

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito

DANIEL MARÇONI SANTOS SILVA

**ACORDOS ADMINISTRATIVOS E O TCU:
os limites ao controle externo sobre os acordos substitutivos de sanção**

Belo Horizonte
2021

DANIEL MARÇONI SANTOS SILVA

**ACORDOS ADMINISTRATIVOS E O TCU:
os limites ao controle externo sobre os acordos substitutivos de sanção**

Versão final

Monografia de especialização apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo.

Orientadora: Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva

Belo Horizonte

2021

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB-6/3167.

S586a Silva, Daniel Marçoni Santos
Acordos administrativos e o TCU [manuscrito]: os limites
ao controle externos sobre o acordo substitutivos
de sanção / Daniel Marconi Santos Silva. -- 2021.
26 f.

Monografia (especialização) - Universidade Federal de
Minas Gerais, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f.24-26.

1. Brasil - Tribunal de Contas da União. 2. Direito
administrativo. 3. Agências reguladoras de atividades
privadas. 4. Controle administrativo I. Silva, Cristiana
Maria Fortini Pinto e. II. Universidade Federal de Minas
Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 351.94



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

FOLHA DE APROVAÇÃO

ACORDOS ADMINISTRATIVOS E O TCU: os limites ao controle
externo sobre os acordos substitutivos de sanção.

DANIEL MARÇONI SANTOS SILVA

Monografia submetida à Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Curso de ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO, como requisito para obtenção do certificado de Especialista em DIREITO ADMINISTRATIVO, área de concentração DIREITO ADMINISTRATIVO.

Aprovada em 09 de setembro de 2021, pela banca constituída pelos membros:

Prof.^a Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva - Orientadora
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof.^a Daniela Mello Coelho Haikal
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof.^a Ariane Sherman Morais Vieira
Universidade Federal de Minas Gerais

Belo Horizonte, 09 de setembro de 2021.



Documento assinado eletronicamente por Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva, Professora do Magistério Superior, em 14/09/2021, às 12:33, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

Documento assinado eletronicamente por Daniela Mello Coelho Haikal, Professora do Magistério Superior, em 15/09/2021, às 16:48, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por Ariane Shermam Morais Vieira, Usuário Externo, em 15/09/2021, às 18:32, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador 0954740 e o código CRC A6B51537.

RESUMO

O TCU analisando procedimento de Representação (Acórdão nº 2121/2017) instaurado para averiguar possíveis irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a empresa Telefônica Brasil S/A, concluiu não haver óbices para a celebração do referido acordo que tratava da conversão de multa em investimentos no setor de telecomunicações. Além da magnitude do acordo em si, que previa um montante superior a 2 bilhões de reais, havia apreensão quanto a manifestação do Tribunal quanto a juridicidade dos acordos administrativos celebrados pela Agências Reguladoras para substituição de sanções, uma manifestação em sentido contrário, poderia inviabilizar essa prática consensual. Com a decisão, o TCU chancelou a validade jurídica dos acordos substitutivos de sanção, entretanto, impôs condicionantes sobre a atividade-fim exercida pela Anatel, uma vez que, além de outras determinações, o Tribunal exigiu a apresentação de minuta do TAC antes de sua celebração pela agência autônoma. Ocorre que não existe lei ou regulamento que autorize a realização pelo TCU de controle prévio sobre a atividade-fim das Agências Reguladoras, especialmente, sobre as cláusulas e metas dos acordos voltados a substituir o processo administrativo sancionador ou a própria sanção, conforme seu regime específico, pois não detém o Tribunal competências para deliberar sobre matéria de natureza regulatória. Assim sendo, o objetivo precípuo desta pesquisa está em demonstrar a existência de limites legais ao controle exercido pelo TCU sobre os acordos substitutivos de sanção celebrados pelas Agências Reguladoras, em cumprimento de suas atribuições legais e em materialização da consensualidade administrativa. Para a persecução deste fim, foi adotado como marco teórico a afirmação feita pela professora Juliana Bonacorsi de Palma de que a consensualidade deve ser reconhecida como técnica de gestão administrativa em que à Administração Pública negocia sua imperatividade em prol de uma solução mais eficiente ao caso concreto. O caminho metodológico percorreu a análise da Constituição da República de 1988, legislações e regulamentos setoriais, conteúdos doutrinários e a jurisprudência do próprio TCU, em especial os *leading cases*: Acórdão nº 2.121/2017, Acórdão nº 716/2019 e o Acórdão nº 548/2020, tratando-se de uma pesquisa teórica dividida em dois capítulos, sendo o primeiro objetivando a análise dos acordos administrativos como materialização da atuação administrativa

consensual e o segundo capítulo a análise dos *leading cases*, o controle exercido pelo TCU sobre os acordos administrativos celebrados pelas Agências Reguladoras e seus limites, tendo em vista o exercício das competências regulatórias atribuídas por lei a esses órgãos autônomos da Administração Pública brasileira.

Palavras-chave: Consensualidade. Acordos administrativos. Agências Reguladoras. Tribunais de Contas da União. Competência regulatória.

ABSTRACT

When analyzed by the TCU the Representation procedure (Rule No. 2121/2017) instituted to investigate possible irregularities in the potential execution of Conduct Adjustment Commitment Terms (TAC) by the National Telecommunications Agency (Anatel) and the company Telefônica Brasil S/A concluded there were no obstacles to the execution of the agreement that dealt with the conversion of fines into investments in the telecommunications sector. In addition to the magnitude of the agreement itself, which provided for an amount exceeding 2 billion reais, there was apprehension regarding the Court's statement regarding administrative agreement's legality entered into by the Regulatory Agencies to replace sanctions and, a statement to the contrary, could make this consensual practice unfeasible. With the decision, the TCU confirmed the legal validity of the substitutive sanction agreements, however, it imposed conditions on the target activity carried out by Anatel, since, in addition to other determinations, the Court required the presentation of a draft of the TAC before its celebration by the autonomous agency. The fact remains that there is no law or regulation that authorizes prior control over the target activity of the Regulatory Agencies by TCU, especially on the clauses and goals of the agreements aimed at replacing the sanctioning administrative process or the sanction itself, according to its specific regime, as the Court does not have powers to deliberate on matters of a regulatory nature. Therefore, the main objective of this research is to demonstrate the existence of legal limits to the control exercised by the TCU on the substitutive sanction agreements entered by the Regulatory Agencies, in compliance with their legal attributions and in materializing the administrative consensus. With this objective in mind, the statement made by Professor Juliana Bonacorsi de Palma that consensuality should be recognized as an administrative management technique in which the Public Administration negotiates its imperative in favor of a more efficient solution to the concrete case was adopted as a theoretical framework. The methodological path followed the analysis of the Constitution of the Republic of 1988, sectorial legislation and regulations, doctrinal contents and the jurisprudence of the TCU itself, especially the leading cases: Judgment No. 2.121/2017, Ruling No. 716/2019 and Ruling No. 548/ 2020, being a theoretical research divided into two chapters, the first aimed at analyzing administrative agreements as a materialization of consensual administrative action and the second chapter analyzing leading cases and the control exercised by

TCU over administrative agreements entered into by the Regulatory Agencies and their limits, in view of the exercise of regulatory powers attributed by law to these autonomous bodies of the Brazilian Public Administration.

