



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Antônio Augusto Iloízio de Faria Bastos

Controlador ou supra regulador?

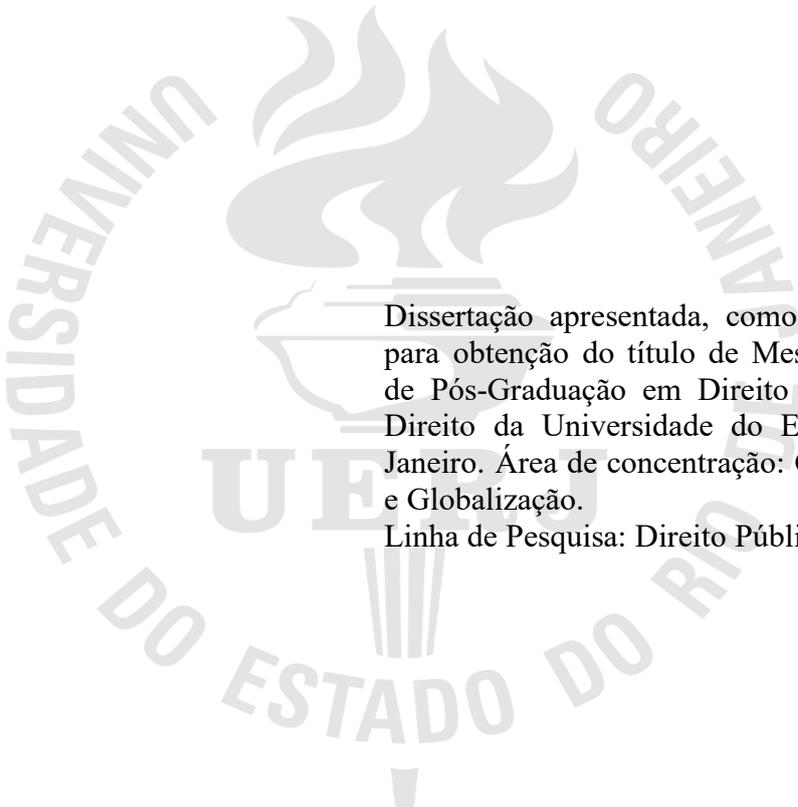
Análise empírica de acórdãos proferidos pelo TCU no controle da ANTT

Rio de Janeiro
2021

Antônio Augusto Iloízio de Faria Bastos

Controlador ou supra regulador?

Análise empírica de acórdãos proferidos pelo TCU no controle da ANTT



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Linha de Pesquisa: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. José Vicente Santos de Mendonça

Rio de Janeiro

2021

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

B327

Bastos, Antônio Augusto Iloízio de Faria.

Controlador ou supra regulador? Análise empírica de acórdãos proferidos pelo TCU no controle da ANTT / Antônio Augusto Iloízio de Faria Bastos . - 2021.
243 f.

Orientador: Prof. Dr. José Vicente Santos de Mendonça.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito público - Teses. 2.Regulação – Teses. 3. Agência Nacional de Transportes Terrestres (Brasil) – Teses. I.Mendonça, José Vicente Santos de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Antônio Augusto Ilozio de Faria Bastos

Controlador ou supra regulador?

Análise empírica de acórdãos proferidos pelo TCU no controle da ANTT

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Aprovado em 31 de maio de 2021.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Vicente Santos de Mendonça (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. André Rodrigues Cyrino
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Eduardo Ferreira Jordão
Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro

Prof. Maurício Portugal Ribeiro
Fundação Getúlio Vargas de São Paulo

Rio de Janeiro

2021

AGRADECIMENTOS

São muitos os agradecimentos, a muitos que por muitas vezes e de muitas formas me ajudaram imensamente e possibilitaram a elaboração da presente dissertação; o meu coração transborda. Segue, abaixo, uma lista não exaustiva, àqueles a quem não posso furtar a menção.

Agradeço enormemente a Deus, por me amar e sustentar até o momento – a Ele cabe todos os méritos por tudo de bom que ocorre na minha vida, especialmente a conclusão desta dissertação. Para maior completude teológica, agradeço ao Pai pelo dom da vida; ao Filho, o Cristo, por ter se dado a conhecer e pela redenção, e ao Espírito Santo pelo dom da fé e por todas as inspirações concedidas. Também agradeço a todas as forças celestes que intercederam para que a dissertação fosse concluída: a Maria Santíssima, na invocação da Senhora de Fátima, por todas as graças transmitidas e por me acolher como filho; a São José pela proteção, exemplo e amparo; e a São Josémaria Escrivá por me ensinar um caminho para ser cristão no meio do mundo. Ao meu Anjo da Guarda, por perseverar em me guiar diariamente, apesar de mim mesmo. Tudo é graça, cabendo a mim lutar para corresponder.

Aos meus pais, Antônio e Rita de Cássia, por me gerarem e educarem, transmitindo o gosto pelo Direito. Aos meus avós e família (materna, paterna e da esposa), por todo o apoio.

Aos amigos antigos e novos, porque sem eles a vida não teria tanto gosto.

Agradeço à UERJ e ao PPDG, por me acolherem com tanto carinho durante o mestrado, e a todos os seus professores com os quais tive a felicidade de ter contato nas aulas e grupos de pesquisa. Sou grato também por meus colegas do corpo discente, com os quais compartilhei o processo de aprendizagem – especialmente a Eduardo Anesi, um amigo para a vida inteira.

Agradecimento especial ao meu orientador, professor José Vicente, que me recebeu de braços abertos como orientando e me guiou durante o longo processo de elaboração da presente dissertação, que atravessou uma extensão ampla de tempo por conta da atual pandemia. Mestre, obrigado pelas muitas e amistosas conversas ao longo de todo o percurso, pelos prudentes conselhos e pela profunda paciência durante a etapa de elaboração da dissertação.

Agradeço também à FGV Direito Rio, pela formação jurídica inicial que recebi na graduação e pela aula do mestrado em Direito da Regulação que tive a felicidade de assistir, ministrada pelo Professor Eduardo Jordão – quem, aliás, primeiro me apresentou ao tema

objeto da dissertação, ao ensinar no último ano da graduação que o controle exercido pelo TCU traz vívidas discussões, e com quem atualmente tenho a alegria de trabalhar.

Agradeço ao escritório Portugal Ribeiro Advogados, na pessoa do estimado chefe Maurício Portugal Ribeiro, pela oportunidade de trabalhar e ganhar o sustento de minha família, por nele ter se desenvolvido a inquietação sobre o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União, e finalmente por ter concedido o tempo e licenças necessárias para elaboração do presente trabalho. Agradeço aos meus colegas de labuta, pessoas incríveis, e registro a saudade do ambiente de trabalho comum, dos happy hour no Belmonte da Gen. Osório e dos jantares no final de ano – que em breve nos reencontremos!

Agradeço também aos diversos autores citados na Bibliografia, principalmente aos que elaboraram as recentes teses de doutorado e mestrado que versam sobre a atuação do TCU. Afinal, é graças a estes excelentes trabalhos que pude extrair as premissas que nortearam esta dissertação e a pesquisa empírica ora realizada. Graças a vocês, o meu esforço foi grandemente diminuído.

De forma muito especial, agradeço àqueles que foram cruciais ao processo de elaboração dessa dissertação em si – é justo falar que, sem eles, esta dissertação não teria sido escrita. A minha Dinda, Ana Lúcia de Faria, que me incentivou enormemente ao longo de 2020 e 2021 para avançar no projeto, e me ajudou a montar a tabela de Excel que foi a base da análise empírica realizada, entre outros auxílios. Sem as suas conversas e sem o apoio para manejar bem Exceli, não seria possível completar este trabalho. A Renan de Moraes, que me ajudou a compreender que é melhor um trabalho bom (ou mesmo razoável) escrito é superior a um trabalho perfeito no mundo das ideias. A Sheila Fontes, por ajudar a me organizar durante os meses mais intensos de elaboração, e a destravar as inúmeras barreiras imaginárias que ergui na minha mente. A minha mãe, Rita de Cássia, pelo apoio na revisão de ortografia e português e suporte incansável. Aos amigos Thiago Fillipo e Eduardo Anesi, pelas revisões preliminares, com comentários sobre as minutas enviadas, e ajudas em geral.

Por fim, agradeço ao grande amor da minha vida, Valéria Yasmine Marinelli Vicente Bastos, com quem tive a felicidade de me casar no início da elaboração da presente dissertação. Nós nos termos conhecido e você ter me escolhido como seu esposo fiel é, para mim, uma prova irrefutável dos milagres de Deus. Obrigado por todo o carinho, compreensão, e paciência durante todo o processo. Ainda te amo muito pouco, para o quanto pretendo te amar até o crepúsculo desta peregrinação terrestre.

Speak softly and carry a big stick; you will go far.

[Fale com delicadeza tendo nas mãos um grande porrete; você irá longe. Tradução livre]

Aforismo citado pelo presidente norte-americano *Theodore Roosevelt* (1858-1919)

Não resistas face a face a um homem poderoso, nem te oponhas ao curso de um rio.

(*Eclesiástico*, 4, 32).

RESUMO

BASTOS, Antônio Augusto Iloizio de Faria. *Controlador ou supra regulador? Análise empírica de acórdãos proferidos pelo TCU no controle da ANTT*. 2021. 243 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

A presente dissertação tem por objeto estudar como o Tribunal de Contas da União (TCU) exerce o controle externo sobre atividades-fim das agências reguladoras. O objetivo é verificar e aprofundar constatações feitas em parcela relevante da literatura jurídica contemporânea sobre o tema, de caráter crítico ao TCU. Segundo esta literatura, o Tribunal estaria adentrando indevidamente na avaliação do mérito de escolhas regulatórias das agências, e, com isso, indo além do simples controle externo, atuando como um órgão regulador de segunda instância. Para desenvolver investigações sobre o assunto, é realizado estudo empírico de decisões expedidas pelo TCU no controle de uma agência reguladora federal em específico – a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a partir de uma base de casos de 200 (duzentas) decisões proferidas entre 2002 e 2019. São feitas análises empíricas quantitativa, com dados extraídos de todas as decisões, e qualitativa, com análise detalhada de algumas decisões em específico. Com fundamento nesta análise, são testadas hipóteses extraídas da literatura crítica ao TCU. Ao final, constata-se que o fenômeno é mais complexo do que parece e gera efeitos impensados sobre a regulação do setor dos transportes terrestres, com o TCU atuando seletivamente para revisar o mérito decisões da ANTT relativas ao exercício de suas atividades-fim. Com isso, o Tribunal atua como instância de redundância regulatória ocasional, sem que haja previsão clara no ordenamento jurídico para tanto.

Palavras-chave: Direito Público. Tribunal de Contas da União. Controle Externo. Agências Reguladoras. Regulação. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Análise empírica.

ABSTRACT

BASTOS, Antônio Augusto Iloizio de Faria. *Audit institution or super regulatory agency? Empirical analysis of judgments handed down by the TCU (Federal Audit Court) in the control of ANTT (National Land Transportation Agency)*. 2021. 243 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

This dissertation aims to study how the Federal Audit Court (TCU) exercises external control over core activities of regulatory agencies. The objective is to verify and deepen the findings made in a relevant part of the contemporary legal literature on the subject, which are critical to TCU. According to this literature, the Court would be unduly entering into the assessment of the merit of the agencies' regulatory choices, and, with that, going beyond simple external control, acting as a second instance regulatory body. To develop investigations on the subject, an empirical study of decisions issued by TCU in the control of a specific federal regulatory agency - the National Land Transportation Agency (ANTT), is carried out, based on 200 (two hundred) cases which decisions were issued between 2002 and 2019. Empirical analyzes are made, both quantitative, with data extracted from all decisions, and qualitative, with detailed analysis of some specific decisions. Based on this analysis, hypotheses extracted from the aforementioned TCU critical literature are tested. In the end, it appears that the phenomenon is more complex than it seems and generates unthinkable effects on the regulation of the land transport sector, with TCU acting selectively to review the merit of ANTT's decisions regarding the exercise of its core activities. Thus, the Court acts as an instance of occasional regulatory redundancy, without a clear provision in the legal system for that purpose.

