serão as limitações.³

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

² CARPENTER, Daniel; KRAUSE, George. Reputation and public administration. *Public Administration Review*, v. 72, p. 26, 2012.

³ Peter H. Schuck considera a confiança nas instituições públicas um elemento de fundamental importância para o desenvolvimento da governança pública. Assim, um dos grandes

Trata-se de uma teoria desenvolvida na burocracia política, mas cuja aplicação no campo do direito administrativo pode ajudar a refletir sobre o modo de construção do direito. Especificamente no tema do controle administrativo, o campo é fértil e já há estudos envolvendo a linha de pesquisa da reputação institucional e do controle judicial do poder público. Aqui, tentamos apresentar uma aproximação teórica dos resultados alcançados na presente pesquisa e nos estudos empíricos desenvolvidos pelo Observatório de Controle da Administração Pública.

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

2. Metodologia

Para analisar a hipótese de pesquisa anteriormente apresentada, mapeamos o diálogo institucional entre Agências Reguladoras e TCU. Foram selecionadas oito Agências Reguladoras federais: Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), Agência Nacional de Saúde (ANS) e Agência Nacional do Petróleo (ANP).

O método desenhado é composto por três frentes de observação: (1) análise das decisões do TCU com a finalidade de depreender como o TCU

desafios do governo seria incrementar a confiança dos particulares em sua atuação, sem a qual a percepção social de *ilegitimidade* (*threats to government legitimacy*) dos órgãos e entes administrativos colocaria em risco a ação governamental. O mecanismo para lidar com esse desafio, sugere o autor, seria incrementar os resultados da ação pública. Cf. SCHUCK, Peter H. *Why government fails so often. And how it can do better*. Princeton University Press, 2014. p. 11-18.

controla as Agências Reguladoras; (2) análise das respostas das Agências Reguladoras às demandas do TCU; e (3) análise das decisões do TCU sobre as respostas fornecidas ou praticadas pelas Agências Reguladoras ao controle. Para cada frente de análise construímos uma tabela de análise: (1) tabela de controle, (2) tabela de reação e (3) tabela de checagem.

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

Os acórdãos selecionados foram analisados e suas informações sistematizadas na tabela de controle, buscando especialmente mapear quais eram as determinações e recomendações do TCU às Agências e qual o grau de intervenção na atividade-fim. Assim, preencheu-se a tabela de controle com os dados encontrados em cada acórdão, que serviram de base para buscar as respostas das agências às determinações do TCU, bem como ainda eventual manifestação do tribunal quanto a essa reação.

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

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

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

As informações foram sistematizadas nas tabelas com a finalidade maior de conferir clareza sobre os achados de pesquisa. A análise centrou-se

nas tabelas e no inteiro teor dos documentos levantados. Os resultados da pesquisa são apresentados a seguir

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

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

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

Na medida em que a proposta da pesquisa é avaliar a hipótese lançada de que a independência e a autonomia das Agências Reguladoras são limitadas pelo TCU, consideramos adequado focar o estudo nas principais questões deste controle. Apesar da diversidade de Agências e de objetos regulatórios, mapeamentos tópicos comuns no controle do TCU de todas as Agências Reguladoras investigadas. Natural, portanto, que essas questões ganhem projeção ao representarem o modo de interação entre TCU e Agências Reguladoras. A complexidade seria assegurada na medida em que os exemplos, recolhidos da investigação empírica, ilustrem um cenário o mais próximo possível do real, enquanto as exceções e peculiaridades também seriam igualmente salientadas.

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

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

As competências de controle do TCU estão expressamente definidas na Constituição Federal, em seu art. 71. O rol de competências expressas nesse preceito é marcadamente extenso, reforçando a tese de fortalecimento das instituições de controle pelo Constituinte. Estão no rol de competências constitucionais funções de *fiscalização*, como a verificação da regularidade de admissão de pessoal ou de aposentadoria,⁴ *opinativas* com a emissão de parecer prévio, a exemplo das contas do presidente da República,⁵ *julgadoras*, como se verifica com o julgamento das contas dos responsáveis por bens ou valores públicos,⁶ *sancionadoras*, com particular disciplina da aplicação de multas,⁷ e *consultivas*, como a prestação de informações a pedido do Congresso Nacional.⁸ A par dessas competências, existem também aquelas intituladas pela instituição como *função corretiva*.

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

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

⁴ Cf. art. 71, inc. III, da Constituição Federal.

⁵ Cf. art. 71, inc. I, da Constituição Federal.

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

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

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

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

A interpretação que o TCU faz desse preceito, com amplo respaldo na doutrina, é que a Constituição Federal ineditamente atribui à Corte uma função de orientação dos órgãos e entes administrativos quanto ao modo de atuação dentro dos parâmetros da legalidade e quanto à otimização de resultados.⁹ Assim, essa nova competência atribuída pelo Constituinte de 1985-86 ao TCU se alinharia aos critérios de *legalidade*, *legitimidade* e *economicidade* previstos no art. 70, *caput*, da Constituição.¹⁰ O TCU depreende do art. 71, inc. IV, da Constituição, portanto, legítima competência para apreciar a atividade-fim dos órgãos e entes administrativos, ainda que detenham, por expressa previsão legal, autonomia e independência, como as Agências Reguladoras.

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

⁹ “Ao estabelecer a competência do Tribunal de Contas da União para efetivar o controle mediante auditoria operacional, o constituinte resguardou com esse poderoso instrumento, de forma inédita na vida jurídica nacional, a possibilidade de concretização dos princípios da eficiência e da eficácia. Racionalização e qualidade devem ser, pois, palavras de ordem contra o controle burocrático e a mera regularidade da escrituração contábil; a essência sobre a forma.” FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunal de Contas do Brasil*. Jurisdição e competência. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 303.

¹⁰ É nessa linha que o TCU define em seu Regime Interno uma das frentes das auditorias: “Art. 239. A auditoria é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para: [...] II — avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados”. Resolução TCU nº 246/2011.

controle do TCU sobre as Agências Reguladoras se verificou foram: consultas e prestação de contas.