Key Words: Consensuality. Administrative agreements. Regulatory agencies. Federal Courts of Accounts. Regulatory competence.

SUMÁRIO

1	A CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA E OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS.....	5
1.1	A Administração Pública consensual	5
1.2	Os acordos administrativos como materialização da Administração Pública consensual.....	7
1.3	Os acordos substitutivos e a atuação administrativa eficiente	9
2	O CONTROLE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E OS ACÓRDÃOS Nº 2.121/2017, Nº 716/2019 E Nº 548/2020 DO PLENÁRIO DO TCU	11
2.1	O que foi decidido nos <i>leading cases</i> ?.....	11
2.2	As competências constitucionais do TCU para o controle da Administração Pública	15
2.3	Os limites ao controle exercido pelo TCU sobre os acordos substitutivos celebrado pelas Agências Reguladoras: regime bipartido de controle	18
3	CONCLUSÃO	23
	REFERÊNCIAS	24

1 A CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA E OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS

1.1 A Administração Pública consensual

O Estado brasileiro contemporâneo é fruto de diversas transformações ocorridas ao longo de sua história, de Estado liberal ao Estado democrático e social, não faltaram altos e baixos capazes de ditar o futuro da Administração Pública brasileira, governada por autoritários e democratas. Impulsionado pelos movimentos sociais, o Estado contemporâneo é um Estado *pluriclasse*, que organiza sua política dominante, tanto nos parlamentos quanto nos governos, de forma a garantir uma atuação política voltada ao respeito da pluralidade social.¹

No Estado *pluriclasse*, a sociedade retoma o espaço público perdido e passa a ser protagonista da política, não apenas em nível individual, mas também em nível coletivo. Esse movimento de organização estatal levou ao surgimento/fortalecimento de princípios que coadunariam com o Estado contemporâneo, são eles: o da subsidiariedade, coordenação, privatização, publicização e consensualidade.²

Importa para o presente estudo do princípio da consensualidade, que reflete a forma de agir da Administração voltada ao abandono de sua imperatividade (poder coercitivo), isto é, materializa a Administração Pública consensual ou, simplesmente, a consensualidade administrativa, buscando-se soluções consensuais mais céleres e eficientes, visto que com o “progresso das relações sociais, notadamente beneficiadas com os avanços nos campos da educação, da informação, da comunicação e, destacadamente, da democracia, tem proporcionado um campo cada vez mais amplo para atuação consensual do Poder Público”.³

A atuação administrativa consensual é técnica de gestão administrativa por meio de acordos firmados entre a Administração Pública e os cidadãos para pôr fim aos processos administrativos em curso pela negociação do exercício do poder de autoridade estatal.⁴ Para a professora Juliana de Palma:

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. 3 ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 37-39.

² Ibidem, p. 39-40.

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. parte introdutória, parte geral e parte especial. 14 ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 99.

⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 111- 112.

Antes de uma exteriorização da participação administrativa ou afirmação da democratização na Administração Pública, a consensualidade consiste em uma técnica de gestão cujo instrumento de formalização corresponde ao *acordo administrativo*. Isso significa que o acordo administrativo consiste em um dos meios para satisfação das finalidades públicas que a Administração tem ao seu dispor, o que certamente reforça o caráter instrumental da atuação administrativa consensual, dado o enfoque no fim de interesses público que a Administração deve perseguir. É de se notar que a consensualidade é formada por dois componentes mínimos, cada qual relacionado a um específico pressuposto teórico. De um lado, há o *viés cidadão* da consensualidade, determinado pela relação da concertação administrativa com a participação popular. Nessa medida, a atuação consensual da Administração Pública resulta da maior abertura do processo administrativo às manifestações dos particulares, em valorização ao civismo da sociedade, gradativamente mais participativa das deliberações públicas. Por outro lado, há o *viés pragmático* e à instrumentalização de seus mecanismos de operacionalização (eficiência). Segundo essa perspectiva, os acordos administrativos consistem em efetivas válvulas de escape a determinadas disfuncionalidades da atuação administrativa típica, de forma que a atuação concertada pela Administração pode se mostrar mais eficiente no caso concreto quando comparada com os provimentos imperativos e unilaterais. Dessa forma, a técnica de gestão consensual insere-se no estágio mais avançado de participação administrativa, pois incide sobre a própria deliberação pública, mas é fortemente caracterizada pelo pragmatismo, ou seja, pela compreensão dos acordos administrativos como mecanismos instrumentais de satisfação de finalidades públicas (funcionalizado).⁵

Para a professora Cristiana Fortini, a consensualidade administrativa garante a existência de diálogo entre Administração e cidadão que eleva a legitimidade das decisões tomadas pela Administração Pública no Estado contemporâneo:

Nesta toada, o desenvolvimento da sociedade e a experiência administrativa demonstraram que a postura clássica da litigiosidade não é a mais acertada, abrindo portas para a autocomposição de conflitos também no âmbito da Administração Pública, solução que pode ser não só mais rápida, mas, também, mais condizente com o diálogo que torna toda e qualquer decisão mais legítima e democrática.⁶

No mesmo sentido, afirma Patrícia Baptista que a “consensualidade acabou incorporada à Administração Pública, de início como uma técnica de administração e, posteriormente como uma categoria do direito administrativo”.⁷ Assim sendo, a consensualidade administrativa é modo de exercício da função administrativa, tanto como o são o ato e o contrato administrativo, e não como atividade de direito privado da Administração Pública.⁸

A consensualidade, portanto, está estritamente ligada ao incremento da

⁵ Ibidem, p. 112.

⁶ FORTINI, Cristiana. Solução extrajudicial de conflitos com a administração pública: o hoje e o porvir. *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interesse-publico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica>>. Acesso em 12 jun. 2021.

⁷ Ibidem, p. 182.

⁸ BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. 2 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 186.

participação administrativa, “[...] sobretudo aqueles providos pela abertura procedimental, que tornam possível a superação negociada dos conflitos de interesse”.⁹ Dessa forma, a Administração consensual instrumentaliza mecanismos de operacionalização processuais eficientes, sendo a contratualização sua forma mais ordenada, visando à adequação da função administrativa às exigências atuais da sociedade, que esperam do Poder Público agilidade na solução dos conflitos que se apresentam.

1.2 Os acordos administrativos como materialização da Administração Pública consensual

A solução de conflitos pela via da consensualidade, mesmo que possível anteriormente,¹⁰ mereceu atenção dos gestores públicos brasileiros na década de 1990, momento histórico em que houve a ampliação normativa e abertura do Direito Administrativo à consensualidade, sendo editadas diversas normas no âmbito da Administração Pública, em especial, na esfera federal, prevendo mecanismos para solução dos conflitos por meio da celebração de acordos.