Keywords: Public Law. Tribunal de Contas da União (Federal Audit Court). Public external audit. Regulatory Agencies. Regulation. Agência Nacional de Transportes Terrestres (National Ground Transportation Agency). Empirical Analysis.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Comparação entre a composição dos acórdãos na base de dados com 418 casos e na base de dados final de 200 casos	81
Gráfico 2 – Tipos de acórdão a base de dados final	86
Gráfico 3 – Número de acórdãos por ano expedidos pelo tcu no controle da antt	88
Gráfico 4 – Ministros relatores dos acórdãos	89
Gráfico 5 - Órgão decisório do TCU	91
Gráfico 6 – Unidade técnica que atuou nos acórdãos	95
Gráfico 7 – Tipo de processo nos acórdãos	97
Gráfico 8 – Setor da ANTT objeto de controle	103
Gráfico 9 – Percentual de setores da ANTT objeto de controle (organização administrativa)	104
Gráfico 10 – Tipo de processo por setor controlado da ANTT	107
Gráfico 11 – Existência de determinação ou recomendação à ANTT no acórdão	111
Gráfico 12 – Impacto dos recursos na existência de determinação ou recomendação	112
Gráfico 13 – Número de cominações (determinações e recomendações)	116
Gráfico 14 – Número de determinações nos acórdãos	117
Gráfico 15 – Número de determinações para encaminhar informações por acórdão	118
Gráfico 16 – Número de recomendações por acórdão com recomendação	119
Gráfico 17 – Número de acórdãos nos quais há comandos sobre as atividades-fim da ANTT	124
Gráfico 18 – Percentual de incidência sobre as atividades-fim da ANTT	124
Gráfico 19 – O tribunal acolheu a proposta da unidade técnica?	126
Gráfico 20 – Comparação da avaliação entre unidade técnica e tribunal	128
Gráfico 21 – Percentual de como o tribunal se posiciona em relação à unidade técnica	129
Gráfico 22 – Há voto revisor nos acórdãos?	130
Gráfico 23 – Resultado nos casos com voto revisor	131

Gráfico 24 – Aplicação de sanções.....	133
Gráfico 25 – Resultados dos casos nos quais foram propostas a aplicação de sanções	134
Gráfico 26 – Adoção de medida cautelar no acórdão.....	136
Gráfico 27 – Percentual de adoção de medida cautelar em que a possibilidade foi discutida	137
Gráfico 28 – Apresentação de recurso contra os acórdãos do TCU	138

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Distribuição de acórdãos conforme tipos de processo agrupado	100
Tabela 2 – Cálculo da média de determinações e recomendações na base de dados	120
Tabela 3 – Teste das hipóteses no tocante à análise quantitativa	142
Tabela 6 – Teste das hipóteses no tocante à análise qualitativa	232
Tabela 5 – Critérios extraídos do site do tcu	249
Tabela 6 – Critérios estabelecidos pelo autor	250

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CONCER	Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio de Janeiro
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LOTUCU	Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União
PROCOFE	Programa Federal de Concessões de Rodovias
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
SEFID	Secretaria de Fiscalização de Desestatização
SEGECEX	Secretaria-Geral de Controle Externo
SEGEDAM	Secretaria-Geral de Administração
SEGEPRES	Secretaria-Geral da Presidência
SEINFRA	Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura
SERUR	Secretaria de Recursos
TCU	Tribunal de contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: POR QUE MAIS UM TRABALHO SOBRE O TCU?	16
Contexto: protagonismo do Tribunal de Contas da União e sua discussão	17
academia	21
Ponto de partida e objetivos do trabalho	26
Hipóteses e metodologia empregada	27
1 Síntese do percurso a ser seguido	
ANÁLISE DA LITERATURA CONTEMPORÂNEA SOBRE O TCU E O DIAGNÓSTICO DE SUA ATUAÇÃO CONTROLADOR-REGULADOR DAS AGÊNCIAS	29
1.1 REGULADOR DAS AGÊNCIAS	31
1.2 Competências constitucionais e legais do TCU	
O controle de atividades-fim das agências pelo TCU e clivagem da literatura em favorável e crítica ao TCU	33
1.2.1 literatura em favorável e crítica ao TCU	36
1.2.2 <u>Panorama da literatura favorável à atuação do Tribunal</u>	38
1.3 <u>Panorama da literatura crítica à atuação do Tribunal</u>	
A interpretação ampliativa do TCU de suas próprias competências e a construção de base jurídica para sua atuação como regulador	38
1.4 Formas pelas quais o TCU atua como regulador	41
1.4.1 Realização de auditorias operacionais	41
1.4.2 <u>Realização de auditorias operacionais</u>	43
1.4.3 <u>Emissão de recomendações e determinações</u>	44
1.4.4 <u>Análise de editais de concessões não publicados</u>	
Recurso a princípios jurídicos e conceitos jurídicos indeterminados como base para tomada de decisão de controle das agências	46
1.4.5 <u>Recurso aos poderes do TCU como forma de conformar as decisões das agências reguladoras: adoção de medidas cautelares e a ameaça de aplicação de sanções</u>	50
1.4.6 <u>de sanções</u>	51
1.4.7 <u>Emissão de medidas cautelares</u>	54
1.5 <u>Manejo do Poder de sanção</u>	
Diferença apontada entre o discurso do Tribunal e sua postura adotada	58

1.6	na prática.....	62
	Deferência do TCU às análises regulatórias efetuadas por sua unidade	
1.7	técnica, e não àquelas feitas pelas agências.....	66
	Conclusão parcial: síntese da literatura crítica acerca do Tribunal de	
2	Contas da União no controle da regulação.....	70
	ANÁLISE EMPÍRICA QUANTITATIVA SOBRE OS ACÓRDÃOS	
2.1	DO TCU ENVOLVENDO A ANTT – O QUE OS DADOS	71
2.1.1	REVELAM?.....	72
2.1.2	Metodologia.....	
	<u>Seleção da base de dados dos casos para a análise empírica.....</u>	76
2.1.3	<u>Acórdãos de Relação e ressalva em relação à capacidade de a base de dados</u>	80
2.2	<u>final descrever a totalidade do comportamento do TCU perante a ANTT.....</u>	82
2.2.1	<u>Critérios utilizados para análise dos casos.....</u>	82
2.2.2	Apresentação de critérios gerais sobre a base de dados.....	
	<u>Acórdãos comuns e Acórdãos de Relação.....</u>	84
2.2.3	<u>Ano da decisão: houve aumento do número de decisão com o passar dos</u>	86
2.2.4	<u>anos?.....</u>	87
2.2.5	<u>Ministro relator.....</u>	88
2.2.6	<u>Órgão decisório: câmara ou plenário?.....</u>	92
2.3	<u>Unidade técnica atuante nos processos.....</u>	97
2.3.1	<u>Tipo de processo.....</u>	103
2.4	Qual atividade da ANTT é objeto de controle pelo Tribunal?.....	
	<u>Cruzamento entre o tipo de atividade o tipo de processo.....</u>	105
2.4.1	Expedição de determinações e recomendações e sua incidência sobre as	106
2.4.2	atividades-fim da ANTT.....	107
2.4.3	<u>Presença de determinação ou recomendação nos Acórdãos.....</u>	
	<u>Análise sobre o número de determinações e recomendações nos Acórdãos.....</u>	116
2.5	<u>Incidência das determinações e recomendações sobre as atividades-fim da</u>	
2.5.1	<u>ANTT.....</u>	119
2.5.2	Processo interno de decisão: relação da decisão final com a parecer da	119
	unidade técnica e a presença de voto divergente.....	123
2.6	<u>Relação entre a decisão do Tribunal e a avaliação da Unidade Técnica.....</u>	
	<u>Presença de votos revisores e divergentes.....</u>	126

2.6.1	Uso do poder coercitivo pelo Tribunal: aplicação de sanções e adoção de	126
2.6.2	medidas cautelares.....	127
2.7	<u>Aplicação de sanções.....</u>	132
2.8	<u>Medida cautelar.....</u>	133
3	Recursos apresentados contra as decisões.....	
	Conclusões parciais da análise quantitativa.....	
	ANÁLISE EMPÍRICA QUALITATIVA – ANÁLISE DOS	139
3.1	ACÓRDÃOS DO TCU NO CONTROLE SOBRE A ANTT TIDOS	140
3.2	COMO DE MAIOR RELEVÂNCIA.....	147
3.3	Análise sobre o controle das atividades-meio da ANTT.....	
	Como o TCU se pronuncia nos Acórdãos sobre a forma pela qual ele	163
3.3.1	deve exercer o controle das atividades-fim da ANTT?.....	163
3.3.2	Reação da ANTT frente às decisões do TCU: questionamentos e conformação.....	175
3.4	<u>Confronto pela ANTT em relação às decisões do Tribunal: Acórdãos</u>	183
3.4.1	<u>prolatados em sede de recursos apresentados pela agência.....</u>	
	<u>Capitulação da ANTT: casos de cumprimento voluntário pela agência de</u>	184
3.4.2	<u>questões abordadas pelo Tribunal.....</u>	186
3.4.3	Mecanismos de controle utilizados pelo Tribunal.....	188
3.5	<u>Fixação de prazo para atendimento ou apresentação de plano de ação e</u>	193
3.5.1	<u>verificação de seu cumprimento.....</u>	
	<u>Expedição de Medidas Cautelares.....</u>	194
3.5.2	<u>Aplicação de sanções.....</u>	206
3.6	Casos em que o Tribunal de fato exerceu atividades-fim da ANTT.....	218
	<u>Controle de outorgas de concessões e serviços públicos feito com base em</u>	
	<u>ato normativo editado pelo</u>	226
	<u>Tribunal.....</u>	226
	<u>Controle sobre aspectos específicos da execução</u>	227
	<u>contratual.....</u>	
	Conclusões parciais da análise	

qualitativa.....	
CONCLUSÃO: TESTE DAS HIPÓTESES E CONTRIBUIÇÕES DO LEVANTAMENTO REALIZADO PARA ENTENDER A ATUAÇÃO DO TCU NO CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	233
Síntese do percurso efetuado.....	239
Teste das hipóteses e sua discussão.....	
Considerações finais: o TCU como instância de revisão regulatória ocasional, atuando quando deseja como mecanismo de redundância regulatória.....	243
REFERÊNCIAS	
ANEXO 1 – Critérios de Pesquisa.....	
ANEXO 2 – Planilha de análise dos Acórdãos da base de dados utilizada para a presente dissertação.....	

INTRODUÇÃO: POR QUE MAIS UM TRABALHO SOBRE O TCU?