Nos casos de controle do TCU das Agências Reguladoras por provocação, prevalece o instrumento da *representação*. Um caso de denúncia corresponde ao Acórdão nº 2.305/2009, em que se discutia a distribuição de cargos em comissão no âmbito das Agências Reguladoras. O TCU considerou a denúncia formulada pelos servidores de carreira das Agências procedentes e fez as seguintes recomendações: (i) no prazo de 180 dias, adequação da remuneração dos cargos comissionados na ANTT, tomando como referência para sua fixação os quantitativos de cargos estabelecidos no Anexo II-B do Decreto nº 4.130/2002 e a tabela remuneratória vigente; e (ii) no prazo de 30 dias, que a Antaq, Anvisa, Aneel, ANTT e ANP encaminhem ao TCU cronograma detalhado que especifique a forma de cumprimento das determinações do acórdão.

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

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

Exemplo evidente são os relatórios de auditoria sobre a governança das Agências Reguladoras, regularmente realizados de ofício pelo TCU.¹¹ No mais recente, de 2015,¹² o TCU avaliou a governança das Agências pelo crivo da transparência e da neutralidade com as quais as decisões são tomadas, bem como pelo crivo da organização administrativa interna, com especial

¹¹ A primeira auditoria operacional sobre a governança das Agências Reguladoras é de 2009 (TC 012.693/2009-9).

¹² Cf. TC 031.996/2013-2.

ênfase para a vacância dos cargos de dirigentes das Agências Reguladoras.¹³ Entre as recomendações feitas à ANTT, Antaq, Anac, ANP, Anatel e Aneel, estão a adoção da análise de impacto regulatório, desenvolvimento de política de gestão de risco, definição de processo de acompanhamento e revisão da estratégia organizacional, com previsão dos responsáveis por cada etapa, tornar a página institucional de internet mais amigável, bem como a edição de norma que estabeleça o prazo máximo para disponibilizar relatório de respostas às contribuições recebidas em audiência ou consulta pública.

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

O discurso institucional é de que apenas as atividades-meio das Agências Reguladoras são controladas, e não as atividades-fim. Em apresentação oficial da Sefid no Ministério Público Federal, a definição do papel do TCU quanto ao controle das Agências Reguladoras foi assim indicada: “cabe ao TCU fiscalizar a atuação do ente regulador, e não regular o mercado”.¹⁴ Em uma conjuntura favorável ao controle, porém, as Agências Reguladoras são amplamente controladas, *inclusive com relação às suas atividades-fim*. Isso significa que, na prática, o TCU termina por participar ativamente da regulação e, muitas vezes, exerce a competência regulatória no lugar das Agências.

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

¹³ “Considerando que as boas práticas de governança são fundamentais para o bom desempenho das agências e, conseqüentemente, para a qualidade dos serviços regulados, o Tribunal realizou a auditoria que ora se cuida, no âmbito da qual a governança das agências reguladoras de infraestrutura foi avaliada por meio de dois grandes temas: a) as condições para que o processo decisório das agências seja transparente e produza decisões técnicas e livres de ingerência e b) uso de estratégia organizacional para orientar a gestão e alavancar o atendimento de políticas públicas.” Min. rel. Raimundo Carneiro nº TC 031.996/2013-2.

¹⁴ Disponível em: <www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/eventos/vii-encontro-docs/xi-encontro/anexos-1/tcu>.

a) Determinação da estruturação da Agência Reguladora

No que toca à Anac, nos casos Viracopos, Guarulhos e Brasília, o TCU identificou uma falha na gestão das concessões cuja razão seria, para a unidade técnica, a existência de duas secretarias responsáveis por seu acompanhamento. Assim, a unidade técnica recomendou, no próprio relatório, que se criasse uma nova secretaria com a competência de gerenciar as concessões aeroportuárias de forma a centralizar a atividade.¹⁵

b) Introdução de elementos na agenda regulatória

Como peculiaridade do controle do TCU da Anvisa, constatou-se que diversas recomendações tinham por finalidade reforçar o cumprimento das normas editadas pela Agência. É possível afirmar, desta forma, que o próprio Tribunal atua como mecanismo de “*enforcement*” da atividade regulamentar da Anvisa, obrigando diversos atores públicos ou privados a adotar suas resoluções e a cumpri-las. Um caso paradigmático são as determinações e recomendações do TCU quanto ao peticionamento eletrônico de terceirização de empresas e, ainda, a regulamentação de norma nova relativa às práticas clínicas.¹⁶ Nesse caso, o TCU recomendou à Anvisa que editasse norma técnica.

c) Definição de conteúdo da regulação

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

Ou, ainda, consoante o Acórdão nº 1.546/2014, ao determinar à ANS que, “dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da notificação do presente acórdão, elabore um cronograma de implantação da sistemática de ressarcimento ao SUS de forma a priorizar o processamento e cobrança de procedimentos ambulatoriais de média e de alta complexidade mais recentes”.

¹⁵ Cf. Acórdão TCU nº 0548/2014.

¹⁶ Acórdão TCU nº 0326/2014.

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

No Acórdão nº 2.301/2014, o TCU editou medida cautelar suspendendo a publicação das condições do leilão de licitação da faixa de 700 MHz e aprovou com ressalvas o certame. Para as próximas licitações, recomendou que a Anatel adotasse premissas compatíveis com os diferentes cenários de estudo, bem como que considere no cálculo do custo de capital de terceiros as diversas possibilidades de obtenção de financiamentos.

e) Disciplina dos relatórios de gestão das Agências Reguladoras

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

Arrogando-se de competência normativa, o TCU editou a IN nº 63/2010 para disciplinar o modo de elaboração dos relatórios de gestão, cuja disposição dos resultados valorizam a comunicação com o Tribunal. Deste modo, o relatório de gestão, que tradicionalmente se voltava ao público em geral para conhecimento das atividades desempenhadas pelo órgão ou ente administrativo no ano, passou a ser um instrumento uniformizado e de checagem de comunicação com o TCU. Em julgados analisados, constatou-se que o TCU determinou a inclusão de itens nesses relatórios de gestão. É o exemplo do Acórdão nº 842/2012, em que se *determinou* às Agências Reguladoras a discriminação da arrecadação das multas nos relatórios de gestão. No Acórdão nº 1.665/2014, relativo ao monitoramento das determinações do Acórdão nº 842/2012 sobre a arrecadação de multas aplicadas pelas Agências Reguladoras, ficou reconhecido o descumprimento da recomendação, não se acatando a justificativa de dificuldade no recolhimento da informação. Neste segundo julgado, o TCU determinou explicação no próprio relatório de que as informações não estavam acessíveis.¹⁷

¹⁷ “9.2 determinar à Agência Nacional de Águas (ANA), à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), à Agência Nacional de Energia

No caso da ANP, percebe-se que o instrumento primordial de diálogo institucional entre a Agência e o TCU são os Relatórios de Gestão emitidos pelos entes fiscalizados anualmente, em cumprimento à IN nº 63/2010. Devido a essa Instrução Normativa, as Agências possuem, em seus Relatórios de Gestão, um capítulo especificamente destinado ao “atendimento de demandas de órgãos de controle”.