Referida normatização da prática consensual, guarda correspondência direta com a chamada contratualização no âmbito da Administração Pública, pois, com a regulamentação aumentou-se a previsão de resolução de conflitos pela via dos contratos administrativos “em detrimento da intervenção direta estatal ou, ainda, das manifestações de autoridade do Poder Público”.¹¹

A contratualização seria termo amplo, que abrangeria dois elementos relacionados: os contratos administrativos e a concertação administrativa.¹²

Assim sendo, a Administração Pública instrumentalizou-se com o seguinte ferramental para exercício da função administrativa pela via do consenso: (i) acordos intergovernamentais; (ii) contratos administrativos; (iii) ajustes de condutas; (iv) ajustes para fins de controle; e (v) acordos administrativos.¹³

A doutrina conceitua os (i) acordos intragovernamentais como sendo aqueles celebrados entre os órgãos administrativos e entes com personalidade jurídica, celebram ajustes com objetivo de ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos

⁹ Ibidem, p. 183.

¹⁰ Vide o exemplo da possibilidade de realização de desapropriação amigável pela Administração Pública.

¹¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 239.

¹² Ibidem, p. 239.

¹³ Ibidem, p. 242-243.

órgãos ou entes da Administração Direta e Indireta, mediante *acordos de gestão*, bem como celebração de *contratos de gestão federativa associada*, estabelecidos pela Lei nº 11.107/05, os chamados *convênios*.

A Administração Pública celebra (ii) *contratos administrativos para prestação de serviços públicos*, mediante concessões comuns, nos termos da Lei nº 8.987/95 e *contratos de PPP*, nos termos da Lei nº 11.079/04. Juliana de Palma, escreve que a consensualidade está presente, ainda, nos *contratos de gestão* celebrados com organizações sociais, conforme normatizado pela Lei nº 9.637/98 e os *termos de parceria*, nos termos da Lei nº 9.790/99.¹⁴

A contratualização na atividade administrativa estaria presente também nos *contratos de parceria* normatizados na Lei de Novação Tecnológica, nos termos da Lei nº 10.973/04, *acordos regulatórios e contratos de joint ventures*.¹⁵

A consensualidade está presente, também, nos (iii) *ajustes de conduta* celebrados na esfera administrativa e judicial, mediante *termos de ajustamento de conduta (TAC)* e *termos de compromisso para substituição de sanção*, previstos na lei a ação civil pública, Lei nº 7.347/85.

Os (iv) *ajustes para fins de controle* materializam-se nos *acordos de gestão* celebrados entre partes necessariamente estatais, tratando-se de “instrumento de inovação na organização administrativa, de modo que os ajustes envolvendo exercício de atividades administrativas [...] e correção de ações estatais irregulares ou ineficientes [...]”.¹⁶

A consensualidade utilizada como alternativa à imposição da autoridade estatal conferida constitucionalmente à Administração Pública, se materializa, também, na celebração dos (v) acordos administrativos, que podem ser os seguintes:

Acordo de colaboração como aqueles que buscam contribuir para a persecução administrativa de práticas de atos infracionais, especialmente aqueles que se caracterizam como corrupção. Um exemplo famigerado de acordo de colaboração é o acordo de leniência.

Acordos endoprocedimentais que são negócios jurídicos processuais previstos no Código de Processo Civil, aplicados subsidiariamente aos processos administrativos, em que as partes convencionam ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Tais acordos são celebrados para fixação da ordem de apresentação de provas ou metodologia

¹⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 243.

¹⁵ Ibidem, p. 244.

¹⁶ Ibidem, p. 246.

de aplicação de sanções, por exemplo.

Acordos integrativos que visam a edição de um ato administrativo unilateral de modo harmônico com os interesses do destinatário, isto é, são acordos que buscam negociar o conteúdo do ato unilateral, como um cronograma para execução de condicionantes impostos, por exemplo.

Acordos para resolução de controvérsias que são os termos finais dos processos de conciliação e mediações.

Acordos negociais que viabilizam relitações, nos termos da Lei nº 13.448/17.¹⁷

A Administração Pública celebra ainda acordos com o objetivo de substituir o processo administrativo sancionador ou a própria sanção em busca de um resultado mais eficiente, são os chamados *Acordos substitutivos*.

Portanto, como instrumento regulatório fundamental para o exercício da função administrativa, os acordos administrativos materializam a chamada Administração Pública consensual, induzindo e garantindo a existência de diálogo entre Administração e cidadãos, com o objetivo de elevar a legitimidade democrática das decisões da Administração Pública no Estado contemporâneo, sua efetividade e eficiência na solução dos conflitos administrativos existentes.

1.3 Os acordos substitutivos e a atuação administrativa eficiente

Um aspecto importante da dinâmica negocial implementada pela Administração Pública está na negociação de sua prerrogativa imperativa, “[...] tanto quanto relativamente ao uso dessa prerrogativa pelo agente público como com relação à medida do exercício do poder de autoridade estatal”.¹⁸

A chamada prerrogativa imperativa é eminentemente genérica, prescindível da atividade administrativa para se efetivar e utilizada como fundamento aos demais poderes da Administração Pública. “Tal caráter genérico decorre do fato de a prerrogativa imperativa não se atrelar diretamente a uma materialidade específica”,¹⁹ materializando-se na autoridade estatal.

¹⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf>. 2018. Acesso em: 13 jun. 2021. p. 1-2.

¹⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 113.

¹⁹ Ibidem, p. 87.

Assim sendo, a prerrogativa imperativa genérica da Administração Pública, difere de outras prerrogativas estatais que apresentam conteúdo determinado, tal como a prerrogativa sancionatória, que é a competência que detém a Administração Pública para impor unilateral e imperativamente sanções administrativas mediante instauração de processos administrativos.

Essa prerrogativa compreende todo o ciclo regulatório sancionador, abrangendo regramento das infrações e sanções, a fiscalização dos serviços concedidos, permitidos ou autorizados pela Administração Pública e a aplicabilidade e execução das sanções administrativas.²⁰

Nos acordos substitutivos a dinâmica negocial empreendida pela Administração poderão se concretizar em uma relação específica, oportunidade em que terá eficácia restrita as partes do negócio (Administração e regulado), e em relações homogêneas, caso em que os processo administrativo deverá ser aberto a qualquer parte interessada, podendo a Administração Pública regular de modo homogêneo os interesses, produzindo efeitos genericamente ampliados.²¹

Como base na normativa de regência e “sempre que for motivadamente possível demonstrar, que o interesse público primário a seu cargo possa ser atendido eficientemente ou mais celeremente, bem como sem infligir prejuízo a outros interesses juridicamente protegidos,”²² a Administração Pública poderá lançar mão do uso do acordo para substituição de uma sanção administrativa aplicável com base na imperatividade estatal, por obrigações de fazer ou não fazer pelo regulado, sempre que for possível o seu uso como alternativa à imperatividade, para solução de conflitos administrativos no contexto de sua competência regulatória.

No plano normativo, constata-se forma regulamentação dos acordos administrativos, sendo a Resolução CADE-46/2007 figura jurídica pioneira e fundamental para traçar os novos contornos à dinâmica própria dos compromissos de cessação.