Esta dissertação tem como objetivo aprofundar alegações feitas por parcela literatura jurídica mais recente sobre o Tribunal de Contas da União (“TCU”, “Tribunal” ou “Corte de Contas”). Segundo tais estudos, o TCU, ao exercer suas atribuições de controle em relação às agências reguladoras federais, estaria não somente praticando o controle externo da atividade administrativa, mas indo além e efetivamente exercendo atividade regulatória, ao conformar as decisões das agências com a própria avaliação do Tribunal. Em síntese, o Tribunal acabaria intervindo no exercício das atividades-fim das agências reguladoras, fazendo prelavecer seu entendimento por meio tanto de variadas estratégias, que vão desde o convencimento até a ameaça de aplicação de sanções.¹

Por outro lado, ocorre que, por vezes, os trabalhos com tais alegações focam-se em casos específicos, sendo raros estudos mais abrangentes sobre como o TCU atua de forma ampla em relação a determinada agência reguladora. Em outras palavras, cogita-se do risco de as investigações críticas realizadas até o momento se voltarem apenas a casos pontuais, de maior relevância ou mais polêmicos, eventualmente negligenciando outros em que o TCU respeitaria as decisões tomadas pela agência. Ou seja, há a possibilidade de tais conclusões sobre a atuação do Tribunal estarem sujeitas a vieses, tanto por (i) efetuar a análise apenas de casos em que o controle ocorre de forma mais incisiva, quanto por (ii) deixar de avaliar eventuais casos em que haja uma autocontenção ou deferência do próprio Tribunal, nos quais é salvaguardado um espaço de manobra para escolhas de mérito por parte das agências, ou nos quais o TCU crie apenas leve ônus de justificação sobre as políticas adotadas.

Assim, a proposta desta dissertação é realizar uma análise empírica sobre um número substancial de julgados – os Acórdãos do TCU – expedidos envolvendo uma das principais agências reguladoras federais, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”),

¹ Nesse sentido, cita-se DUTRA, Pedro e REIS, Thiago. O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura. São Paulo: ed. Singular, 2020, como exemplo de trabalho acadêmico mais extenso. Ademais, há também diversas colunas mais curtas publicadas sobre a temática, seja sobre a atuação do TCU no controle em geral, a exemplo de TRISTÃO, Conrado, “TCU: órgão de controle externo ou revisor geral da administração?”. Coluna publicada no site JOTA em 14/09/2019, disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/tcu-orgao-de-controle-externo-ou-revisor-geral-da-administracao-14092019>>; seja especificamente na atuação do TCU em relação às agências reguladoras, como em JORDÃO, Eduardo Ferreira, “Quais os limites do TCU sobre as agências reguladoras?”. Coluna publicada no site Direito do Estado em 04/02/2021, disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/eduardo-ferreira-jordao/quais-os-limites-das-competencias-do-tcu-sobre-as-agencias-reguladoras>>. Último acesso em: 27/01/2020;

desde sua fundação em 2001 até o passado recente. A finalidade é verificar *se e de que modo* as questões apontadas por esta literatura são identificadas em um estudo mais amplo, tanto em abrangência temporal quanto no quantitativo de Acórdãos analisados.

O objetivo desta dissertação é, portanto, partindo dos achados da literatura que vem sendo fértilmente desenvolvida na academia de direito público sobre o TCU, executar levantamento empírico e, por meio dos dados obtidos, analisar a aplicabilidade prática do diagnóstico feito pela referida literatura. Outros trabalhos já trataram do assunto sob ângulos mais específicos (analisando a atuação do TCU ao exercer algumas competências específicas)² ou mais maximalista (analisando a atuação do TCU como um todo, ou seu controle as agências de forma transversal).³ Contudo, como não se tem conhecimento de estudo acadêmico que tenha efetuado um compêndio da literatura atual conjugada com trabalho empírico relativamente abrangente sobre setor específico, esta é a principal meta desta dissertação, no esforço de contribuir para as relevantes discussões e análises em direito público envolvendo o Tribunal de Contas da União.

Os próximos itens desta introdução aprofundam os pontos desenvolvidos nos parágrafos acima, contextualizando o tema dentro do debate atual sobre o TCU e apresentando sua relevância (a), detalhando os objetivos do trabalho e suas hipóteses (b), a metodologia empregada (c) e o percurso a ser seguido (d).

a. Contexto: protagonismo do Tribunal de Contas da União e sua discussão na academia

² Por exemplo, ao exercer o controle sobre processos de concessão realizados pelas agências (OLIVEIRA, Anderson Márcio. *Intervenção regulatória do TCU: uma avaliação empírica nos processos de concessão da ANTT, ANTAQ e ANAC*. Dissertação de mestrado apresentada na pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2017), ou sobre o controle operacional exercido pelo Tribunal sobre as agências reguladoras (SABENÇA, Sandro Zachariades. *O TCU e o controle operacional das agências reguladoras: uma análise empírica*. Dissertação de mestrado apresentada na pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: 2019).

³ Como exemplo de discussão da TCU como um todo, cita-se o livro ROSILHO, André Jácomo. *Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. O livro é o produto de sua tese de doutorado sobre o tema, defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

Já como exemplo de análise sobre a atuação do TCU sobre as agências reguladoras de forma específica, cita-se MERLOTO, Nara Carolina. *A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras: entre a independência e o controle*. Dissertação de mestrado apresentada na pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

Inicialmente, é preciso ressaltar que a atuação do TCU no controle da Administração Pública brasileira tem sido objeto de diversos trabalhos na academia jurídica contemporânea. Isso decorre, entre outros fatos, principalmente de seu protagonismo em questões de relevância no debate público,⁴ da intensificação de suas atividades nos últimos anos, com maior número de acórdãos expedidos,⁵ e da construção de uma forte reputação institucional.⁶ Ademais, é notório que o controle exercido pelo Tribunal acaba por influenciar a atuação de agentes públicos e privados, sendo seus precedentes parâmetros relevantes para a tomada de decisões. Assim, é inegável que o Tribunal possui grande importância para o direito público contemporâneo.

Tal fenômeno comporta diversas perspectivas de análise. Por um lado, não há dúvidas de que o TCU detém atribuições amplas outorgadas pela Constituição da República, em seu art. 71, e pela sua Lei Orgânica (Lei Federal 8.443/92), exercendo funções institucionais relevantes e procurando contribuir para o aprimoramento da atividade administrativa, conforme evidenciado expressamente pela missão institucional estabelecida pelo Tribunal.⁷ De outro lado, há trabalhos que questionam aspectos diversos relativos à atuação do Tribunal, como a ocorrência de leitura ampliada de suas competências para além da moldura

⁴ Por exemplo, cita-se o parecer prévio emitido pelo Tribunal que rejeitou as contas da Presidência da República referentes ao ano de 2014, aprovado por unanimidade dos ministros, no âmbito do processo TC 005.335/2015-9. Tal rejeição teve profundo impacto político, sendo parte do combustível que levou ao impeachment da presidente Dilma Rousseff realizado em 2016.

Mais recentemente, cita-se o acompanhamento operacional no ano de 2020 pelo TCU sobre os planos do Governo Federal para o enfrentamento da pandemia do COVID-19, sendo apontadas inconsistências nas ações governamentais e feitas diversas recomendações ao Governo (TCU Processo TC 016.708/2020-2)

⁵ Enquanto em 2005 o TCU proferiu 7.044 acórdãos, em 2016 este número foi de 24.367, um crescimento de 245%, conforme Relatórios Anuais de Atividade do Tribunal. Este número manteve-se em 24.236 acórdãos em 2017 e aumentou novamente em 2018 com 30.979, indicando tendência de aumento. Fonte: TCU, Relatórios anuais de atividades. Disponíveis em: <https://portal.tcu.gov.br/transparencia/relatorios/relatorios-de-atividades/relatorios-de-atividades.htm>.

⁶ Há uma percepção difundida de que o TCU conta um corpo técnico de excelente categoria, capaz de analisar bem os casos a ele atribuídos; que ele combate contra a corrupção, prevenindo desvios; e que ele gera economia significativa (na casa dos bilhões de reais) aos cofres públicos. Nesse sentido, cf. ZYMLER, Benjamin. Direito administrativo e controle. 2ª Ed., Fórum: Belo Horizonte, 2009, o qual afirma seu entendimento de que o TCU é “*órgão com melhores condições potenciais para desenvolver uma visão sistêmica do modelo regulatório brasileiro*”.

No mesmo sentido, cf. também NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi et al. Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União, *in* Revista de Direito Administrativo (RDA), Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, maio/ago. 2019

⁷ Cf. no site do TCU, apresentação “*TCU e Desenvolvimento Nacional*”, no consta que a missão institucional do Tribunal é de “*aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade*”, possuindo a Corte “*elevado nível de conhecimento sobre as mazelas da administração pública brasileira*” em virtude de do conjunto de competências a ela atribuído pelo art. 71 da Constituição Federal. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/desenvolvimento-nacional/>>.

normativa,⁸ a forma pela qual exerce o controle de contratações públicas,⁹ o modo de sua observância ao devido processo legal,¹⁰ a forma pela qual toma medidas cautelares,¹¹ se sua ação inibe a atuação dos gestores públicos por conta de uma atuação punitiva que sanciona com rigor erros administrativo, gerando paralisia decisória,¹² e se há prevalência de suas interpretações jurídicas em detrimento daquela adotada pelos administradores controlados.¹³ Inclusive, a edição da Lei 13.655/2018, com acréscimo dos arts. 20 a 30 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), teve como um de seus principais objetivos o de aprimorar o controle exercido sobre a Administração Pública por instituições como os Tribunais de Contas, visando minorar alguns dos problemas supra identificados.¹⁴

De fato, muitos argumentam que o Tribunal é crucial para a funcionamento adequado da Administração Pública,¹⁵ inclusive como elemento de manutenção da estabilidade no

⁸ Cf. BARROSO, Luis Roberto. Tribunal de Contas: algumas incompetências. *RDA*, v. 203, p. 138, jan./mar. 1996, e ROSILHO, André Jácomo. Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

⁹ Cf. a crítica à atividade do TCU de sustar contrato (p. ex., determinando suspensão de pagamentos) feita em SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 119, maio/ago. 2011.

¹⁰ Uma análise ampla do tema é feita por NETO, Giuseppe Giamundo. O devido processo legal no exercício das atribuições constitucionais do Tribunal de Contas: exame das garantias concretizadoras e contribuições da nova LINDB e do CPC/2015 para o seu aperfeiçoamento. Dissertação de mestrado apresentada na pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019.

¹¹ A adoção de medidas cautelares pelo TCU é analisada em ROSILHO, André, *opt cit*, pp. 246-269, sendo seu exercício fora das hipóteses constitucionais e legais criticada em SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013., *passim*.

¹² Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle”, 31.01.2016, disponível em <http://direitodoestado.com.br/columnistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-criese-da-ineficiencia-pelo-controle/>; e NIEBHUR, Joel de Menezes e NIEBHUR, Pedro de Menezes. Administração Pública do medo”, de 09.11.2017, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>,

Uma análise mais ampla do fenômeno é feita em CAMPANA, Priscilla de Souza. O controle pelo medo: fragilidades e desafios do sistema de controle da Administração Pública. Dissertação de mestrado apresentada na pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

Para se contrapor a uma visão mais punivista que constringe gestores públicos, novos trabalhos começam a tratar de um *direito ao erro* por parte do administrador público. Sobre o assunto, Cf. DIONISIO, Pedro de Holanda. O Direito ao Erro do Administrador Público no Brasil. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019.

¹³ A questão surge, por exemplo, em tentativas do TCU de exercer competência fiscalizatória para rever atos de gestão de empresas estatais, como por exemplo sua aderência à Lei das S/A. Cf. BERMAN, José Guilherme, “Fiscalização de atos de gestão pelo TCU”, de 29.09.2017, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fiscalizacao-de-atos-de-gestao-pelo-tcu-290920172>. Último acesso em 18.07.2019.

¹⁴ Na justificativa do Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015, de autoria do Senador Antônio Anastasia (PSDB-MG), que deu origem à Lei 13.665/18, consta que “O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional.”, sendo o objeto da proposta incluir na LINDB “disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público.”.