Todos os exemplos anteriormente salientados apontam para um Tribunal de Contas ativista, colocando-se na posição do regulador e, não raro, participando ativamente da regulação e das contratações públicas de infraestrutura. O que respalda essa afirmação é exatamente o caráter das *recomendações*: antes de sugestões, elas são efetivas *determinações*.

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

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

Elétrica (Aneel), à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e à Superintendência de Seguros Privados (Susep) que, em relação à determinação contida no subitem 9.6 do Acórdão 482/2012-TCU-Plenário (inclusão de seção específica sobre o tema “arrecadação de multas” nos relatórios de gestão relativos aos exercícios de 2012 a 2016), caso não consigam registrar todas as informações requeridas pelo mencionado comando, incluam nota explicativa, na mesma seção específica do relatório de gestão, com a justificativa pormenorizada para a ausência da(s) informação(ões).” Acórdão nº 1.665/2014.

operacional é uma *sugestão*. Essa distinção é ainda mais relevante quando o ente administrativo for uma Agência Reguladora, dotada de autonomia e de independência.

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

Outros pontos que chamam a atenção são a fungibilidade dos instrumentos utilizados e o uso acriterioso das expressões “*recomendação*” e “*determinação*”. Os casos analisados consistiam de representações, acompanhamentos de outorga, prestações de contas e desdobramentos, além de diversos tipos de auditoria: de qualidade, de conformidade e operacional. Não importa o instrumental utilizado, caso julgue oportuno, a decisão do TCU será a mesma. A diferença parece mais como o caso se inicia do que sua decisão. Ademais, não é clara a diferença entre as decisões. Por exemplo, quanto às metodologias citadas no parágrafo anterior, elas aparecem sob a forma de que se deve dar ciência à agência de que a metodologia apresenta fragilidades; recomenda-se o desenvolvimento de metodologia; e determina que se elabore normativos específicos.¹⁸ Em suma, uma recomendação pode se distinguir de uma determinação apenas pelo seu próprio verbo.

A materialização dos comandos aos órgãos e entes controlados em determinação ou recomendação é de criação prática, impulsionada a partir do aprimoramento do controle operacional pelo TCU. Sem previsão na Lotcu, a prática da “*recomendação*” foi reconhecida no Regimento Interno do TCU,¹⁹ mas sem a necessária sistematização que pudesse balizar o emprego das recomendações. Essa ausência de sistematização tem levado o TCU a fazer recomendações ou determinações por fórmulas outras, em especial a *ciência*.²⁰

¹⁸ Respectivamente, Acórdão TCU nº 8.666/2011, Acórdão TCU nº 436/2014 e Acórdão TCU nº 2.889/2014.

¹⁹ É o texto do art. 250, inc. III, do Regimento Interno do TCU: “art. 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator do Tribunal: [...] III — recomendará a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações” (destacamos).

²⁰ Assim se verificou, por exemplo, no Acórdão nº 2.135/2017, em que o TCU apresentou as determinações à Anvisa como *ciência*: “9.8. dar ciência à Agência Nacional de Vigilância

Outras fórmulas também são empregadas, como os *esclarecimentos*. No Acórdão nº 1.809/2016, relativo a embargos de declaração contra relatório de auditoria,²¹ que estabeleceu recomendações e determinações acerca dos bens reversíveis vinculados ao sistema de telefonia fixa comutável (STFC), um dos pontos mais sensíveis na modelagem de projetos e alocação de investimentos no setor de telecom. Ao confirmar a decisão recorrida, o TCU apresenta *esclarecimentos*, que nada mais são que acréscimos interpretativos de natureza determinatória. Na tentativa de trazer à tona o sentido dos comandos utilizados pelo TCU na auditoria sobre tutela e fiscalização pela Anatel de bens reversíveis na infraestrutura de telecom, o TCU terminou por fixar novas determinações. Dos cinco esclarecimentos constantes na decisão recursal, ao menos três merecem destaque:

9.2. esclarecer à Anatel que:

9.2.1. a definição de bens reversíveis constante do art. 3º, IV, do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis (RCBR), editado por essa agência reguladora, foi considerada adequada pelo TCU;

[...]

9.2.3. sua proposta alternativa à implementação da determinação contida no item 9.2.1 do acórdão embargado não foi acolhida pelo TCU;

[...]

9.2.5. em princípio, eventuais alterações futuras no Regulamento de Bens Reversíveis editado pelo ente regulador não impedirão o cumprimento das determinações proferidas no acórdão em tela.

Saliente-se também a alta convicção por parte do TCU de que a interferência que ele faz na regulação, de certa forma até substituindo a regulação praticada pelas Agências por soluções formuladas por sua unidade técnica, é benéfica para a administração pública. Para o Tribunal, sua interferência acarretará na melhoria da qualidade da regulação.²²

Sanitária (Anvisa) sobre as seguintes impropriedades e falhas, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes: 9.8.1. falta de encaminhamento da minuta do PDTI para deliberação da Diretoria e endereçando os pontos da ciência, comportando-se como autênticas determinações”.

²¹ Acórdão nº 3.311/2015.

²² Como exemplo mencionem-se as seguintes passagens que visam a legitimar a intervenção do TCU na estruturação das Agências Reguladoras e no modo de exercício das competências regulatórias: “73. No que se refere às análises técnicas, com relação aos investimentos, a atuação

A pergunta central na discussão passa a ser a seguinte: *por que o TCU confunde recomendações e determinações?* A “*reputação jurídica*” do Tribunal determinada pela Constituição termina por colocar o controlador em uma posição privilegiada ante as Agências Reguladoras. Some-se a isso o fato de as Agências Reguladoras pertencerem ao Poder Executivo, cuja reputação, quando comparada à dos controladores, tende a ser significativamente menor. Consequentemente, o TCU expande sua competência sancionatória para um campo que seria da recomendação na medida em que (i) as Agências Reguladoras possuem autonomia e independência; (ii) não há ilicitude; e (iii) há mera divergência entre interpretações ou a técnica regulatória.