No âmbito das agências reguladoras, há extensa previsão da utilização dos acordos substitutivos com o objetivo de substituir sanção a ser aplicada pelas agências e para suspender o trâmite ou suspender a instauração de processo administrativo sancionador, conforme verificado na normativa de referência da ANTT (Resolução ANTT-152/2003), ANS (Resolução ANS-57/2001), ANEEL (Resolução ANEEL-333/2008), ANTAQ (Resolução ANTAQ-987/2008) e ANATEL (Resolução ANATEL-629/2013).

²⁰ Ibidem, p. 87.

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. parte introdutória, parte geral e parte especial. 14 ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 193-194.

²² Ibidem, p. 193.

A prerrogativa sancionatória não encontra fundamento no *ius puniendi* estatal, “mas, sim, na prerrogativa sancionatória prevista nos textos legais, a ser exercitada nos termos e limites definidos pelo regime administrativo ao qual se relacione”.²³

Nesse sentido, o reconhecimento dessa dinâmica negocial como forma de efetivação das prerrogativas administrativa pela via consensual, se justifica para alcançar melhores resultados ao interesse público, mediante a o exercício da função administrativa de forma menos incisiva ao regulado, com menores custos, resultados mais efetivos e eficientes, em respeito à previsão contida no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

O Estado brasileiro contemporâneo exige da Administração Pública não apenas a invocação de guardião do interesse público como justificativa de sua atuação administração, exigindo a motivação clara quanto à adequação das decisões tomadas e a eficiência dos métodos de gestão aplicados.²⁴

Isto é, a atuação administrativa consensual é meio de se efetivar uma Administração eficiente, que se utiliza de sua discricionariedade para efetivar acordos com o objetivo de assegurar uma solução adequada aos fins propostos, que considera o custo-benefício e a razoável celeridade na atuação administrativa, buscando-se os fins pretendidos pelo regulador.

A possibilidade de negociação da prerrogativa sancionatória, fundamentada na atuação administrativa consensual, por se relacionar diretamente com a competências dos órgãos administrativos e, em especial, com as competências das agências reguladoras, merecem respeito e devem ser observadas pelos órgãos de controle, preservando-se as competências constitucionais e legais da Administração Pública.

2 O CONTROLE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E OS ACÓRDÃOS Nº 2.121/2017, Nº 716/2019 E Nº 548/2020 DO PLENÁRIO DO TCU

2.1 O que foi decidido nos *leading cases*?

O Plenário do Tribunal de Contas da União (“TCU”) iniciou em 2017, com o Acórdão nº 2121/2017, a discussão técnica e jurídica sobre a atuação administrativa da Agência Nacional de Telecomunicações (“Anatel”) quando da celebração e negociação de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (“TAC”).

²³ Ibidem, p. 89.

²⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no Século XXI. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2017, p. 150.

Controvérsia iniciada após Representação ao Tribunal formulada pela então Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (“SeinfraCOM”), em face de possíveis irregularidades na futura celebração de TAC entre Anatel e empresa Telefônica Brasil S/A.

O potencial acordo a ser celebrado, fundamentado na Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), versava sobre a substituição de multas por investimentos no setor de telecomunicações, em montante histórico superior a 2 bilhões de reais.²⁵

Assim sendo, na oportunidade do julgamento do Acórdão nº 2121/2017, o Tribunal registrou não haver óbices à celebração do TAC, porém, condicionou sua regularidade ao atendimento de determinações que acarretaram o desenrolar de outras fases processuais²⁶ e, conseqüentemente, de outros dois acórdãos: o Acórdão nº 716/2019 consequência do monitoramento de cumprimento das determinações do Acórdão nº 2121/2017 e o Acórdão nº 548/2020 que acompanhou a celebração de outro TAC, distinto do TAC com a empresa Telefônica Brasil S/A, agora entre a Anatel e o Grupo TIM, que

²⁵ O TAC da empresa Telefônica Brasil S/A em agosto de 2016 era de R\$ 1,7 bilhão e se encontrava, no momento de publicação do Acórdão n. 2121/2017, em R\$ 2,8 bilhões.

²⁶ [...] 9.1. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, e considerá-la parcialmente procedente;
 9.2. indeferir o pedido de medida cautelar, ante o não atendimento dos requisitos previstos no art. 276, caput, do Regimento Interno do TCU;
 9.3. dar ciência à Anatel de que:
 9.3.1. este Tribunal não vislumbra óbice à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, desde que atendidas todas as determinações e sanadas as questões suscitadas nas oitivas contidas neste acórdão e que serão objeto de nova apreciação pelo TCU;
 9.3.2. não existe, de modo geral, impedimento à pactuação de TAC pela Anatel, visto que os atos da agência independem de pronunciamento do Tribunal de Contas da União, salvo no caso de ajustes acompanhados por esta Corte e que sejam objetos de deliberação expressa e específica em sentido contrário;
 9.3.3. 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 e do rol de obrigações assumidas, e de análise de custo-benefício do instrumento; [...]
 9.4.7. no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, realize os ajustes previstos nas determinações anteriores nos TAC que já foram aprovados na agência, submetendo as minutas ajustadas a nova aprovação pelo Conselho Diretor da Anatel, nos termos do art. 13, incisos I a VII, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e dos princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel), c/c o art. 19 da Lei 9.472/1997 (LGT) (seção VII.2 do voto condutor deste acórdão);
 9.4.8. apresente a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, e previamente à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, as medidas que pretende adotar para assegurar que os projetos executivos relativos aos compromissos em cada município, e conseqüentemente sua execução, sejam representativos estatisticamente do conjunto socioeconômico retratado nas variáveis utilizadas para cálculo do VPL (seção VII.3.3 do voto condutor deste acórdão);
 9.4.9. apresente a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, e previamente à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, a devida motivação e os critérios utilizados para fundamentar o patamar de descontos concedidos com base no art. 19 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) (seção VII.3.4 do voto condutor deste acórdão); <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/processo/2228020162>

além de outras condicionantes, caberia a observância dos comandos proferidos nos outros dois *leading cases*.

A importância histórica dos acórdãos não reside apenas na constatação de que os precedentes significam a validação pelo órgão controlador da atuação administrativa consensual em um grande caso de substituição de sanção (imperatividade) por obrigação de fazer (realização de investimentos), mas, também, de que possíveis ingerências do controle externo, mesmo que indiretas e supostamente justificadas no interesse público, podem ter contribuído, na prática, para derrocada de acordos celebrados entre as agências reguladoras no chamado ciclo regulatório.

É notório que com a publicação da decisão proferida no Acórdão nº 2121/2017, a Telefônica Brasil S/A desistiu de celebrar o acordo com a Anatel.