¹⁵ Esta visão é defendida, principalmente, pelo próprio Tribunal e por seu corpo funcional (ministros, auditores e corpo técnico), conforme se percebe de publicações institucionais, p. ex., Tribunal de Contas da União. Plano Estratégico do Tribunal de Contas da União 2015-2021. Brasília: 2015, disponível em: https://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/planejamento/2021/doc/Plano%20estrat%C3%A9gico%202015_2021.pdf

sistema político brasileiro e no sistema orçamentário, coibindo abusos e corrupção.¹⁶ Por outro lado, independentemente de reconhecer a importância de sua missão institucional, outros alertam para o risco de o TCU se tornar uma espécie de “*revisor geral da Administração Pública*”, não se restringindo a controlar e contribuir com a ação administrativa, mas efetivamente a comandando conforme seu juízo de valor.¹⁷ Ou seja, há tanto o reconhecimento da importância do TCU, quanto alertas sobre efeitos de um exercício distendido e inadequado de suas funções – posições essas, frisa-se, não necessariamente antagônicas

Neste cenário, o controle do TCU sobre as agências reguladoras é tema de especial importância, que dá ensejo a discussões mais contundentes devido ao caráter especial dessas instituições, que, na teoria, são dotadas de autonomia reforçada e possuem *expertise* técnica para normatizar os setores regulados. Apesar de haver trabalhos laudatórios à sua atuação sobre as agências, identificando aprimoramento nas atividades regulatórias das agências motivados pela atuação do Tribunal,¹⁸ há também estudos que apontam que ele vem agindo não só como controlador, mas, também, influenciando no *mérito da regulação*, ao indicar como os reguladores devem comportar-se relativamente às suas atividades-fim.¹⁹

. Ademais, há considerável literatura favorável à atuação ampla do TCU, muitas vezes elaborada por pessoas ligadas aos próprios Tribunais de Contas, que será apresentada no Capítulo 1 desta dissertação.

¹⁶ Na ciência política, Carlos Pereira e Marcus André Melo a importância dos Tribunais de Contas no funcionamento da modelo político brasileiro multipartidário com presidente forte. Cf. PEREIRA, Carlos e MELO, Marcus André. *Making Brazil work; checking the president in a multiparty system*. Nova York: Ed. Palgrave Macmillian, 2013, no seu capítulo 6: “*Keeping a watchful Eye: Brazil’s Budgetary and Audit Institutions*”, pp. 119-156. Cf. também, dos mesmos autores, MELO, Marcus André, PEREIRA, Carlos e FIGUEIREDO, Carlos Maurício. Political and institutional checks on corruption, *in Comparative Political Studies*, Vol, 42, n° 9. Michigan: Set 2009, pp. 1217-1244.

¹⁷ Nesse sentido, cf. TRISTÃO, Conrado, “TCU: órgão de controle externo ou revisor geral da administração?”, artigo publicado no Portal JOTA em 14/09/2019, disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/tcu-orgao-de-controle-externo-ou-revisor-geral-da-administracao-14092019>>

¹⁸ Cf. p. ex. RODRIGUES, Walton Alencar. O Controle da Regulação no Brasil. *In Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 104, 2005, p. 15 e MENEZES, Monique. O Tribunal de Contas da União, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços. *Revista de Sociologia Política*, V. 20, n.43, out/2012, p. 123.

¹⁹ Nesse sentido, são as conclusões de três diferentes dissertações de mestrado que estudaram o controle do TCU sobre agências reguladoras, oriundas de 3 diferentes programas de pós-graduação em direito. Cf.: OLIVEIRA, Anderson Márcio. Intervenção regulatória do TCU: uma avaliação empírica nos processos de concessão da ANTT, ANTAQ e ANAC. Dissertação de mestrado apresentada na pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2017.

Nesta visão, o TCU agiria como verdadeiro órgão regulador, avaliando e, por vezes, revendo decisões, arrogando-se ao papel de “*agência das agências*”. Isso ocorreria por meio de diversos instrumentos, tais como o uso de auditorias operacionais,²⁰ análise prévia de modelagens de concessões de serviços públicos,²¹ intervenções em políticas setoriais e invalidação de decisões tomadas em casos concretos,²² e pelo uso, ou ameaça de uso, de seus poderes para expedição de medidas cautelares e aplicação de sanções. Por conta da pressão exercida e dos poderes coercitivos detidos pelo TCU, as agências reguladoras – em tese, autônomas - tenderiam a conformar-se a seus entendimentos e posições.²³ Ocorreria, assim, uma distorção do sistema de controle, com efeitos deletérios como insegurança jurídica e submissão das agências a uma espécie de “sujeição” à avaliação do TCU, erodindo sua independência e autonomia funcional.²⁴

Assim, essa conjugação de um crescente protagonismo do Tribunal com sua discussão na academia jurídica contemporânea, na qual o fenômeno é por vezes elogiado e por vezes criticado, é o contexto no qual se situa o presente trabalho.

b. Ponto de partida e objetivos do trabalho

MERLOTTO, Nara Carolina. A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras: entre a independência e o controle. Dissertação de mestrado apresentada na pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018; e

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou administrador? Dissertação de mestrado apresentada na pós-graduação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019.

²⁰ Sobre a utilização de auditorias operacionais para conformar a atuação das agências, cf. OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA USP, Faculdade de Direito. Relatório de pesquisa bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo, 2019, pp. 10 a 15. “*O sentido de controle operacional é amplo, imiscuindo sobre as decisões de gestão pública ou, por outra perspectiva, sobre as atividades-fim da Administração Pública.*” (p. 12).

²¹ Sobre o tema, cf. JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? Revista Brasileira de Direito Público, ano 12, n. 47, out./dez. 2014, *passim*

²² Cf. p ex. OLIVEIRA, Anderson Márcio, *opt. cit.*, p. 99.

²³ Nesse sentido conclui PEREIRA, Gustavo, *opt cit.*, pp. 184-185.

²⁴ Nesse sentido é a conclusão de MERLOTTO, Nara, *opt cit.*, pp. 164-165.

O ponto de partida da presente dissertação é justamente o diagnóstico efetuado por parte da literatura de que o TCU agiria como um “controlador-regulador” sobre as agências reguladoras. Assim, como apresentado acima, sua proposta é efetuar uma nova análise empírica partindo desse diagnóstico de que o TCU também atua como órgão regulador, com a capacidade de se sobrepor às agências. Ou seja, se parte de investigações pretéritas realizadas na academia para guiar um novo trabalho empírico, com a finalidade de desenvolver o campo de estudos sobre o TCU.

Os principais objetivos da atual análise empírica de casos são (i) verificar a pertinência dos achados da literatura anterior, confirmando-os ou refutando-os, e (ii) desenvolver a análise realizada nos trabalhos pretéritos, para buscar avançar de forma incremental no conhecimento sobre a atuação do TCU. Além disso, também se procura saber se (iii) o fenômeno de atuação sobre as atividades-fim regulatórias é recente, tendo se desenvolvido apenas nos últimos anos ou se, diversamente, ele é algo que vem ocorrendo desde a criação das agências, mas que apenas mais recentemente vem chamando atenção da literatura; bem como (iv) identificar e mapear eventuais padrões nas decisões do TCU no controle de agência reguladora.

Logo, a meta deste trabalho é aprofundar o estudo do controle do TCU sobre as agências reguladoras, realizando uma análise aprofundada por um longo período de tempo e com um número grande de casos, que permita suprimir (ou ao menos minorar) eventuais vieses de seleção de casos, chegando a uma visão mais ampla acerca da atuação do TCU.

De forma mais específica, isso será feito mediante a *análise da atuação do TCU sobre uma única agência reguladora desde sua criação, a partir da literatura recente que identifica o exercício pelo TCU de funções regulatórias.*

O primeiro corte realizado foi restringir as agências possíveis àquelas que tratam da regulação de setores de infraestrutura. Assim, conquanto se reconheça a existência e importância de entidades autônomas regulatórias em outras searas (como a ANS, a ANVISA, ANCINE, entre outras), o controle exercido pelo TCU sobre elas foi excluído do campo de análise.

Dentro das agências reguladoras de infraestrutura, é feita a escolha de uma única entidade pois há indícios de que o TCU trata as agências reguladoras de forma diversa, controlando com maior intensidade as que avalia deter menor “qualidade regulatória”, e com menor intensidade as que avalia como mais “qualificadas”. Em outras palavras, o Tribunal

adotaria uma racionalidade de controle diferenciada de acordo com o sujeito controlado, dependendo de sua reputação perante o TCU.²⁵ Além disso, há a limitação inerente às características do trabalho de dissertação de mestrado, sendo inviável aprofundar análise sobre diversas agências.

Por isso, a proposta é restringir o escopo da análise empírica para se obter uma representação mais precisa da realidade, escolhendo-se analisar apenas o controle sobre uma única agência: a *Agência Nacional de Transportes Terrestres* (ANTT).

A escolha se dá por conta do elevado nível de atuação do Tribunal no controle da ANTT, mais alto do que a média das demais agências. Pesquisa realizada pelo Observatório do Controle da Administração Pública, da USP, referente aos anos de 2014-2017 revela que a ANTT é a agência reguladora federal de infraestrutura (entendidas como tais a ANEEL, ANATEL, ANAC, ANTT e ANTAQ) que mais recebeu determinações e recomendações de acórdãos do TCU, num total de 251 (63 recomendações e 188 determinações), concentrando 38% das cominações no período – enquanto que em 2º lugar figurou a ANATEL, num número de 138 cominações (49 recomendações e 80 determinações), equivalente a 21% do total.²⁶

Cita-se, também, a existência de casos proeminentes que geraram substancial nível de debate específico no setor de infraestrutura, como o do controle da modelagem da Rodovia de Integração do Sul²⁷ e a anulação de decisão regulatória no caso da Nova Subida da Serra da concessionária CON CER, com busca de responsabilização pessoal de gestores públicos pela decisão de celebrar aditivo acrescentando novas obrigações.²⁸

²⁵ Neste sentido, cf. entrevista do Ministro Bruno Dantas ao Jornal Folha de São Paulo, de 16.08.2018, disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/08/tcu-interfere-mais-em-agencias-com-governanca-pobre-diz-ministro-do-tribunal.shtml>>; e o artigo publicado no iNFRA Debate: JORDÃO, Eduardo Ferreira. Mais deferência para agências com melhor reputação?, de 28.05.2019, disponível em: <<http://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-mais-deferencia-para-agencias-com-melhor-reputacao/>>. Último acesso em 23.07.2019.

²⁶ OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA USP, Faculdade de Direito. Relatório de pesquisa bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo, 2019, pp. 61-67.

²⁷ O caso foi noticiado em matéria do jornal Estado de São Paulo de 16/02/2018, disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,relatorio-do-tcu-rejeita-concessao-de-rodovia-do-governo-temer,70002191256>; e o relatório apresentado pela área técnica do Tribunal foi fortemente criticado em RIBEIRO, Maurício Portugal. IINFRA Debate: Unidade técnica do TCU pretende impedir concessões de rodovias, de 27/02/2018, disponível em: <http://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-unidade-tecnica-do-tcu-pretende-impedir-concessoes-de-rodovias/>. O julgamento da modelagem ocorreu no acórdão TCU nº Acórdão 1174/2018.

²⁸ Os acórdãos TCU nº 18/2017 e 738/2017 entenderam serem irregulares os aditivos que previam novos investimentos para a construção da nova subida da Serra. Os agentes públicos envolvidos na celebração do aditivo, tanto do Ministério dos Transportes quanto da ANTT, foram chamados a defender-se de responsabilização por “*graves irregularidades*” apontadas pelo corpo técnico, sendo proposta a aplicação de

Outro fator a ser ressaltado é que a própria agência considera a jurisprudência do TCU como importante fator para suas políticas regulatórias, como pode ser evidenciado pelo fato de que a ANTT, ao anunciar em janeiro de 2021 a mudança de seu modelo de regulação das concessões rodoviárias, de uma regulação contratual para uma regulação discricionária, ressaltou que um fator levado em consideração para esta mudança foram as decisões tomadas pelo TCU ao longo dos anos.²⁹

Além disso, ministro do TCU já manifestou expressamente que a ANTT é uma das agências com menor qualidade regulatória e credibilidade, o que atrairia um grau de escrutínio mais estrito.³⁰ Ou seja, em sua modulação da forma de controle, ao menos um dos membros do Tribunal adota postura de maior intervenção em relação à ANTT, sendo mais propenso a rever suas decisões.