3.2 Deferência das Agências Reguladoras às recomendações do TCU

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

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

Um importante achado da presente pesquisa corresponde à constatação de que as Agências Reguladoras são, em geral, deferentes às determinações

do Tribunal permitirá melhorias em processos futuros de concessões de serviços públicos realizadas pela Aneel. [...] 78. Os benefícios do controle se referem ao aumento da expectativa de controle e à melhoria da forma de atuação da Aneel”. Acórdão TCU nº 3.025/2014 (destacamos). Ainda, “registra-se que os benefícios das ações de controle decorrentes desse trabalho são considerados qualitativos e coadunam-se com os itens 56.5 (melhorar a qualidade dos serviços públicos prestados), 56.8 (aumentar a eficiência na estrutura, em procedimentos ou no exercício de competências e atribuições) e 56.9 (melhorar a gestão administrativa/melhorias na organização, na forma de atuação) do anexo da Portaria - Segecex 10/2012. (trecho de manifestação da Unidade Técnica)”. Acórdão TCU nº 2.579/2014 (destacamos).

do TCU que impactam diretamente sobre sua estruturação orgânica e modo de desempenho das funções regulatórias. Isso significa que o TCU participa intensamente da *regulação econômica dos setores regulados* na medida em que sua orientação termina por prevalecer, ainda que a Agência Reguladora tenha interpretação diversa sobre determinado conjunto normativo ou mesmo divirja sobre a melhor estratégia regulatória para lidar com uma certa questão prática.

No âmbito da Antaq, por exemplo, não se verificou resistência às recomendações do TCU sobre prorrogação de prazos.²³

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

Na linha da deferência, o Relatório de Gestão de 2014 da ANTT é bastante detalhado, indicando ponto a ponto o que foi feito naquele ano quanto às determinações do TCU. Exemplo pode ser o caso de auditoria operacional em que se averiguou o procedimento para fiscalização das concessões rodoviárias.²⁴ Foram feitas diversas determinações quanto à apuração de responsabilidades tanto das concessionárias quanto dos responsáveis envolvidos por parte da Agência, além de mudanças na forma como funcionam tais processos em seu âmbito — mais especificamente, recursos em processos administrativos deveriam deixar de ter efeito suspensivo, em regra. No Relatório de Gestão de 2014, há notícias de que diversos ofícios e memorandos foram enviados ao TCU como resposta e, ao que se percebe, as medidas vêm sendo implementadas.²⁵

A ANTT acata decisões do TCU mesmo quando elas são recomendações ou relacionadas com casos futuros. No caso de recomendações, há o caso de auditoria da fiscalização exercida em concessões rodoviárias.²⁶ Nele, além das determinações que a Agência afirmou estar cumprindo, também havia recomendações. E, conforme indica o Relatório de Gestão de 2014, o fato de

²³ Exemplo é pedido de prorrogação de prazo pela Codesa, arrendatária portuária, que também foi deferido.

²⁴ Cf. Acórdão TCU nº 3.237/2013 e Acórdão TCU nº 2.888/2014.

²⁵ São mencionados os Ofícios 81/2014/DG/ANTT, 798/2014/DG/ANTT, 896/2014/DG/ANTT, 1043/2014/DG/ANTT e 810/2014/DG/ANTT; bem como os Memorandos 24/2014/SUREG e 776/2014/SUINF. A alteração do art. 59 do regulamento anexo à Resolução nº 442/2014, artigo que confere efeito suspensivo a todo recurso administrativo, é um dos pontos em tramitação.

²⁶ Cf. Acórdão TCU nº 3.237/2013.

serem recomendações não faz diferença para a Agência. Das 14 recomendações feitas, seis são consideradas atendidas pela Agência e as outras estão em procedimento de análise ou em fase de cumprimento. O TCU monitorou tal caso em 2015, mas apenas em relação às determinações.²⁷ Ou seja, mesmo o TCU dando ênfase apenas ao cumprimento de determinações, a Agência investiu tempo e recursos em implementar, também, as recomendações.

A deferência às determinações do TCU é incontestável, porquanto da análise do Relatório de Gestão 2014 da ANS²⁸ notamos que no capítulo específico para *atendimento de demandas de órgão de controle*, campo *cumprimento das deliberações do TCU atendidas no exercício*, a ANS toma as recomendações do Tribunal como obrigatórias. Não há qualquer demonstração de resistência ou de tentativa de diálogo institucional, visto que o campo *análise crítica dos fatores positivos/negativos que facilitaram/prejudicaram a adoção de providências pelo Gestor* foi sempre preenchido com *não houve fatores críticos para adoção de providências pelo gestor*.

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

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

²⁷ Por meio do AC-TCU 31/2015.

²⁸ Disponível em: <www.ans.gov.br/aans/transparencia-institucional/prestacao-de-contas/relatorios-de-gestao>. Acesso em: 4 jul. 2016.

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

O cumprimento das recomendações do TCU é enaltecido pelas Agências Reguladoras, que o definem como uma meta a ser alcançada. Ao analisar os relatórios de atividades das Agências, deparamo-nos com itens específicos destinados a indicar o cumprimento das recomendações do TCU. Em parte, isso se deve à disciplina dos relatórios de atividades pela IN TCU nº 63/2010, como analisado. Porém, não se pode perder de vista que a implementação das determinações do TCU por Agências Reguladoras é tida como um comportamento de eficiência e que valoriza a governança regulatória.