Sabe-se que a desistência da empresa em celebrar o TAC se deveu a um conjunto de fatores que aumentaram consideravelmente a complexidade da decisão final da Anatel sobre o acordo administrativo:

Primeiramente, outras operadoras de pequeno e médio porte se insurgiram ao TAC da Telefônica, considerando que o mapa geográfico de investimento gerava um favorecimento competitivo à empresa em detrimento dos demais pequenos fornecedores de internet. Em segundo lugar, muito embora o TCU tenha reconhecido a validade jurídica do TAC, terminou por fazer uma série de determinações sobre a atividade-fim do acordo e exigiu posterior reapresentação do TAC contemplando as determinações. A aprovação final do acordo, nesses novos termos, pela Agência tomou tempo considerável e, no dia 8 de março de 2018, o Conselho Diretor decidiu aplicar multa no valor de R\$ 370 milhões em processos contemplados no TAC, mas que iriam prescrever em abril. Todos eles diziam respeito a questões regulatórias polêmicas, datadas ou de endereçamento pela regulação normativa, como o não desligamento por solicitação, o não desbloqueio do aparelho dentro do prazo regulamentar ou a demora no conserto de TUPs. Juntamente com outras multas previstas no valor de R\$ 30 milhões em processos também próximos à prescrição, o valor atualizado corresponderia a R\$ 700 milhões. Nesse interim, a ANATEL sinalizou que não mudaria a metodologia do TAC, possivelmente porque isso implicaria em novo controle pelo TCU.²⁷

O monitoramento de cumprimento das providências ficou por conta do procedimento que culminou no Acórdão nº 716/2019, sendo nele transcrita a determinação bastante controversa por adentrar seara regulatória e por conter vício de contradição, reconhecido e corrigido posteriormente pelo relator: “9.2.5. *encaminhe a este Tribunal a minuta do próximo TAC cuja proposta final for submetida ao Conselho Diretor da Agência, previamente à aprovação por esse colegiado, acompanhada de elementos de fundamentação técnica que entender pertinentes*”.²⁸

²⁷ Ibidem, p. 3-4.

²⁸ Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#!/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2340522%22>.

A referida previsão foi objeto de embargos de declaração por parte da Anatel, visto que a exigência de apresentação de minuta do próximo TAC antes mesmo à aprovação pelo Conselho Diretor da Agência, contrastaria com determinações contidas no Acórdão nº 2121/2017 que possibilitava a aprovação das medidas pelo órgão máximo da entidade sem a necessidade de controle prévio por parte do TCU.

Acolhidos os embargos de declaração, o Relator Ministro Bruno Dantas atribuiu efeitos infringentes ao recurso para substituir o subitem 9.2.5 do Acórdão 716/2019, mantendo-se as exigências descritas no Acórdão nº 2121/2017 quanto a possibilidade de apreciação pelo Conselho Diretor da Agência da minuta do acordo a ser celebrado antes do encaminhamento ao TCU.

Assim sendo, mesmo reconhecendo a frustração do primeiro TAC que seria celebrado pela Anatel com a Telefônica Brasil S/A, o TCU manteve a exigências procedimentais do Acórdão nº 2121/2017 para os novos acordos substitutivos de sanção a serem celebrados pela Anatel. Situação que nos leva ao último julgamento analisado que diz respeito ao TAC celebrado pela Agência com o Grupo TIM.

O Acórdão nº 548/2020 é objeto do Relatório de Acompanhamento de TAC quanto aos temas: direitos e garantias dos usuários, qualidade, ampliação do acesso e fiscalização, tratativas acompanhadas pelo Tribunal de forma ampla e irrestrita, sendo, inclusive, apresentadas minuta do TAC ao TCU que avaliou o negociação empreendida sob os aspectos da legalidade, da economicidade, da legitimidade, da eficiência, da eficácia e da efetividade, concluindo não haver óbices à celebração imediata do referido acordo administrativo.

Não há no referida Acórdão comando expresso de remessa das próximas minutas de acordo ao TCU, mas o Tribunal reconheceu como recursos públicos os valores transacionados em TACs que discutem a substituição de sanção pecuniária por obrigações de fazer, materializadas em investimentos no setor regulado.

Nesse cenário, percebe-se que os precedentes mesmo conferindo maior segurança jurídica para os futuros acordos substitutivos, haja vista o reconhecimento da juridicidade dos acordos, o que, em tese, viabilizaria novos projetos que liquidem passivos sancionatórios de vultosos valores, merecem críticas, uma vez que o Tribunal adentrou sobre as atividades-fim da Agência extrapolando suas competências constitucionais e, conseqüentemente, agravando as dificuldades naturais para celebração dessas avenças.

2.2 As competências constitucionais do TCU para o controle da Administração Pública

O TCU é uma das instituições mais antigas do Brasil, sua criação data do Governo Provisório de Deodoro da Fonseca, por intermédio do Decreto nº 966-A, de 07 de novembro de 1890,²⁹ com o objetivo de exame, revisão e julgamento dos atos relativos à receita e despesa da República.

A Constituição da República de 1891 repetiu a previsão contida no Decreto quanto a criação do TCU, entretanto, apenas em 17 de novembro de 1893 ele foi instalado, com atribuições de liquidar as contas da receita e da despesa e de verificar a respectiva legalidade, gozando, inicialmente, de grande poder com a adoção de controle prévio e veto absoluto.³⁰

Após a Revolução de 1930, o TCU sofreu significativo abalo em suas atribuições e, por consequência, enfraquecimento institucional, já que, a partir daí, a ele coube apenas “informar aos Ministros de Estado as irregularidades detectadas”.³¹ Tal circunstância alterou sobremaneira a forma de atuação do Tribunal e, mesmo após a Constituição de 1937, que devolveu parte de suas atribuições, o controle externo das despesas públicas manteve-se na fase *posteriori*.³² Característica do controle que perdurou, tornando-se característica fundamental do controle exercido pelo TCU.

A Constituição de 1946 devolveu parte do prestígio exercido pelo Tribunal ao longo de sua história, ampliando suas competências e, com ela, o TCU passou a realizar o controle sobre atos de pessoal, tais como aposentadoria, reformas administrativas e pensões. O controle exercido se manteve a *posteriori*, entretanto, existiam hipóteses de controle concomitante aos atos e, até mesmo, antecedentes, quando autorizado por lei.³³

A institucionalidade do Tribunal sofreu diversos reveses durante o período da ditadura militar, perdendo parte de suas atribuições com a Constituição de 1967 e com a Emenda à Constituição nº 07, de 13 de abril de 1977. Assim, mesmo após atribuição privilegiada conferida pela Lei nº 830/1949, que “utilizou pela primeira vez a expressão ‘órgão auxiliar do Poder Legislativo’”,³⁴ o TCU perdia, novamente, sua primazia de órgão

²⁹ BRASIL. Decreto n. 966-A, de 07 de nov. de 1890. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica, Brasília, DF, out. 2020.

³⁰ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas. 2 ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 133.

³¹ Ibidem, p. 134.

³² Ibidem, p. 134.

³³ Ibidem, p. 134.

³⁴ Ibidem, p. 134.

institucional de destaque na organização administrativa da República.