Dessa forma, dado que a atuação do TCU sobre a ANTT ocorre (i) em número maior casos; (ii) com maior revisão de decisões da agência; (iii) com a própria agência destacando a importância das decisões do TCU; e (iv) com membro do TCU reconhecendo ser o controle sobre ela mais rigoroso, entende-se que esse é terreno propício para a investigação ora proposta.

multa pessoal em valores máximos e a 09 agentes públicos (incluindo todos os diretores da ANTT), além de pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal. Ressalta-se que não houve sequer suspeita de benefícios pessoais aos envolvidos, mas apenas a tomada de decisão administrativa que o Tribunal entendeu ilegal.

Ao final, o Tribunal acolheu a razão de defesa destes servidores. Não obstante, o fato de ter de responder a acusações desta forma já é suficientemente preocupante para qualquer um.

²⁹ Este detalhe é apontado na reportagem jornalística da Agência INFRA de 28/01/2021, “*Após 20 anos, ANTT mudará modelo de regulação de concessões rodoviárias e busca adesão de empresas – Agência Infra*”. Nela, é registrado que o gerente de Regulação na Superintendência de Infraestrutura Rodoviária da ANTT reconheceu que as decisões do TCU sobre concessões rodoviárias foram relevantes para a elaboração do novo Regulamento de Concessões Rodoviárias, afirmando: “*Visualizamos o TCU como um importante player na elaboração das nossas políticas. Entendemos o papel deles. As considerações que fizeram serão adotadas em alguma medida, como entendermos pertinente.*”. Reportagem disponível em: <[hiperlink](#)>

³⁰ Trata-se do Ministro Bruno Dantas, em fala proferida em 23/05/2019 no Abdib Fórum 2019, evento promovido pela Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústria de Base. Em notícia sobre o evento divulgada no *Newsletter* da Agência Infra em 24/05/2019, foi veiculada a seguinte fala do Ministro: “***O que justifica que na ANTT o TCU seja rigoroso e na ANEEL a fiscalização não seja tão apertada? A resposta é simples: governança e credibilidade que as agências desfrutam. No setor portuário e terrestre havia desconfiância grande sobre as agências em razão do histórico***” (grifou-se).

A base de dados utilizada para a presente análise são 200 (duzentos) acórdãos do TCU envolvendo o controle da ANTT, desde a criação da agência, no ano de 2001. A explicação metodológica mais detalhada sobre a seleção dos casos é feita no Capítulo 2, item 2.1, mas por ora cabe mencionar que acórdãos foram selecionados por dois critérios: (i) utilizando, na ferramenta de pesquisa de Jurisprudência do TCU, no campo “*nome do órgão ou entidade*”, a sigla “ANTT”, delimitando o ano de pesquisa até 2018,³¹ o que levou a 149 (cento e quarenta e nove) decisões;³² e (ii) agregando a este número também outros Acórdãos que foram citados nessas primeiras decisões, bem como outros Acórdãos expedidos no âmbito dos mesmos processos. O número total obtido é pouco inferior a 50% da estimativa possível de um total de 418 Acórdãos expedidos pelo TCU envolvendo a ANTT entre 2001 a 2018, número este obtido ao inserir, por extenso e de forma completa, o nome “Agência Nacional de Transportes Terrestres” no campo “*nome do órgão ou entidade*”.

Os Acórdãos não foram sujeitos à limitação de forma temática, referindo-se a diversas atribuições da ANTT e setores regulados pela agência, quais sejam: concessões rodoviárias (a maior parte), concessões ferroviárias, transporte interestadual e internacional rodoviário de passageiros, organização administrativa interna da ANTT (questões de pessoal, licitações internas promovidas pela agência e outros assuntos), e análises sobre as contas anuais da ANTT. Ademais, há também Acórdãos que realizam avaliação da atuação de diversos órgãos públicos e agências reguladoras (normalmente, como resultado de auditorias operacionais) e incluem a ANTT, como por exemplo a análise feita pelo TCU acerca da arrecadação de multas pelas agências reguladoras, ou da governança nas agências reguladoras.

Como esse montante de 200 (duzentos) acórdãos não se encontra sujeito a vieses de seleção subjetivos (ou, ao menos, está menos sujeito a eles) e se estende por um período temporal dilatado de cerca de 18 (dezoito) anos, parece ser possível, por meio da análise desta base de dados, ter uma visão mais clara de como o TCU tem efetuado o controle da ANTT. Ademais, será possível verificar se a atuação do TCU sobre as atividades-fim da ANTT é fenômeno que cresceu nos últimos anos, período no qual foram elaborados a grande maioria dos trabalhos de caráter crítico à atuação do Tribunal, ou se, diversamente, manteve-se constante desde a criação da ANTT.

³¹ Pelo fato da presente pesquisa ter sido iniciada em 2019, o final do ano de 2018 foi adotado como data de corte inicial. Maior detalhamento acerca das escolhas para formar a base de dados são feitos no Capítulo 2, item 2.1.

³² Ferramenta de pesquisa de jurisprudência do TCU disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>.

Na análise dos Acórdãos, especial atenção é conferida a como o TCU controla as atividades-fim da agência, ou seja, aquela relacionada às suas funções regulatórias, sendo feita análise mais aprofundada sobre esse tema, por ser ele o mais relevante para os objetivos da dissertação. Para fins deste trabalho, as funções regulatórias consideradas integrantes da atividade-fim da ANTT são aquelas previstas nos incisos I a XVI do art. 24 da Lei Federal 10.233/2011, que criou a agência e estabeleceu suas competências.³³

c. Hipóteses e metodologia empregada

Exposto o objeto e a proposta do trabalho, cabe detalhar a forma de abordagem, explicando o problema de pesquisa, bem como as *hipóteses* adotadas e sua *metodologia*.

O problema de pesquisa é o controle exercido pelo *TCU sobre a ANTT*, que será analisado tendo como ponto de partida a literatura que tece críticas à atuação do TCU e se desenvolverá por meio de estudo empírico dos julgados do Tribunal.

Há, no trabalho, 7 (*sete*) *hipóteses*, que foram elaboradas a partir de constatações feitas pela literatura contemporânea que enxerga a atuação do TCU como controlador-regulador das agências. São elas:

³³ “Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

I - promover pesquisas e estudos específicos de tráfego e de demanda de serviços de transporte;

II - promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;

III - propor ao Ministério dos Transportes os planos de outorgas, instruídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre;

IV - elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;

V - editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

VI - reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infraestrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos;

VII - proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda;

VIII - fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;

IX - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes, se for o caso, propostas de declaração de utilidade pública; (redação dada pela MP no 2.217-3, de 4 de setembro de 2001)

X - adotar procedimentos para a incorporação ou desincorporação de bens, no âmbito dos arrendamentos contratados”.

- (i) Que o TCU, na maioria dos Acórdãos que versam sobre atividades-fim da ANTT, expede determinações e recomendações que afetam o exercício pela agência de suas competências regulatórias, o que tende a indicar postura proativa no controle de atividades-fim;
- (ii) Que há certa incongruência entre o discurso adotado pelo Tribunal, segundo o qual ele realiza um “controle de segunda ordem” sobre as agências, e a prática verificada da análise da jurisprudência do TCU;
- (iii) Que o controle do TCU sobre a ANTT intensificou-se ao longo do tempo, quando comparado os primeiros anos da agência até o atual período, pelo número de acórdãos expedidos e pelo grau de intensidade do controle;
- (iv) Que, no processo interno de tomada de decisão do TCU envolvendo a ANTT, o julgamento do Plenário do Tribunal segue quase sempre a proposta de Acórdão expedida pela respectiva unidade técnica;
- (v) Que é comum a aplicação de sanção a gestores e a tomada de medidas cautelares pelo Tribunal no controle sobre a ANTT, indicando o uso de poderes coercitivos pelo TCU no controle da agência;
- (vi) Que a ANTT não contesta o controle exercido pelo TCU, aceitando expressa ou tacitamente suas decisões.
- (vii) Que, por fim, o diagnóstico da literatura mais recente de caráter crítico ao TCU, a qual aponta a atuação do Tribunal como um verdadeiro regulador, conformando as decisões das agências reguladoras à sua própria visão discricionária, encontra-se correto em relação à ANTT.³⁴

Uma importante ressalva a ser feita é que se buscará, na medida do possível, não emitir juízo de valor sobre o *mérito das decisões regulatórias em si*. O propósito do trabalho não é realizar análise qualitativa do fenômeno, mas, sim, apenas descrevê-lo, deixando para outras fontes a análise de seus efeitos. Assim, ao se verificar decisões regulatórias distintas do TCU e da ANTT, não se buscará analisar qual a mais adequada, correta ou eficiente, mas tão somente apontar as diferentes posições e verificar qual delas prevaleceu.

Para o teste destas hipóteses, são adotadas *duas metodologias complementares: realização de revisão de literatura seguida de análise empírica*. Inicialmente, será feita uma revisão da literatura brasileira sobre o controle do TCU em agências reguladas, de modo a

³⁴ Esta última hipótese acaba sendo uma conclusão lógica das demais, visto que, caso corretas, ela também será verdadeira. Não obstante, ela será mantida tornar a exposição mais clara.

estabelecer e descrever as bases do ponto de partida da dissertação. Na sequência, é realizada a pesquisa empírica, com levantamento e exame dos acórdãos expedidos pelo TCU envolvendo a ANTT. Com a conjugação destas duas abordagens, será possível fazer análise abrangente sobre a atuação do TCU sobre a ANTT.

d. Síntese do percurso a ser seguido

Com tal finalidade, o trabalho está organizado em três capítulos.

O *Capítulo 1* faz a supracitada revisão da literatura sobre a relação Corte de Contas/Agências, apresentando trabalhos de tal produção acadêmica e suas conclusões, de modo a delinear o fenômeno do TCU como agente regulador. Aqui, não há restrição à ANTT, visto que a literatura aborda o tema de forma geral. Trata-se de primeira etapa absolutamente necessária: como a literatura que identifica o TCU como mais que um simples controlador é o ponto de partida desse trabalho, é necessário apresentá-la. Assim, é feita uma retomada dos principais pontos e das conclusões dos estudos acima elencados, quais sejam (i) auto expansão de competências pelo TCU, (ii) a regulação prática feita por meio de auditorias operacionais, apreciação de editais de concessão, e com justificativas em princípios jurídicos abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, tais como “*interesse público*”, e (iii) a diferença entre discurso adotado pelo TCU e a regulação efetuada por meio do controle.

O *Capítulo 2* faz uma análise empírica *quantitativa* dos 200 Acórdãos expedidos pelo TCU envolvendo a ANTT, selecionados para formar a base de casos. Nele, os dados obtidos são explicados, quantificados e inseridos em representações gráficas.

Já o *Capítulo 3* trata do estudo empírico *qualitativo* dos Acórdãos, analisando os que são tidos como contendo as discussões mais interessantes. De forma específica, foram priorizados aqueles em que há discussão sobre a extensão dos poderes do Tribunal e sobre o tipo de controle a ser exercido em relação às atividades-fim, bem como os acórdãos nos quais o TCU demonstrou maior disposição em atuar diretamente em questões regulatórias, a fim de analisar as justificativas e o raciocínio utilizado.