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

Sobre a responsabilização dos gestores, indicamos que o julgamento pela irregularidade das contas dos entes fiscalizados pode recair na responsabilização dos gestores, inclusive caracterizando atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92, art. 11). Da mesma forma, outro efeito importante está na possibilidade de se punir o agente ímprobo com a consequente inelegibilidade, desde que configurada a irregularidade da aplicação dos recursos e o prejuízo ao erário, e que este tenha agido com dolo.²⁹

O controle externo do TCU sobre as Agências Reguladoras tem igualmente impactado na gestão interna de competências e órgãos. O volume de acórdãos com determinações e recomendações, cuja observância é altamente esperada pelo controlador, determinou que várias delas criassem um órgão

²⁹ Cf. art. 1º, inc. I, g, da Lei Complementar nº 64/1990.

especializado em responder às demandas ou racionalizassem o método de diálogo institucional com o TCU. Exemplo disso é a criação pela Anvisa do *Plano de Providências* relativo aos Acórdãos emitidos pelo TCU em 2015.³⁰

As normativas de 2015 que vêm a complementar a IN 2013 também impactam no modo de informar das Agências Reguladoras, ao determinarem uma série de pontos de endereçamento. Assim, por exemplo, coloca-se o ônus de consolidação de informações de competência da auditoria interna da Agência no órgão de elaboração do relatório de atividades. O cumprimento desse dever pressupõe que a Agência realize auditorias internas anuais, obrigação esta não prevista em qualquer lei formal, mas de alcunha do próprio TCU.³¹

A aproximação entre o tratamento do controle do TCU no âmbito interno da Agência Reguladora importa na medida em que o objeto de pesquisa do Observatório do Controle não é apenas mapear o diálogo institucional travado entre eles, mas também a qualidade desse diálogo. Afinal de contas, seria essa sistemática de controle benéfica à atividade-fim regulatória? Um dos efeitos apontados por Lipisky na rotinização é exatamente a tendência de respostas formais, de menor qualidade e com menor potencial de resolução de problemas concretos.³² Certamente que a rotinização nas Agências Reguladoras brasileiras decorre de aspectos contingenciais de nossa burocracia pública, como a escassez de recursos, o alto volume de trabalho e a insegurança jurídica ensejada por regras pouco claras sobre o comportamento a ser adotado no caso concreto, conferindo aos funcionários significativas margens de discricionariedade para decidir.

Porém, também é a rotinização estratégica para lidar com o controle do TCU. Isso fica claro no âmbito da Anvisa, cuja Unidade de Auditoria Interna orienta às suas unidades técnicas que devem trabalhar no diálogo institucional o *comportamento de subserviência* constatado na pesquisa:

³⁰ Cf. Relatório de Atividades, p. 130.

³¹ No caso da Anvisa, por exemplo, a Unidade de Auditoria Interna passou em 2015 a informar a Assessoria de Planejamento, responsável pela elaboração do Relatório Anual de Gestão da Anvisa, sobre as informações de competência da mesma.

³² Cf. LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. Anniversary, expanded, updated edition. Nova York: Russell Sage Foundation, 2010. p. 99 e ss. Para a introdução do conceito no panorama nacional, cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Agentes públicos de linha de frente: a ponta criadora do direito administrativo. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O direito administrativo na atualidade*. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 1, passim.

Dentre as orientações, solicita-se ao gestor a utilização de redação escorreita, objetiva, além da completude suficiente para o entendimento da providência adotada, uma vez que tais informações constarão em instrumentos de prestação de contas da Agência.³³

Muito embora o trecho não expresse que todas as recomendações e determinações devam obrigatoriamente ser acatadas no âmbito da Anvisa, resta claro que esse é o comportamento-padrão esperado. Tanto que nessa estratégia não são mencionados argumentos de resistência às investidas do TCU, como a reapresentação da motivação do ato regulatório, a anexação do processo regulatório, as regras de competência institucional que preservam a decisão regulatória ou a elaboração de um diálogo mais efetivo e qualificado com as razões de fato e de direito para não se tomar qualquer providência no caso concreto. Simplesmente se depreende que *alguma providência* será adotada pela Agência a mando do TCU.

Tem-se, portanto, uma mistura tipicamente brasileira de *rotinização* com *temor* do controlador que afeta significativamente o funcionamento institucional das Agências Reguladoras. Não nos surpreende, portanto, o resultado de pesquisa alcançado sobre a reação das Agências Reguladoras com relação ao controle do TCU: nenhuma recomendação ou determinação ficou sem resposta.

Rotinização e temor resultam na *baixa qualidade da motivação no diálogo institucional entre TCU e Agência Reguladora*.

3.2.2 Resistência das Agências Reguladoras em acatar as recomendações do TCU

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

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

³³ Relatório de Atividades Anvisa 2015, p. 217.

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

Dois acórdãos de 2014 relativos à ANTT apreciavam embargos de declaração³⁴ e são exemplos de resistência às recomendações do TCU. Um deles, de fato, era uma inexatidão material em âmbito de controle e fiscalização de concessão rodoviária.³⁵ No outro caso, a ANTT pretendia rediscutir a matéria, também de concessão ferroviária, e, de certa forma, conseguiu, com o TCU tornando insubsistentes algumas das determinações.³⁶ Por exemplo, em sede de embargos, o TCU reexaminou o uso de uma tabela para cada estado em que ocorre a concessão, com impacto no preço. Em termos simples, dependendo da tabela adotada, os valores da concessão seriam maiores ou menores. Em sede de embargos, decidiu-se que a tabela utilizada deveria ser a do Mato Grosso, em que maior parte da concessão se localizava. Esse padrão de eventual resistência se mantém, com a oposição de embargos de declaração, em caso que se determinava à Agência desenvolvimento de metodologia de valorização imobiliária em concessão rodoviária.³⁷ Por fim, um caso deu ensejo a pedido de reexame, eis que a ANTT parece ter discordado de decisão que determinava a impossibilidade de que concessionária rodoviária cobrasse taxa de adesão ao serviço de pagamento automático de pedágio.³⁸

No Acórdão nº 1.995/2014, o TCU recomendou à Anatel a inclusão da Infraero como sócia minoritária nas sociedades a serem criadas para obter futuras concessões. Tal recomendação encontra-se presente no caso do Fiscobras e não foi contemplada nos editais de concessão lançados posteriormente.³⁹

³⁴ Cf. Acórdão TCU nº 293/2014 e Acórdão TCU nº 3.588/2014.

³⁵ O Acórdão TCU nº 3.588/2014 corrigiu o Acórdão TCU nº 2.888/2014. Uma das determinações deste último falava em enviar informações sobre 36 trechos ferroviários, quando na verdade as informações desses trechos já haviam sido enviadas ao TCU, que na verdade determinava o envio dos outros trechos que não esses 36.

³⁶ Caso dos embargos apreciados no Acórdão TCU nº 293/2014, relativos ao Acórdão TCU nº 3.697/2013.

³⁷ Cf. Acórdão TCU nº 1.043/2014.

³⁸ Acórdão TCU nº 1.008/2014, conforme informado pelo Relatório de Gestão de 2014 da ANTT.