Foi com a redemocratização e com a Constituição Federal de 1988 que o TCU teve suas atribuições ampliadas, passando a ser órgão essencialmente autônomo, não pertencente a nenhum dos três Poderes da República, o que Diogo de Figueredo Moreira Neto conceituou como sendo um policentrismo institucional.³⁵

As competências do TCU foram aos poucos sendo ampliadas, primeiro pela Lei nº 8.443/92, que dispôs sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, e pela Lei nº 8.666/93, que, por sua vez, regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública e, em seguida, já na virada do século, pela Lei Complementar nº 101/2000, que estabeleceu normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, conhecida como a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Com a ampliação da competência do TCU, o objeto do controle do Tribunal passou a ser um “conjunto de fatos, atos e procedimentos da Administração Pública ou de terceiros que o TCU examina e, a seguir, avalia positiva ou negativamente”,³⁶ podendo ser segmentada em fiscalização financeira, fiscalização orçamentária, fiscalização contábil, fiscalização patrimonial e fiscalização operacional.³⁷

Art. 70. 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.

O referido artigo sintetiza parcela do controle externo exercido pelo TCU relativa à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial referente à aplicação das subvenções e renúncias de receitas. “Diz-se que o art. 70 da Constituição se refere a apenas uma parcela do controle externo em função de dois aspectos: (i) das instituições controladoras e (ii) da matéria sujeita ao controle externo”.³⁸

Com isso, tem-se que o TCU é uma instituição controladora, mas não titular do controle externo, visto que há outros entes que detêm essa competência institucional, tais como o Poder Judiciário, Ministério Público e o próprio Poder Legislativo. “Isso significa

³⁵ Ibidem, p. 136.

³⁶ ROSILHO, André. Tribunal de contas da união: competência, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 121.

³⁷ Ibidem, p. 121.

³⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf>. 2018. Acesso em: 13 jun. 2021. p. 8.

que, na prática, o exercício das competências pelos Tribunais de Contas apenas será válido se adstrito à matéria contábil, financeira ou orçamentária”.³⁹

O estudo do art. 70 apresentada suas constatações sobre as atribuições do TCU para o exercício do controle externo:

Primeiramente, o Tribunal de Contas não pode ser compreendido como a instituição de controle precípua da Administração Pública, pois outras instituições de controle participam dessa função e há uma materialidade limitada de controle, qual seja, a análise de receitas e despesas públicas. Em segundo lugar, as competências dos Tribunais de Contas não podem ser ampliadas para além dos limites da Constituição Federal, sob pena de inconstitucionalidade, seja por meio de lei, seja em sede regulamentar, a exemplo da edição de Instruções Normativas pelo TCU.⁴⁰

Nesse sentido, as competências institucionais do TCU estão previstas no art. 71, da Constituição de 1988, e podem ser assim compreendidas: apreciação das contas anuais do Presidente da República (inc. I); julgamento de contas (inc. II); apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias (inc. III); realização de inquéritos, inspeções e auditorias por iniciativa própria ou mediante representação do Congresso Nacional (inc. IV); fiscalização de contas de empresas supranacionais (inc. V); fiscalização dos repasses de recursos públicos da União aos demais entes federados (inc. VI); prestação de informações ao Congresso Nacional sobre as fiscalizações realizadas (inc. VII); aplicação de sanções (inc. VIII); determinação de comandos (inc. IX); sustação de atos (inc. X); e representação ao Poder competente sobre irregularidades e abusos (inc. XI).

Ocorre que ao longo dos anos, o TCU vem desenvolvendo “novos horizontes” de competência, ignorando o exposto acima, conforme verificado na Resolução TCU-246, de 30/11/2011 – Regimento Interno do TCU – RITCU, por exemplo, que sobressaltam às competências previstas no texto constitucional, sob a justificativa de que o TCU deve estar apto a “analisar tanto o desempenho da Administração Pública quanto a legalidade dos atos praticados pelos gestores públicos”.⁴¹

Percebe-se, portanto, que o TCU tem função essencial à existência e ao funcionamento do Estado, com atribuições previstas no texto constitucional para controle administrativo dos atos perpetrados pela Administração quanto a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, sendo essa sua missão histórica desde a instauração da República no Brasil, contudo, o Tribunal ao exercer cada uma de suas competências e ao implementar cada uma de suas atribuições específicas, não pode se manifestar sobre

³⁹ Ibidem, p. 9.

⁴⁰ Ibidem, p. 12.

⁴¹ Ibidem, p. 152.

qualquer matéria e utilizar de quaisquer parâmetros de controle.

2.3 Os limites ao controle exercido pelo TCU sobre os acordos substitutivos celebrado pelas Agências Reguladoras: regime bipartido de controle

O controle da Administração Pública exercido pelo TCU evoluiu com o passar dos anos devido a produção legislativa ocorrida após promulgação da Constituição de 1988. Historicamente, o controle exercido pelo TCU passou do controle prévio de despesas do governo, nos termos do art. 89, da Constituição de 1891,⁴² ao controle *a porteriori*, introduzido pelos arts. 71 a 73, da Constituição de 1967, e mantido pelo art. 70 e seguintes da Constituição de 1988.

Essa evolução constitucional foi favorecida pelo desenrolar da institucionalidade do Tribunal, impondo-se na prática por meio de três “modelos” de controle que se dividem quanto ao momento em que se efetivam, são eles: *controle prévio*, *controle concomitante* e *controle posterior*.⁴³

Quando se tratar do controle sobre atos das agências reguladoras, a institucionalidade do TCU se impõe, entretanto, mesmo detendo competências constitucionais para tanto, na medida em que elas recebem e gerenciam recursos públicos, deve o Tribunal respeitar a institucionalidade das agências, que dotadas de autonomia reforçada, gozam de autonomia administrativa, financeira, orçamentária, patrimonial e plena independência quanto ao exercício das competências regulatórias estatais.

A institucionalidade das agências administrativas que desempenham atividade regulatória é fundada na independência dessas agências, uma vez que “deriva da necessidade de providenciar uma espécie de escudo, destinado a evitar que essa modalidade de intervenção no domínio econômico e social seja comprometida pela influência de fatores políticos secundários”.⁴⁴

A referida autonomia reflete a mudança de perfil do Estado brasileiro, iniciada nos anos de 1990, em que o modelo de Estado prestador e sua Administração constitutiva,

⁴² Art. 89 - É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença.

⁴³ *Controle prévio* é o que se perfaz antes que o ato ou atividade objeto do controle venha a produzir os seus efeitos. *Controle concomitante* acompanha a realização do ato ou atividade visando a regularidade de sua formação. *Controle posterior* é o que perfaz após a conclusão do ato ou atividade controlados visando sanar defeitos, declarar nulidades e propor providências para o futuro. FERRAZ, Luciano. Controle e Consensualidade, fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 92.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 69.

abriu espaço para o surgimento de uma Administração infraestrutural típica do modelo de Estado regulador,⁴⁵ refletindo considerável expansão da consensualidade administrativa, alinhada a ampliação das “competências regulatórias, com destaque para os atores especialmente criados para esse fim: as agências reguladoras”.⁴⁶

A independência das agências reguladoras e sua legislação especial atraem o desenho de diálogos institucionais em acordo com suas regras especiais.⁴⁷ Essa independência é originalmente vinculada ao regime de dispensa dos diretores, porém acabou por abranger um conjunto de características jurídicas semelhantes, “que restringem a intervenção de outros órgãos estatais sobre o desempenho das competências próprias da agência. Observe-se que as agências independentes desenvolvem-se especificamente no âmbito do desempenho de funções regulatórias”.⁴⁸

O panorama que se apresenta é significativo para compreendermos os aspectos relevantes da atuação administrativa pela via dos contratos, especialmente, quanto aos acordos substitutivos de sanção celebrados pelas agências reguladoras, que decorrem do exercício da competência normativa para disciplinar o processo administrativo sancionador.