Por fim, a *conclusão* sistematiza os principais achados da dissertação, testa as hipóteses acima apresentadas, e apresenta as contribuições que o trabalho pode trazer à literatura sobre a atuação do Tribunal no controle das agências reguladoras.

1 ANÁLISE DA LITERATURA CONTEMPORÂNEA SOBRE O TCU E O DIAGNÓSTICO DE SUA ATUAÇÃO CONTROLADOR-REGULADOR DAS AGÊNCIAS.

Este primeiro capítulo tem a finalidade de apresentar os trabalhos já desenvolvidos na academia jurídica, principalmente nos últimos anos, que fazem o diagnóstico do TCU como um controlador-regulador das agências reguladoras, exercendo suas funções com uma amplitude superior àquela tida como juridicamente justificada. Como esses trabalhos são a base para a realização do levantamento empírico proposto por esta dissertação sobre os Acórdãos do TCU a respeito da ANTT, e neles foi baseada as hipóteses fixadas na introdução que ora serão testadas, é necessário primeiramente abordar e elencar suas principais características, de modo a apresentar uma síntese dos pontos por eles levantados.

Tais trabalhos, por apresentarem ressalvas e questionamentos quanto a esta atuação exercida pelo Tribunal por eles identificada, são doravante aqui denominados *como literatura crítica ao TCU*.

Esta nomenclatura é adotada a fim de fazer sua distinção em relação à parcela da literatura que é majoritariamente favorável à atuação do TCU sobre questões regulatórias. Ao contrário da literatura crítica, esta não encontra problemas ou ressalvas em uma atuação expandida do Tribunal (ou, se os verifica, não é esta a ênfase), mas pelo contrário, enxerga nela uma atuação justificada e conforme o ordenamento jurídico nacional, na qual o TCU age em cumprimento fiel de sua missão institucional e traz benefícios substanciais à Administração Pública como um todo, e à regulação em particular – doravante denominada nesta dissertação como *“literatura favorável ao TCU”*. Como as premissas desta segunda parcela de literatura *não são* o ponto de partida do presente trabalho, ela não será detalhada com o mesmo grau neste capítulo. Não obstante, também é cabível sua apresentação de forma sintética, para expor o contraponto entre as duas visões.

Ressalta-se, desde já, que a fixação de tais categorias constitui simplificação da realidade e, como qualquer categorização, não corresponde exatamente à amplitude de posições existentes.³⁵ Poderia ser caracterizada também a existência de uma literatura

³⁵ Ou seja, a classificação parte de “tipos ideais” do espectro possível de posições existentes, remetendo-se às ideias do sociólogo alemão Max Weber. Cf. WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, *passim*.

“intermediária” entre ambas, que sobepesa tanto os benefícios quando os riscos que tal atuação do Tribunal traz.³⁶ Não obstante, para fins da presente dissertação, é mantida tal clivagem de “polarização” entre a literatura favorável e literatura que traz críticas à corte de contas federal, pois se entende que elas auxiliam na compreensão da discussão atual sobre o tema.

Assim, com este propósito de detalhar a visão crítica da academia ao TCU e suas principais colocações, este capítulo está organizado da forma descrita abaixo.

Inicialmente, é importante apresentar as competências dos Tribunais de Contas em geral e do TCU em específico, por meio da análise dos dispositivos constitucionais e da legislação aplicável (item 1.1). Na sequência, é desenvolvida a categorização acima realizada da literatura sobre o TCU, especialmente no tocante à forma como o Tribunal exerce o controle sobre as agências reguladoras, apresentando as linhas-mestras tanto da *literatura favorável ao TCU* quanto da *literatura crítica*, com um breve panorama sobre alguns trabalhos acadêmicos categorizados como de cada grupo (item 1.2).

Os tópicos seguintes já se voltam ao aprofundamento das considerações da corrente crítica da literatura, apresentando os seus principais achados, quais sejam: a interpretação ampliada do Tribunal a respeito de suas próprias competências e, com isso, a autoconstrução pela Corte de Contas da base jurídica e argumentativa utilizada para ir além do mero controle (item 1.3); uma síntese dos principais instrumentos institucionais, processuais ou estratégias argumentativas pelos quais o TCU atua como regulador, quais sejam, (i) a utilização de auditorias operacionais, (ii) a expedição de recomendações e determinações sobre a atividade regulatória, (iii) o controle prévio de editais de concessão e desestatização, (iv) o recurso a princípios jurídicos abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, como a proteção ao “*interesse público*” como técnica argumentativa para justificar para suas decisões,³⁷ e por fim (v) utilização de poderes do Tribunal como a expedição de medidas cautelares, sustação de contratos e aplicação de sanções aos administradores como forma de conformar a atuação administrativa à sua visão (item 1.54); a diferença identificado entre o discurso do TCU em

³⁶ Eventualmente poderiam ser caracterizados como representantes de uma literatura intermediária, por exemplo, WILLEMANN, Mariana Montebello. O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da *accountability democrática*: perspectivas em prol do direito à boa administração pública do Brasil. Tese de doutorado do curso de pós-graduação do Departamento de Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2016; ou MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras – Em busca de alguns *standards* possíveis. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte. 2012.

³⁷ Destaca-se, em particular, que o recurso a normas de menor densidade normativa não é exclusivo do TCU, podendo ser encontrado também no Poder Judiciário e em outros controladores brasileiros.

seus pronunciamentos sobre o tema e a sua prática do Tribunal (item 1.5); e também a importância dos relatórios das unidades técnicas do TCU para o julgamento dos Acórdãos, que são massivamente validados pelo Tribunal em seu julgamento (item 1.6).

Por fim, é apresentada uma síntese do capítulo, com suas conclusões parciais (item 1.7).

1.1. Competências constitucionais e legais do TCU

A Constituição da República elenca as competências do TCU em seu art. 71 de forma bastante abrangente. Apesar de ser órgão auxiliar do controle externo da Administração Pública pelo Poder Legislativo, ele possui uma série de competências autônomas, quais sejam: (i) apreciar as contas prestadas pelo Presidente da República; (ii) julgar as contas de administradores de toda a Administração Pública federal direta e indireta; (iii) apreciar para fins de registro os atos de admissão de pessoal e aposentadorias, reformas e pensões; (iv) realizar inspeções e auditorias de natureza “*contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*” dos três poderes da República e de todas as entidades administrativas federais; (v) fiscalizar contas de empresas supranacionais que recebem capital do União; (vi) fiscalizar “*quaisquer recursos repassados pela União*” a outros entes federativos; (vii) prestar informações ao Legislativo sobre a fiscalização exercida e resultados de auditorias e inspeções; (viii) aplicar penalidades aos responsáveis em caso de ilegalidades de despesas ou irregularidades de contas; (ix) assinalar prazo para que o órgão ou entidade corrigir sua conduta, se verificada ilegalidade; (x) sustar atos impugnados, se não atendida no prazo assinalado a correção almejada; e (xi) representar sobre irregularidades ou abusos apurados. Ainda, no caso de contratos, o Congresso Nacional deve ser comunicado para sustá-lo em caso de ilegalidade e, se houve inércia por mais de 90 dias, o Tribunal poderá “*decidir a respeito*”.

Além disso, no âmbito de cada uma dessas atividades, compete-lhe realizar a fiscalização “*contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*”. As atribuições relacionadas aos itens contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial já eram classicamente estabelecidas como sendo do TCU há muito tempo, em Constituições anteriores. Por outro lado, a atribuição de fiscalização *operacional* foi uma novidade da Constituição de 1988, e possui um caráter de indeterminação muito maior – interpretado de forma ampla, é possível distendê-la num crescendo, a ponto de chegar a quase qualquer atividade administrativa.

A Lei Orgânica do Tribunal, a Lei Federal 8.443/92, segue a mesma linha de estabelecer atribuições abrangentes à Corte de Contas, com um amplo rol de competências em seu art. 1º. Também é estabelecida extensa jurisdição para o Tribunal em seu art. 5º, abrangendo todas as pessoas físicas, órgãos e entidades que administram ou recebem bens e valores públicos da União. Relevante para este estudo é a capacidade regulamentar conferida pelo art. 3º para reger as próprias atividades, tendo “*poder regulamentar*” para “*expedir atos e instruções normativas sobre a matéria de suas atribuições e a organização dos processos que lhe devam ser submetidos.*” Como será explicado adiante, este é um dos principais mecanismos adotados pelo Tribunal em seu movimento expansivo de suas competências, o que é tanto naturalmente esperado – afinal, como coloca José Vicente, “*instâncias de controle sempre tenderão a autointerpretações maximizadoras de seu poder*”³⁸ – quanto surpreendente no caso particular do TCU, pela significativa expansão de competências apontada pela literatura crítica.

Outra competência legal que chama atenção é sua capacidade, estabelecida no art. 38, I, de realizar inspeções auditorias de natureza “*contábil, financeira, orçamentária e patrimonial nas unidades administrativas*” dos três poderes de toda a Administração Federal, por provocação do Legislativo. O art. 41, II aumenta a importância deste instrumento, ao dispor que “*para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas*”, compete-lhe realizar tais inspeções e auditorias por iniciativa própria, na forma de seu Regimento Interno – que é criado pelo próprio Tribunal. Assim, pela falta de contornos normativos mais claros criados pela própria Lei Orgânica, é o TCU quem, na prática, determina o modo de funcionamento de suas atribuições e fixa suas balizas, por meio de atos infralegais por ele expedidos.

Há de se ressaltar também seu amplo poder sancionatório, presente nos arts. 56 e seguintes, podendo a Corte “*aplicar aos administradores ou responsáveis, na forma prevista nesta Lei e no seu Regimento Interno, as sanções previstas neste capítulo*” (art. 56). Elas incluem aplicação de multa de até 100% do valor do ano causado ao erário (art. 57) ou até determinado valor por diversas atividades, incluindo ato praticado com grave violação à norma legal ou regulamentar ou ato de gestão antieconômico (art. 58); a possibilidade inabilitação para exercício de cargo público por período de cinco a oito anos (art. 60); além de

³⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras – Em busca de alguns *standards* possíveis. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte. 2012. Versão digital, p. 3.

decretação de indisponibilidade de bens das pessoas públicas que sejam tidas como responsáveis por ilegalidades, irregularidades ou danos ao erário (art. 61).

Em suma, o TCU exerce diversas funções, de caráter fiscalizador, opinativo, julgador, sancionar, corretivo, consultivo, informativo, de ouvidoria e normativo.³⁹

Ao que se vê, no que se refere ao *controle de toda a Administração Pública*, o Tribunal claramente possui competências abrangentes.

1.2. O controle de atividades-fim das agências pelo TCU e clivagem da literatura em favorável e crítica ao TCU

Sendo autarquias, é consenso que as agências Reguladoras não escapam a este controle,⁴⁰ mesmo considerando sua autonomia reforçada e suas garantias institucionais.⁴¹

Não há dúvida que elas se submetem integralmente ao controle de suas atividades-meio pelo Tribunal, tais como atos de admissão de pessoal, contratos celebrados para o fornecimento de bens e serviços, prestação de contas e sua análise financeira, orçamentária e patrimonial. Isso, inclusive, é reconhecido em ambos os espectros da literatura, não estando tal questão sujeita a debates e sendo, por isso, superada.⁴²

A verdadeira discussão é se e como o TCU pode controlar as atividades-fim das agências reguladoras, ou seja, o mérito administrativo da regulação, e quais as implicações sobre a forma pela qual este controle é exercido.

³⁹ Nesse sentido, MERLOTTO, Nara, *opt cit*, pp. 72-81.