³⁹ Edital de concessão dos aeroportos de Salvador, Fortaleza e Florianópolis, publicado em 9/6/2015.

Houve um único caso em que a Antaq manifestou, primeiramente, tentativa de adequação da decisão, convolada em resistência à adoção das exigências impostas. Trata-se de acórdão⁴⁰ que abordava a preservação do equilíbrio econômico-financeiro de contrato de arrendamento de área portuária. Esse documento traz o monitoramento de determinações já fixadas em acórdão anterior,⁴¹ mas que não haviam sido cumpridas em 2014. A peculiaridade desse conflito reside na tentativa de diálogo estabelecido pela Antaq com o TCU. Devido ao não cumprimento das determinações anteriormente estabelecidas, o Tribunal insistiu na cobrança por meio do monitoramento. A Agência, diante do próprio descumprimento, pleiteou a prorrogação do prazo para efetivação das exigências, o que foi aceito pelo TCU. No entanto, ao final do prazo prorrogado, as medidas ainda não haviam sido implementadas pela Antaq, que, então, realizou novo pedido de alongamento da data-limite. Neste episódio, o TCU novamente acolheu a solicitação, mas, devido ao reiterado descumprimento, impôs novas determinações à Agência, bem como condenou o diretor em exercício da época ao pagamento de multa pecuniária.⁴²

A partir de então, iniciou-se intenso diálogo, em que a Agência tentou justificar o descumprimento reiterado das determinações, de modo a inclusive apontar responsabilidade do próprio TCU pela eventual omissão em publicar documentos que vincularia a obediência da Antaq. Além disso, houve ainda demanda por reexame da decisão que ensejava multa pecuniária do ex-dirigente. Este único caso de resistência da Antaq às recomendações do TCU reflete preocupação pontual acerca dos prejuízos que a agência e um de seus ex-diretores podem sofrer, mas não questiona a interferência do TCU na atividade-fim da agência. No geral, tratando-se do diálogo institucional entre Antaq e TCU, existe clara deferência da Agência em relação às determinações do Tribunal.

Importante ressaltar que *não há questionamentos jurídicos sobre as recomendações*. As Agências Reguladoras não questionam a competência legal do TCU em lhes dirigir as recomendações de caráter mandatório, com prazo, inclusive. Tampouco indicam que a interpretação do TCU sobre uma determinada norma é ilegal ou que a atuação do controlador exorbita a esfera

⁴⁰ Cf. Acórdão TCU nº 732/2014.

⁴¹ Cf. Acórdão TCU nº 4.273/2010.

⁴² Acórdão TCU nº 1.149/2015.

de suas competências. Em suma, a resistência às recomendações do TCU se limita à inviabilidade prática de cumpri-las, e não por qualquer outra razão relacionada com os limites do controle ou o resguardo das competências regulatórias, o que inclui a preferência da interpretação normativa pelo regulador em detrimento do controlador.

O Acórdão nº 482/2012, por exemplo, determinou que a Anatel incluísse item em seu relatório de gestão sobre a arrecadação de multas, o que foi reafirmado no Acórdão nº 1.665/2014, em que se acompanhou a primeira decisão. Como resposta, a Anatel apresentou o seguinte diálogo em seu relatório de gestão relativo ao ano de 2013:

Justificativa para seu não cumprimento: Análise da AUD: Tendo em vista a inserção dos dados solicitados no Relatório Anual de 2012 (fls. 49/52), entende-se que a demanda está sendo cumprida. Sugere-se nova avaliação da disponibilização dos dados solicitados em maio de 2014.⁴³

No caso da *regulamentação dos agrotóxicos*,⁴⁴ a resistência da Anvisa com relação às recomendações do TCU corresponde à postergação por período indeterminado do cumprimento, até que soluções internas sejam adotadas. Não há, contudo, questionamento quanto ao mérito: a reação da Agência é deferente em todo o resto. Coexistem, todavia, a necessidade de trazer resposta célere e deferente ao TCU com o temor da autarquia em sofrer algum tipo de sanção deste. A fundamentação não é muito extensa, convergindo com a hipótese do controle significativo do TCU sobre as atividades-fim das Agências.

A Aneel é a única Agência Reguladora analisada cujo comportamento destoa do cenário anteriormente descrito, pois a pesquisa demonstrou que a Agência possui um grau de deferência menor quando comparado com as demais Agências Reguladoras. Como exemplo, mencionem-se as respostas ao Acórdão nº 2.316/2014 (caso do atraso de entrega de obras e descompasso da entrega de empreendimentos de geração e transmissão) e ao Acórdão nº 1.587/2014 (caso da revisão tarifária da Cemig). Em ambos os casos, a Aneel deixa o cumprimento das recomendações em segundo plano, construindo

⁴³ ANATEL. *Relatório de gestão do exercício de 2013*, 2013. p. 187.

⁴⁴ Cf. Acórdão TCU nº 2.597/2014 e Ofício 92/2015 CG/Gadip/Anvisa.

interessante argumentação contra as decisões do TCU. Porém, é o *caso obras para geração e transmissão de energia elétrica* que melhor representa a resistência da Aneel às recomendações do TCU.⁴⁵

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

Como de praxe nos acórdãos sobre a Aneel analisados nessa pesquisa, o voto trata de uma mera repetição da conclusão do relatório, com muito pouco conteúdo jurídico, que costuma estar concentrado inteiramente no relatório elaborado pela unidade técnica, no caso, a Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação de Energia e Comunicações (SefidEnerg). As seguintes recomendações foram endereçadas à Aneel:

1. Adoção e encaminhamento ao TCU, da decisão de Diretoria em relação ao atraso das usinas do Madeira e ao pleito da usina Santo Antônio, referente ao Processo Aneel 48500.001273/2008 (a concessionária requer a compensação do que foi pago a título de Encargo de Uso do Sistema de Transmissão e a postergação dos contratos regulados até a entrada em operação comercial do sistema de transmissão definitivo);
2. Elaboração e encaminhamento ao TCU, em ação conjunta com o Ministério de Minas e Energia e em articulação com outros agentes do setor elétrico, de estudos baseados em leilões anteriores, em que sejam considerados os prazos que as concessionárias realmente têm utilizado para a implantação dos empreendimentos de geração e transmissão de energia elétrica, bem como as causas dos eventuais atrasos, de forma a possibilitar uma retroalimentação na etapa do planejamento de futuros leilões, com o objetivo de adotar prazos mais compatíveis com a realidade da execução das obras de cada tipo de empreendimento;
3. Avaliação, junto com o Ministério de Minas e Energia (MME), acerca da pertinência de adotar critérios de aferição da exequibilidade das propostas referentes às concessões de serviços de energia elétrica, com base na aplicação subsidiária da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

⁴⁵ Cf. Acórdão TCU nº 2.316/2014.