A interação entre regulador e regulado no ciclo regulatório e nos processos administrativos sancionadores instaurados é hoje baseada em dois fenômenos associados: maciça previsão de poderes sancionatórios e despenalização.⁴⁹ Parece-nos aspectos antagônicos, entretanto, evidenciam o efeito mais significativo da prerrogativa sancionatória e corroboram com a valorização do direito administrativo sancionador,⁵⁰ pois tal evolução impactou na forma de exercício da prerrogativa sancionatória, reduzindo a “margem de discricionariedade detida pelo administrador em relação ao exercício do poder sancionador”.⁵¹

Certamente, a relação discricionariedade/poder sancionador figura dentre as mais controversas do direito administrativo, uma vez que esse relacionamento

⁴⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no Século XXI. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2017, p. 111.

⁴⁶ VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação. 1 ed., 2 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 29.

⁴⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf>. 2018. Acesso em: 13 jun. 2021. p. 31.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 69.

⁴⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 94.

⁵⁰ Ibidem, p.94

⁵¹ Ibidem, p. 94.

potencializa a clássica dicotomia autoridade/liberdade, enquanto expressão da autoridade máxima do Estado, e dada a pluralidade de sentidos que a discricionariedade assume no âmbito da prerrogativa sancionatória.⁵²

A discricionariedade afeta ao exercício da atividade administrativa sancionatória em três ordens de sentido:

(i) discricionariedade quanto à aplicação da sanção administrativa, após regular processo administrativo sancionador; (ii) discricionariedade quanto à celebração de acordos substitutivos de sanção administrativa; e (iii) discricionariedade quanto à delimitação e à aplicação da sanção administrativa, a qual se desdobra na eleição do tipo de sanção administrativa e na dosimetria da mesma.⁵³

Atribui-se a discricionariedade indiscutível importância na manutenção do equilíbrio dos setores regulados, “na medida em que propicia o dinamismo típico à regulação, em prestígio às especificidades que esse mesmo setor pode apresentar em distintos momentos”.⁵⁴

Percebe-se, portanto, que, no paradigma do Estado regulador, as agências reguladoras exercem papel primordial no poder conferido ao Estado na fiscalização das atividades exercidas pelos agentes privados, tanto na prestação de serviços públicos, quanto no exercício das atividades privadas, evidenciando a discricionariedade das decisões setoriais,⁵⁵ e o limite da competência exercida pelo TCU quanto da análise prévia das decisões emitidas pelas agências.⁵⁶

É nesse sentido em que deve reconhecer um regime bipartido de controle, em que se proceda a harmonização entre atribuições legais de controle exercido pelo TCU e o regime especial das agências reguladoras.⁵⁷

O controle externo exercido pelo Tribunal está adstrito às despesas e receitas públicas, isto é, aos atos de gestão administrativa da agência (atividade-meio), uma vez que as agências reguladoras têm autonomia administrativa para realizar escolhas e cumprir com suas finalidades públicas regulatórias.

Sabe-se, também, que o texto constitucional não atribuiu poder ao TCU para fazer determinações à Administração Pública nas fiscalizações operacionais, sendo certo

⁵² Ibidem, p. 94.

⁵³ Ibidem, p. 94

⁵⁴ Ibidem, p. 94.

⁵⁵ Ibidem, p.94.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 589.

⁵⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regul%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf>. 2018. Acesso em: 13 jun. 2021. p. 31.

que

o poder de fazer determinações e o poder de aplicar sanções limita-se à ilegalidade constatada em matéria financeira, orçamentária, contábil ou patrimonial, apenas. O Tribunal de Contas não tem qualquer poder de comando frente a ilegalidades apuradas no controle operacional. [...] Somente se na fiscalização operacional se apurar ilegalidade contábil, patrimonial ou financeira serão devidos comandos de determinação.⁵⁸

Existem argumentos que sustentam a atuação preventiva do TCU como forma de se evitar a ocorrência de dano ao erário, posto que esse controle prévio garantiria espécie de freio às condutas ilegais. Entretanto, não se pode perder de vista que o TCU é instituição que cumpre o papel de assessoramento do Congresso Nacional, sendo certo que determinado entendimento a respeito de um ato supostamente ilegal pode não ser o mesmo de outra instituição, como a Administração Pública, não havendo como se afirmar determinado grau de primazia de uma estrutura sobre a outra. Motivo pela qual, o entendimento manifesto sobre a suposta ilegalidade, materializa-se em apenas um entendimento de uma entidade neste sentido.⁵⁹

Mesmo que o TCU esteja certo quanto a suposta ilegalidade, “não é possível supor que a negação a este órgão de um poder geral de cautela implique necessariamente a concretização do dano”.⁶⁰

Assim sendo, diante da autonomia das agências, cabe ao TCU realizar o controle apenas no tocante à validade formal dos atos de gestão (quanto a sua legalidade), nunca sobre a análise do mérito de uma decisão de gestão pública, especialmente, quando tratar-se de decisão discricionária, na medida em que as competências regulatórias atribuídas por lei para determinada autarquia em regime especial (agências independentes em desempenho de funções regulatórias), são de atribuição exclusiva da agência.

O desenho institucional do TCU encaminha às ações do Tribunal em prol da proteção do cofre público. “Naturalmente, esta sua vocação não é negativa quando o TCU está controlando o gasto de órgãos ou entes estatais em geral – ao contrário, ela é mesmo desejada”.⁶¹

Ocorre que, “quando ela se projeta sobre decisões finalísticas das agências reguladoras, essa característica do TCU atinge o ideal de imparcialidade das agências reguladoras, e com isso, pode criar um cenário de insegurança jurídica para os

⁵⁸ Ibidem, p. 11.

⁵⁹ JORDÃO, Eduardo. Quanto e qual poder de cautela para o TCU? JOTA. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/quanto-e-qual-poder-de-cautela-para-o-tcu_-jota-info-1-1.pdf>. Acesso em 03 set. 2021. P. 02.

⁶⁰ Ibidem, p. 02.

⁶¹ JORDÃO, Eduardo e RIBEIRO, Maurício Portugal. Subordinação de agências ao TCU compromete imparcialidade regulatória. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/opiniao-subordinacao-agencias-tcu-compromete-imparcialidade>>. Acesso em 03 set. 2021.

investidores”,⁶² gerando reflexos econômicos e jurídicos indesejados, além da consequente mudança do cenário adequado para atração de investimentos futuros.