⁴⁰ Nesse sentido, cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 335: “*Estes controles, além de não serem incompatíveis com a autonomia reforçada que caracteriza as agências, integram o seu próprio conceito. Não seria de se imaginar, realmente, que um órgão ou ente descentralizado, por mais autônomo que fosse, ficasse alheio ao conjunto da Administração Pública. A autonomia não pode servir para isentá-las da obrigação de se inserirem nos planos e diretrizes públicas gerais.*”

Mesmo os críticos à atuação do Tribunal reconhecem esta capacidade. Por exemplo, cf. OLIVEIRA, Anderson, *opt cit.*, que reconhece desde o início que “*As agências reguladoras são autarquias especiais integrantes da Administração Pública. Cabe ao Tribunal de Contas da União a fiscalização de todos os entes da Administração direta ou indireta. É possível concluir, portanto, que o controle externo do TCU é inafastável para as agências.*”, p. 36.

⁴¹ Tais como estabilidade dos dirigentes, vedação de recurso ordinário impróprio, fontes próprias de receitas por meio de taxas específicas, entre outros.

⁴² Para representar a literatura mais favorável ao Tribunal, cita-se RODRIGUES, Walton Alencar. *O Controle da Regulação no Brasil*. In *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 104, 2005, p. 7.

Na literatura de caráter mais crítico, cf. cf. OLIVEIRA, Anderson, *opt cit*, p. 36: “*discussão sobre o limite de atuação do TCU não perpassa pela fiscalização das atividades-meio das agências, tais como: gestão administrativa, atos de pessoal, contratações.*”

É nesse ponto que ocorre a clivagem da literatura acima mencionada. De um lado há uma vertente favorável à maior atuação do Tribunal sobre as atividades-fim das agências, acima denominada *literatura favorável à atuação do TCU*, e de outro lado, outra apresentando questionamentos à abrangência e à forma pela qual esse controle é exercido, ora denominada *literatura crítica à atuação do TCU*.

Destaca-se que há vários níveis de gradação em um polo e outro, com críticas mais pontuais e outras mais contundentes, reconhecendo diferentes escopos possíveis e/ou desejáveis para atuação do Tribunal. Por exemplo, nos textos integrantes da literatura favorável à atuação do TCU, muitos enxergam alguns limites ao avanço das Cortes de Contas sobre questões regulatórias, invocando a necessidade de um ônus adicional de justificação nesses casos. Similarmente, na literatura crítica à atuação do TCU, há diferentes posicionamentos, com alguns defendendo que o TCU nunca poderia rever decisões atinentes às atividades-fim das agências, e outros (a maioria) dizendo que há algum espaço específico para a atuação do TCU nesta seara, porém limitado: por exemplo, que o Tribunal poderia se pronunciar tão-somente de forma opinativa e sugestiva, mas não via imposição.

Não obstante tais limitações na classificação ora proposta, a divisão da literatura nesses dois pontos é de utilidade, pois evidencia as linhas gerais da postura de como os autores se posicionam em relação à percepção da atuação do TCU na seara regulatória: de forma majoritariamente laudatória – na vertente favorável – ou de forma majoritariamente cética e reprobatória – na vertente crítica.

A discussão, em seus termos fundamentais, foi bem sumarizada por José Vicente Mendonça em artigo publicado em 2012, o qual apresentou a existência de um “*duelo de razões*” sobre o cabimento de controle das atividades-fim das agências reguladoras pelos Tribunais de Contas,⁴³ de forma geral (ou seja, não se referindo apenas ao TCU, embora seja ele principal expoente do fenômeno). Nele, é feito um excelente resumo dos argumentos das vertentes favorável e contrária a esse tipo de controle que, pelo seu caráter didático, vale mencionar abaixo.

⁴³ MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras – Em busca de alguns *standards* possíveis. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte. 2012, item III.

Por apresentar uma postura cética em relação ao exercício pelas Cortes de Contas de atividades atinentes à regulação exercida pelas agências, além de, ao final, defender a restrição de atividade nessa seara (ou seja, considerando-a positiva apenas em casos específicos), o artigo é ora considerado como integrante da literatura crítica ao TCU.

De forma favorável ao controle das atividades-meio das agências, são os expostos os seguintes argumentos, segundo os quais (i) a existência da discricionariedade técnica das agências não serve como carta-branca para impedir o controle pelas Cortes de Contas; (ii) o fato de as Cortes de Contas terem visão ampla sobre diferentes setores traria aptidão maior para o controle sobre as decisões das agências; (iii) a existência de recomendações internacionais para esta atuação das Cortes de Contas, feitas pela INTOSAI⁴⁴; (iv) a existência de base constitucional ampla de poderes do TCU, incluindo a expressão “*fiscalização operacional*”, que autorizaria o controle das atividades-fim; (v) o fato deste controle ser muitas vezes provocado pela sociedade e outros órgãos de controle, ao invés de pelos tribunais; (vi) os próprios benefícios gerados por este controle, que estariam provados pela grande experiência do TCU nesse tipo de controle; e (vii) o fato de que, ao final, este tipo de controle tem repercussão indireta sobre o erário, pelas possíveis consequências das decisões das agências.⁴⁵

Por outro, de forma contrária ao controle do exercício de função regulatória pelas agências, são elencados os seguintes argumentos: (i) que as atividades-fim das agências implicam a prática de atos discricionários, de nível técnico, ligados à sua *expertise*; (ii) de forma correlata, que as agências possuem *expertise* setorial técnica para exercício da regulação em determinado setor, enquanto que as Cortes de Contas possuem competências amplas e não especializadas; (iii) que esse tipo de controle geraria retrabalho, aumento de gastos e, principalmente, insegurança jurídica; (iv) que a existência de poder decisório sobre as finalidades das agências pode erodir a independência e blindagem técnica própria das agências reguladoras, criadas para terem independência funcional; e por fim (v) que, como a atividade-fim das agências não envolveria o dispêndio de valores públicos (ou seja, gastos direitos do erário), sua atuação não seria justificada.⁴⁶

Ao final, reconhecendo a validade parcial de argumentos de ambos os lados, *Mendonça aduz*, de forma acertada, que “*é inegável que os Tribunais de Conta podem controlar a atividade-fim das agências reguladoras. A verdadeira questão não é o se, mas o*

⁴⁴ INTOSAI é a sigla para a “*International Organization of Supreme Audit Institutions*”, ou Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, organização internacional integrada por diversos países, inclusive o Brasil, que trata de assuntos relacionados à auditoria governamental e controle externo. Em 1977, a organização expediu a “*Declaração de Lima sobre os Preceitos de Auditoria*”, com normas de referência e princípios para estas atividades, que ao longo dos anos foram se expandindo para incluir diversas outras normas interacionais sobre auditoria governamental e controle externo.

⁴⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Idem*, pp. 6-9 da versão digital.

⁴⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Idem*, pp. 5-6 da versão digital.

como”.⁴⁷ Esta mesma conclusão é adotada também na tese de Marianna Willeman sobre os Tribunais de Contas, a qual afirma que “o debate deve passar não pela pertinência do controle, mas sim pela definição de seu alcance, com a fixação de seus limites e responsabilidades, sempre atentando-se para as vicissitudes da atuação técnica das entidades reguladoras independentes.”⁴⁸

Assim, a discussão sobre este “como” está no cerne do debate ora proposto, sendo esta afirmação, grosso modo, aceita pela maior parte tanto da literatura favorável ao Tribunal quanto pela literatura crítica.⁴⁹ Afinal, ao menos em teoria, não se defende a existência de poderes totais e ilimitados para as Cortes de Contas exercerem, *manu proprio*, a regulação setorial.⁵⁰

Por fim, Mendonça propõe alguns parâmetros (*standards*) para orientar exercício deste controle, tais como um princípio geral de autocontenção por parte dos Tribunais de Contas quando analisarem decisões concernentes à atividade-fim das agências reguladoras, atuando em casos específicos (tais como vícios procedimentais, omissão regulatória e ilegalidade expressa). Ademais, é defendido que, ao analisar puramente a *qualidade* das decisões regulatórias (ou seja, fora dos casos parâmetros fixados em que revisão direta), estes Tribunais só poderiam agir expedindo recomendações não vinculantes, que poderiam ser aceitas ou não pelas agências reguladoras.

Esta discussão é desenvolvida em ambas as vertentes da literatura, que são apresentadas nos subitens a seguir, para na sequência se desenvolver com mais detalhes as alegações da literatura crítica ao Tribunal.

1.2.1. Panorama da literatura favorável à atuação do Tribunal

⁴⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Idem, Item IV, p. 9 da versão digital

⁴⁸ WILLEMAN, Mariana Montebello. O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da *accountability democrática*: perspectivas em prol do direito à boa administração pública do Brasil. Tese de doutorado do curso de pós-graduação do Departamento de Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2016, p. 309.

⁴⁹ Cumpre destacar que, na classificação ora proposta, o artigo citado supra de José Vicente Mendonça seria integrante da literatura crítica, por apresentar uma postura cética em relação ao exercício pelas Cortes de Contas de atividades atinentes à regulação exercida pelas agências, além de, ao final, defender a restrição de atividade nessa seara (ou seja, considerando-a positiva apenas em casos específicos); e a tese citada supra de Marianna Willeman seria integrante da literatura favorável ao TCU, por se voltar, em grande, a ressaltar os benefícios da atuação das Cortes de Contas e seu papel para contribuir à *accountability*, apesar de apresentar críticas pontuais à uma atuação total dos Tribunais. Isso demonstra o acima informado: que há diversas variações de ambos os lados, e que inclusive alguns da vertente favorável entendem os pontos levantados pela vertente crítica, e vice-versa.

⁵⁰ Conforme será desenvolvido no item 1.5 deste capítulo, que se expõe a visão do próprio Tribunal sobre a forma pelo qual deve exercer o controle das atividades-fim das agências.

Em síntese, na *literatura favorável* estudos apontam os benefícios de uma maior atuação do Tribunal em seu controle, o que aprimoraria o funcionamento do modelo regulatório,⁵¹ justificando a atuação do TCU com base em sua atribuição constitucional de competências, tal como a de realizar controle operacional, inclusive em questões tidas como de mérito da atividade administrativa.⁵² Por exemplo, Walton Alencar Rodrigues destaca que a atuação do TCU coíbe “*comportamentos arbitrários e injustificáveis*” e estimula boas práticas, aprimorando as instituições, tendo o Tribunal “*competência constitucional, conhecimento técnico, imparcialidade política, acesso a informações atinentes à Administração Pública e estrutura administrativa organizada*”.⁵³ Assim, é defendido que o TCU exerce importante papel no aprimoramento da Administração Pública Federais, ao coibir desvios de legalidade, de finalidade e também atuações tidas como inadequadas de parte de gestores públicos.⁵⁴

No mesmo sentido, coloca-se que o Tribunal deve contribuir por meio de auditorias para aprimorar o processo regulatório desenvolvido pelas agências⁵⁵ e que o Tribunal efetivamente o faz, aperfeiçoando as regras regulatórias, evitando discricionariedade tida como excessiva e aumentando a representatividade de usuários e a *accountability* das agências reguladoras.⁵⁶

⁵¹ Nesse sentido, ZYMLER, Benjamin. Direito administrativo e controle. 2ª Ed., Fórum: Belo Horizonte, 2009, o qual afirma seu entendimento de que o TCU é “*órgão com melhores condições potenciais para desenvolver uma visão sistêmica do modelo regulatório brasileiro*”. Cf. também FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁵² Cf. VIEIRA, Marcia Cristina Nogueira. O controle do tribunal de contas da união sobre os atos discricionários das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais. Monografia apresentada no Instituto Serzello Corrêa para a especialização em controle externo – área de regulação de serviços públicos concedidos. Brasília, 2004. Nele, a autora conclui que “*Não há que se falar em avanço indevido sobre o mérito do ato regulatório, mas no cumprimento de suas competências constitucionais. O Tribunal não exorbita de suas funções quando, no exercício do controle, detectada ineficiência, ilegitimidade e/ou antieconomicidade do ato administrativo discricionário, entre outras hipóteses, assina prazo para a adoção de providências cabíveis. (...) Os dispositivos constitucionais que impõem a fiscalização operacional são perfeitos, válidos e eficazes e o TCU está obrigado a exercer suas atribuições*” (p. 84)

⁵³ RODRIGUES, Walton Alencar. O Controle da Regulação no Brasil. In *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 104, 2005, p. 15.