Ainda foi recomendada a interconexão dos bancos de dados de geração e transmissão da Aneel, uma vez que o banco de dados da Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Geração não se vincula ao banco de dados do Sistema de Gestão da Transmissão. Essa interconexão permite identificar quais empreendimentos de transmissão têm que estar concluídos para permitir a entrada em operação de determinado empreendimento de geração.

A Aneel, em seu Relatório de Gestão de 2014, responde às demandas do TCU alegando que sua equipe já se reuniu com o MME, uma vez que algumas determinações requisitavam a ação conjunta entre Ministério e Agência. A Aneel solicita a prorrogação do prazo para cumprimento das determinações a serem realizadas em conjunto com o MME. Além disso, a Agência afirma ter entrado com pedido de reexame contra a determinação acerca da decisão da Diretoria em relação ao atraso das usinas do Madeira e ao pleito da usina Santo Antônio. A Aneel simplesmente não responde nada sobre as demais recomendações do TCU, restringindo-se a explicar que serão respondidas após as determinações serem atendidas.

4. Unidade técnica versus ministros: quem é o TCU?

O Tribunal de Contas da União é composto por nove ministros reunidos em um órgão deliberativo — o Plenário —, sendo um terço deles escolhido pelo presidente da República com aprovação do Senado Federal e dois terços pelo Congresso Nacional.⁴⁶ Porém, a estrutura do TCU mostra-se mais complexa que a simples descrição do colegiado do Tribunal.

Primeiramente, o fato de o Plenário ser formalmente o órgão superior no TCU não diminui a importância de seus outros órgãos no controle da administração pública. Especificamente com relação ao objeto da presente pesquisa, duas outras instituições são relevantes na análise: o *Ministério Público junto ao TCU*^{47 48} e a *Secretaria de Controle Externo* (Secex). A fiscalização das

⁴⁶ Cf. art. 72, §2º, da Constituição Federal.

⁴⁷ O Ministério Público junto ao TCU é formado pelo procurador-geral, por três subprocuradores-gerais e por quatro procuradores, com competência para auxiliar o TCU em suas atividades de fiscalização e com assento no Plenário.

⁴⁸ Em apenas um acórdão houve manifestação do Ministério Público, o Acórdão nº 3.023/2014: “Representação formulada pelo Grupo de Trabalho em Telefonia da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF), versando sobre a necessidade de se apurar a legalidade e a legitimidade de atos da Agência Nacional de Telecomunicações — Anatel afetos ao acompanhamento dos contratos de telefonia fixa, especificamente no que se refere à

concessões de serviços públicos, um aspecto central das Agências Reguladoras analisadas, fica a cargo da Secretaria de Fiscalização de Desestatização (Sefid). A Sefid é dividida em três Diretorias em torno das quais os setores foram distribuídos. Assim, as concessões e demais contratações envolvendo o setor elétrico e petróleo ficam a cargo da 1ª Diretoria (SefidEnergia); o setor postal e o setor de telecomunicações são fiscalizados pela 2ª Diretoria; por sua vez, os setores de transporte — terrestre, aquaviário e de passageiros — estão sob a fiscalização específica da 3ª Diretoria (SefidTransp). Hoje a 2ª Diretoria e a 3ª Diretoria atuam conjuntamente, formando a Sefid Energia e Telecomunicações.

Em resumo, temos que a SefidEnergia fiscaliza a Aneel, a ANP e a Anatel, enquanto a SefidTransp fiscaliza a ANTT, a Antaq e a Anac. Ademais, definiu-se que a Ancine se submete à fiscalização SecexRJ e tanto a ANS quanto a Anvisa se submetem à SecexSaúde.⁴⁹

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

Art. 42, Resolução nº 214/2008 do TCU

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

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

O cargo de auditor do TCU é de provimento efetivo e recebeu tratamento constitucional específico devido à importância desse cargo para o funcionamento do Tribunal. Primeiramente, a Constituição estabeleceu sistema de rodízio na nomeação dos ministros: um ministro é indicado livremente pelo presidente da República, enquanto dois ministros devem ser indicados entre

elaboração de estudos sobre sanções proferidas pela Agência em face das concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC)”. Acórdão TCU nº 3.023/2014, Plenário, rel. min. José Jorge.

⁴⁹ Cf. Memorando-Circular 3/2013/Semag.

“*auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal*”, em lista tríplice segundo critérios de antiguidade e merecimento.⁵⁰ O preceito constitucional indica a relevância do cargo de auditor na dinâmica do controle pelo TCU, apontando para uma forte sinergia e entrosamento entre ministros e auditores.

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

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

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

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

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

A pesquisa empírica desenvolvida demonstra que este desenho impacta diretamente no modo de controle das Agências Reguladoras pelo TCU. Especificamente neste tipo de controle, *o órgão principal é o órgão técnico*, ou seja, os auditores, e não o Plenário. Ocorre que o relatório elaborado pelos auditores

⁵⁰ Cf. art. 73, §2º, inc. I, da Constituição Federal.

é mais do que a síntese da auditoria, mas a verdadeira *motivação do controle*, tendo em vista que a fundamentação dos ministros se limita a reproduzir os argumentos técnicos apresentados no relatório. É perceptível a *diferença de motivação* entre os votos dos ministros e o relatório de auditoria.

A fundamentação se encontra prioritariamente nos relatórios da unidade técnica responsável, quase inexistindo explanação de motivos nos votos em si. Quando, excepcionalmente, o voto aparece bem fundamentado, o que se encontra é uma reprodução fiel dos argumentos apresentados no relatório, de modo que os ministros não trazem, eles próprios, novos fatos, argumentos ou perspectivas sobre os casos, mas apenas seguem o posicionamento da unidade técnica.