As decisões sobre a gestão pública regulatória devem ser compreendidas como atos típicos das agências reguladoras em cumprimento de suas competências, ou seja, no cumprimento da atividade-fim específica que justificou sua criação. Dessa forma, são decisões específicas das agências aquelas que geram efeitos externos sobre seus destinatários e viabilizam a imediata consecução de finalidades regulatórias.⁶³

A Anatel, por exemplo, tem como atividade-fim a regulação do mercado de telecomunicações, detendo atribuições específicas para com isso reduzir as desigualdades regionais e sociais, garantir a continuidade e universalização do serviço público prestado, nos termos do art. 19, da Lei Geral de Telecomunicações.

Pode-se concluir, portanto, que a Regulação é o conceito primordial para se compreender as competências das agências reguladoras e os limites ao controle exercido pelo TCU sobre seus atos administrativos, pois as agências reguladoras buscam “à consecução imediata das finalidades regulatórias por meio de decisões cuja materialidade se atrela à razão de ser da Agência Reguladora: regular o mercado”. Pode-se conceituar regulação estatal da economia como:

[...] o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-se em direções socialmente desejáveis. É nesta perspectiva que o jurista, as entidades e os órgãos reguladores devem estar atentos para paradigmas regulatórios como a administrativização, fluidez, consensualidade, reflexividade, consensualismo, valorização dos resultados em relação aos meios, permeabilidade aos demais subsistemas sociais etc.⁶⁴

Dessa forma, a atividade-fim exercida pela Anatel não se submete ao controle exercido pelo TCU, uma vez que foram delegadas pelo legislador à agência reguladora como atribuições exclusivas de regulação do setor de telecomunicações, bem como constam expressamente no texto da Lei Geral de Telecomunicações, art. 19, inc. XXV, que atribuiu a Anatel capacidade decisória definitiva sobre esse setor regulado da economia.

Nesse contexto, para além dos controles exercidos pelo TCU, se prévio,

⁶² Ibidem.

⁶³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf>. 2018. Acesso em: 13 jun. 2021. p. 33.

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37.

concomitante ou posterior, na nova ordem constitucional, as atribuições do Tribunal serão exercidas nos moldes previstos no texto constitucional e nas leis infraconstitucionais, instrumento normativos que determinarão os limites de atuação do Tribunal no controle da Administração Pública, em especial, quando exercido previamente sobre atos ou acordos administrativos, autorizados por lei e firmados por agências reguladoras.

Isto é, não pode o TCU controlar as atividades-fim das agências reguladoras, por ausência de previsão legal e incapacidade técnica e institucional de regulação.⁶⁵ Assim, não cabe ao TCU em sua dinâmica institucional de controle, substituir a decisão da autoridade regulatória competente, pela decisão controladora, visto que a única autoridade competente para regular o setor das telecomunicações é a Anatel.

Nesse sentido, deve reconhecer que a dinâmica institucional de controle deve ser modulada de acordo com as competências constitucionais e legais atribuídas ao TCU, procedendo-se, conforme já afirmado, ao regime bipartido de controle, em que o controle externo exercido pelo Tribunal sobre as agências reguladoras apenas se dá quanto às atividades-meio, reservando-se as atividades-fim à esfera decisória exclusiva das agências independentes.⁶⁶

Dessa forma, a celebração de acordos substitutivos de sanção pelas agências reguladoras, no âmbito de suas prerrogativas sancionatórias, enquanto técnica consensual de gestão administrativa, devem ser respeitadas pelo TCU, evitando-se embaraços a celebração dos acordos, conforme, aparentemente, ocorrido nos *leading cases* analisados.

3 CONCLUSÃO

O exercício das competências do TCU como órgão controlador das Agências Reguladoras deve-se limitar ao controle dos atos de gestão, atividades-meio, das autarquias especiais, visto que as competências constitucionais e legais atribuídas ao Tribunal não autorizam a realização de controle sobre o mérito das decisões regulatórias, atividades-fim das Agências Regulatórias.

Diante da autonomia das agências, cabe ao TCU realizar o controle apenas no tocante à validade formal dos atos de gestão (controle de legalidade), nunca sobre a análise

⁶⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf>. 2018. Acesso em: 13 jun. 2021. p. 35.

⁶⁶ Ibidem, p. 31.

do mérito de uma decisão de gestão pública, especialmente, quando tratar-se de decisão discricionária emitida nos limites da competência regulatória atribuída por lei às Agências Reguladoras para celebração de acordos administrativos que viabilizariam a substituição de multa por obrigação de fazer.

Os *leading cases* estudados atestam a transposição por parte do TCU de sua competência constitucional e legal, ocorrendo, em verdade, controle sobre atos finalísticos exercidos pelas Anatel no âmbito de suas atribuições regulatórias, em clara ingerência que influenciou a derrocada do acordo administrativo objeto da primeira Representação (Acórdão nº 2121/2017).

Assim sendo, o exame da conformidade dos acordos administrativos celebrados pelas Agências Reguladoras no âmbito de suas atribuições legais deve se dar após a decisão consensual da Agência em firmar o referido acordo com os regulados, respeitado o objeto do acordo e as razões apresentadas pelas partes que consentiram.

Dessa forma, salutar o diálogo institucional entre TCU e Agências Reguladoras, entretanto, esse diálogo deve acontecer no momento apropriado e em consonância com as atribuições constitucionais e legais de cada parte envolvida, não havendo motivos para usurpação ou interferências dos órgãos de controle nas atividades finalísticas das Agências Reguladoras, lembrando que a Agência Reguladora tem primazia interpretativa no seu setor de regulação.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no Século XXI**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Congresso Nacional, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 ago.

de 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2121/2017 - Plenário**. Representação acerca de possíveis irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2017]. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#!/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2283823%22>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 716/2019 - Plenário**. Representação acerca da atuação da Anatel na negociação e celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC). Monitoramento do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2019]. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#!/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2340522%22>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 548/2020 - Plenário**. Relatório de acompanhamento do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) quanto aos temas: Direitos e Garantias dos Usuários, Qualidade, Ampliação do Acesso e Fiscalização. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2020]. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#!/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2396981%22>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

FERRAZ, Luciano. **Controle e Consensualidade, fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins)**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FORTINI, Cristiana. **Solução extrajudicial de conflitos com a administração pública: o hoje e o porvir**. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interesse-publico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica>>. Acesso em 05 mar. 2021.

JORDÃO, Eduardo. **Quanto e qual poder de cautela para o TCU? JOTA**. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/quanto-e-qual-poder-de-cautela-para-o-tcu_-jota-info-1-1.pdf>. Acesso em 03 set. 2021.

JORDÃO, Eduardo e RIBEIRO, Maurício Portugal. **Subordinação de agências ao TCU compromete imparcialidade regulatória.** Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/opinio-subordinacao-agencias-tcu-compromete-imparcialidade>>. Acesso em 03 set. 2021.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo.** 3 ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Cabe controle prévio de acordo substitutivo de sanção?** São Paulo: JOTA. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/cabe-controle-previo-de-acordo-substitutivo-de-sancao-24062020>>. 2018. Acesso em: 01 jul. 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. MARQUES NETO. Floriano de Azevedo. **Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL.** Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf>. 2018. Acesso em: 14 nov. 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública.** 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competência, jurisdição e instrumentos de controle.** São Paulo: Quartier Latin, 2019.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação.** 1 ed., 2 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2018.