Ocorre que as decisões finais da Corte de Contas são altamente deferentes ao posicionamento de seu corpo técnico. Percebe-se, aliás, que as motivações apresentadas no voto dos ministros tendem a ser fracas, não estabelecendo uma correlação entre fatos, provas, esclarecimentos e parte dispositiva. A constatação desse fato impossibilita a extração de uma *ratio decidendi* precisa e que estabeleça um nexos de causalidade entre o objeto de análise e a determinação/recomendação exarada.⁵¹

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

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

O teor subjetivo da legislação brasileira acerca do controle externo atuando na eficiência dos gastos realizados pelas entidades públicas acarreta distorções prejudiciais à interpretação dos limites de atuação do Tribunal. Nesse sentido, a título de exemplificação, a interpretação do art. 70 da Constituição combinada com os artigos 230 e 239, II, do Regimento Interno do

⁵¹ No Acórdão TCU nº 0424/2014, por exemplo, a votação não foi motivada e a decisão do Plenário se apoiou integralmente no relatório técnico.

TCU,⁵² gera um efeito nefasto na atividade regulatória da agência, visto que induz a agência a aceitar recomendações da Corte de pronto, como se fossem determinações, ou melhor, como se fossem verdadeiros provimentos jurisdicionais. O Tribunal, destarte, por meio de fiscalizações operacionais⁵³ aprecia e exerce indiretamente a atividade regulatória da agência ao induzir comportamentos com determinações/recomendações.

Em alguns casos pontuais, porém, os ministros não seguiram o relatório. Na Anac, por exemplo, apenas um dos seis casos apresentava voto destoante do relatório. O Congresso pediu a inclusão de uma terceira pista no projeto do Galeão, que fora entendido como improcedente pela unidade técnica. Sua fundamentação se deu no sentido de que a autonomia da Agência deveria ser preservada, especialmente por já terem sido realizadas audiências e consultas públicas sobre o tema. Os ministros, entretanto, optaram por acatar o pedido do Congresso e encaminhar a recomendação à Anac sem, contudo, fundamentar a decisão.

Assim, no estudo do controle pelo TCU é de primeira relevância compreender que vertente do Tribunal está na linha de frente do controle: se é o Plenário ou o órgão técnico. No caso do controle das Agências Reguladoras

⁵² O art. 70 da Constituição, por exemplo, dispõe que *a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder*, dando ao TCU um plexo de competências que, se interpretadas de modo deturpado, possibilitam a interferência dele nas funções finalísticas das Agências Reguladoras. Tanto é verdade que o TCU atribuiu competência a ele mesmo para fiscalizar as entidades do setor público utilizando, inclusive, o critério de eficiência, uma vez que positivou em seu Regimento Interno, art. 230 (Capítulo III – Fiscalização), que o Tribunal, *no exercício de suas atribuições, poderá realizar, por iniciativa própria, fiscalizações nos órgãos e entidades sob sua jurisdição, com vistas a verificar a legalidade, a economicidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade de atos, contratos e fatos administrativos (g.n.), outorgando a si próprio, quando utilizar o mecanismo da auditoria, avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados (art. 239, inciso II, Regimento Interno do TCU, g.n.)*.

⁵³ A fiscalização operacional, um dos corolários do art. 70 da Constituição Federal, ganhou contornos interpretativos, pelo menos à luz do próprio Tribunal de Contas, no sentido de atribuir à Corte de Contas competência para fiscalizar a eficiência, efetividade e eficácias das políticas públicas adotadas pelos órgãos públicos. Nesse sentido, a fiscalização operacional, na ótica do Tribunal de Contas, *“corresponde à introdução das modernas técnicas de auditorias de programas, buscando avaliar a efetividade da gestão pública. Esse singular vocábulo, quando integrado ao texto constitucional, legitimou e desencadeou profundas alterações nos métodos de atuação das Cortes de Contas brasileiras, sob liderança e inspiração do TCU”*. LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria, jurisprudência e mais de 500 questões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 30.

pelo TCU, a pesquisa empírica aponta que o conteúdo do controle é definido pelo órgão técnico, cujas recomendações são chanceladas pelo Plenário e passam a ser as recomendações do TCU. É junto ao órgão técnico, portanto, que as Agências Reguladoras devem focar no diálogo regulatório em torno do controle pelo TCU.

5. Considerações finais

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

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

Em termos mais específicos, considerando a complexidade da dinâmica de controle das Agências Reguladoras pelo TCU, com forte atuação da unidade técnica, temos que os órgãos técnicos do TCU compostos por auditores são fortemente acreditados pelo Plenário. Mais importante que verificar o "*discurso de confiança*" dos ministros com relação às análises dos órgãos técnicos, preferimos analisar o regime jurídico que conforma o diálogo institucional entre Agências e TCU, bem como avaliar fontes de gestão pública primária, notadamente os Acórdãos proferidos pelo TCU. Evidenciamos que os órgãos técnicos do TCU, muitas vezes em cooperação com o Ministério Público junto

ao Tribunal de Contas, gozam de maior prestígio junto ao Plenário do TCU que as Agências Reguladoras.

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

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

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

Referências

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

_____; KRAUSE, George. Reputation and public administration. *Public Administration Review*, v. 72, p. 26-32, 2012.

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

GOLÇALVES NETO, Luiz Alonso. O controle da regulação — limites ao controle do Tribunal de Contas aos atos de Agências Reguladoras. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 43, p. 199-235, 2007.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre Editais de Licitação não publicados — controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 47, p. 209-230, 2014.

KOMESAR, Neil. In search of a general approach to legal analysis: a comparative institutional alternative. *Mich. L. Rev.*, v. 79, p. 1350-1392, 1981.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria, Jurisprudência e mais de 500 questões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. Anniversary, expanded, updated edition. Nova York: Russell Sage Foundation, 2010.

MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências Reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2, p. 25-62.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Agências Reguladoras, diálogos institucionais e controle. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 49, p. 159-189, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Agentes públicos de linha de frente: a ponta criadora do direito administrativo. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O direito administrativo na atualidade*. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 1, p. 681-700.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 140-185.

ROSilHO, André Janjácómo. *Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese (doutorado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SCHUCK, Peter H. *Why government fails so often. And how it can do better*. Princeton University Press, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Tribunal de Contas da União e a regulação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 194, p. 73-79, 2018.

____; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, p. 866-890, 2017.

ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das Agências Reguladoras. *Fórum Administrativo — Direito Público — FA*, Belo Horizonte, v. 11, p. 3-7, 2002.