⁵⁴ CARVALHO, Hugo Leonardo Menezes. O papel do Tribunal de Contas da União na Melhoria da Administração Pública Federal. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado Profissional em Administração da FEAD - Minas - Centro de Gestão Empreendedora, no Mestrado Administração Pública. Belo Horizonte, 2013.

⁵⁵ Cf. conclusões em ARAUJO, Paulo Sisnando Rodrigues de Araújo. Um modelo de fiscalização para subsidiar o TCU na avaliação da atuação das agências reguladoras no dever de garantir a qualidade na prestação de serviços públicos. Artigo apresentado no Instituto Serzello Corrêa. Brasília, 2011, pp. 34-36.

⁵⁶ MENEZES, Monique. O Tribunal de Contas da União, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços. *Revista de Sociologia Política*, V. 20, n.43, out/2012, pg. 110.

Outra colocação favorável à atuação do Tribunal, no geral (ou seja, que chega a analisar de forma específica o controle sobre as agências reguladoras), pode ser extraída da ciência política. Nesse sentido, Carlos Pereira e Marcus André Melo ressaltam a importância dos órgãos de controle, como os Tribunais de Contas, no funcionamento do modelo político brasileiro multipartidário com presidente forte, como um mecanismo de controle forte que contribui para a estabilidade institucional.⁵⁷

1.2.2. Panorama da literatura crítica à atuação do Tribunal

Já na perspectiva *da literatura crítica*, tem-se inúmeras posições, havendo inclusive entendimento no sentido de vedar, de forma absoluta, qualquer tipo de controle sobre as atividades-fim,⁵⁸ e outros, como o supracitado artigo de José Vicente Mendonça, que visam limitá-lo pela criação de parâmetros aplicáveis.

O argumento da literatura crítica ora adotado no presente trabalho e utilizado como seu ponto de partida é de que, pela maneira que o TCU tem modelado o seu exercício de controle (o “*como controlar*”), ele vem não só controlando mas efetivamente regulando os setores controlados, tornando-se um *controlador-regulador*.

Não se pretende aqui expor exaustivamente como isso ocorre, repetindo o já realizado anteriormente, mas apenas trazer as principais conclusões dos trabalhos já desenvolvidos sobre o tema.

Assim, para apresentar sinteticamente os principais achados da literatura crítica acerca da atuação do TCU sobre as agências, o item 1.3 a seguir expõe como o TCU faz uma interpretação ampliativa de suas competências. Na sequência, o item 1.4 elenca formas pelas quais o TCU atua como regulador, e o item 1.5 apresenta a distinção identificada entre o discurso adotado formalmente pelo TCU – de que o tribunal não atuaria na regulação, agindo em um simples controle de segurança e ordem – e a prática do Tribunal. Já o item 1.6 traz

⁵⁷ Cf. PEREIRA, Carlos e MELO, Marcus André. Making Brazil work; checking the president in a multiparty system. Nova York: Ed. Palgrave Macmillian, 2013, no seu capítulo 6: “*Keeping a watchful Eye: Brazil’s Budgetary and Audit Institutions*”, pp. 119-156. Cf. também, dos mesmos autores, MELO, Marcus André, PEREIRA, Carlos e FIGUEIREDO, Carlos Maurício. Political and institutional checks on corruption, *in Comparative Political Studies*, Vol, 42, nº 9. Michigan: Set 2009, pp. 1217-1244.

⁵⁸ Nesse sentido, colocam-se BARROSO, Luis Roberto, parecer na PGE/RJ LRB nº 5/98, p. 16-17, e JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 588- 589, *apud* MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras – Em busca de alguns *standards* possíveis. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte. 2012.

uma interessante constatação de que, em verdade, quem atua diretamente no controle das agências não são os Ministros do TCU nem seu Plenário, mas sim as unidades técnicas do Tribunal, que realizam a respectiva instrução processual e apresentam pareceres opinativos, que são acolhidos na grande maioria dos casos nos Acórdãos expedidos pelo TCU.

1.3. A interpretação ampliativa do TCU de suas próprias competências e a construção de base jurídica para sua atuação como regulador

Em tese de 2016 elaborada por André Rosilho sobre o TCU, uma das principais conclusões é a de que o Tribunal vem interpretando suas competências legais e constitucionais de forma ampliativa.⁵⁹ Em síntese, referido trabalho teve duas perguntas de pesquisa: i) “*quais são as possibilidades e limites do controle pelo TCU à luz das competências que lhe foram previstas pela legislação vigente?*” e ii) “*Estaria o TCU interpretando suas competências de modo a expandir suas possibilidades de controle?*”.⁶⁰ Em seu desenvolvimento, foram analisados os trabalhos legislativos da Assembleia Constituinte que trataram do TCU, o processo legislativo de elaboração da Lei Orgânica do TCU (LOTUCU – Lei 8.443/1992), e como o Tribunal interpreta suas competências constitucionais e legais.⁶¹

A análise do processo constituinte e de edição da LOTUCU traz uma série de achados interessantes. São eles: (i) que sua edição ocorreu em período de desconfiança do Poder Executivo, pela transição democrática; (ii) que estava difundida entre os parlamentares daquele período a crença de que o interesse público é melhor atendido quando há formas amplas de controle (ideia de “*quanto mais controle, melhor*”); (iii) que ambos os instrumentos (a Constituição de 1988 e a LOTUCU) expandiram as competências do Tribunal em relação ao previsto nas constituições passadas, por exemplo, com a introdução de menção a controle

⁵⁹ ROSILHO, André Jácomo. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União. Tese de Doutorado do curso de pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, *passim*.

Ressalta-se que a tese de Rosilho não se restringe à atuação do TCU sobre as agências reguladoras, mas sim sobre Administração Pública como um todo. Como isso inclui também as agências, seus achados são perfeitamente aplicáveis nesta situação concreta

⁶⁰ ROSILHO, André. *Op. cit.*, pp. 17-19.

⁶¹ As competências foram repartidas em 5 categorias: competência para editar normas; competência para praticar atos sancionatórios, competência para praticar atos de comando, competência para levantar dados e produzir informações; e competência para formular orientações gerais.

“operacional”; (iv) e que as normas foram editadas de forma aberta, com baixa densidade normativa, usando conceitos jurídicos indeterminados que não fixaram com clareza os limites de atuação do TCU, trazendo apenas princípios e atribuições amplas.⁶² Ou seja, na atual ordem constitucional e jurídica brasileira o Tribunal foi de fato colocado em posição de prestígio.

Não obstante, mesmo com esta ampliação de competência na Assembleia Constituinte, André Rosilho aponta que o TCU atua de forma sistemática e organizada para expandir ainda mais suas atribuições, forçando os limites legais atualmente existentes. Assim, verificou que o Tribunal, ao praticar atos de comando e sancionatórios, fê-lo não apenas em matéria financeira e exercendo controle de legalidade, como seria a interpretação mais imediata, mas também em controle de eficiência, economicidade e legitimidade. Ademais, no campo de matérias nas quais o Tribunal atuaria apenas de forma opinativa ou representando a autoridades competentes – por exemplo, no tocante à comunicação ao Congresso Nacional para sustar contratos com irregularidades (art. 71, §1º da Constituição) – ele assumiu uma função corretiva, determinando diretamente ações dos órgãos públicos.⁶³

É identificado por Rosilho que parte desta ampliação de atribuições foi feita mediante exercício de função regulamentar pelo próprio Tribunal.⁶⁴ Assim, ao disciplinar sua atuação, o Tribunal criou uma série de competências para além do previsto na Constituição e na Lei Orgânica, como, por exemplo, a de tomar medidas cautelares de forma ampla; de realizar controle de constitucionalidade; o dever de os órgãos públicos implementarem seus achados de auditoria; e inclusive os próprios limites do controle. Dessa forma, os regulamentos editados pelo Tribunal, a começar pelo seu Regimento Interno, teriam alargado suas atribuições, expandindo suas prerrogativas de controle.⁶⁵

⁶² ROSILHO, André. *Op. cit.*, 314-331 (*passim*).

⁶³ ROSILHO, André Jácomo, *op cit*, p. 339: “Três são os principais eixos desse movimento expansionista do Tribunal: 1) assumir para si atribuições que não lhe foram claramente conferidas pela legislação (sustar contratos); 2) alargar seu campo de jurisdição direta de modo que nele possa se manifestar sobre matérias não financeiras a partir dos parâmetros legitimidade e economicidade (controle de todos os aspectos das minutas de editais de licitação); e 3) atribuir efeitos jurídicos constitutivos ou desconstitutivos a produtos elaborados no âmbito de sua jurisdição indireta (emissão de recomendações cumulada com a emissão de determinações para a elaboração de planos de ação).”

⁶⁴ Outorgada pelo art. 3º da LOTCU: “Art. 3º Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.”

⁶⁵ “Não raro, o TCU, sob o pretexto de especificar ou de operacionalizar suas competências e atribuições, tem se valido do seu poder normativo para conferir à legislação “interpretação” peculiar, que, na prática, acaba alargando suas possibilidades de controle (especialmente para praticar atos de comando) para além dos limites fixados pelas normas constitucionais e legais. Dito de outra maneira, a possibilidade que lhe foi conferida de

Outro instrumento identificado na literatura é a utilização de conceitos jurídicos indeterminados em favor do aumento do controle. Este ponto, que será desenvolvido com mais detalhes no item 1.4.4 abaixo, é indicado por Nara Merlotto em sua dissertação sobre o controle das agências pelo Tribunal, na qual a autora destaca que o Tribunal, por meio do Acórdão 644/2016, entendeu que o controle de “*legalidade*” sobre decisões das agências que envolvam discricionariedade técnica é extremamente abrangente, envolvendo também avaliação de princípios como economicidade e modicidade tarifária.⁶⁶

Por meio destes mecanismos, quais sejam (i) exercício de função normativa e (ii) interpretação sobre conceitos jurídicos indeterminados, é identificado movimento do Tribunal para ampliação de suas competências. Com isso, abre caminho para uma atuação de controle mais rígido, que pode ser descrita como regulatória, conforme detalhado nos itens a seguir.

1.4. Formas pelas quais o TCU atua como regulador

Com base na interpretação ampliativa de suas competências, acima referida, a literatura crítica vem, por meio da análise de casos, identificando diversas formas pela qual o TCU tem efetivamente atuado como regulador, ao rever decisões pontuais tomadas pelas agências.

Nesse sentido, Gustavo Pereira em sua dissertação faz proposta de categorizar essas formas, dividindo-as em oito “*estratégias*” ou “*métodos*” pelos quais o Tribunal exerce o controle sobre a regulação de maneira a desafiar seus limites de competência, quais sejam: (i) controle prévio de editais e modelagens de contratos de concessões; (ii) equiparação de

editar normas gerais e abstratas “no âmbito de sua competência e jurisdição” — sem que adicionalmente fossem previstos outros parâmetros substantivos e adjetivos para balizar o exercício dessa atribuição — concretamente tem permitido ao Tribunal construir novas vias de controle, “esclarecendo” pontos de dúvida e de incerteza do ordenamento jurídico em seu próprio benefício” ROSILHO, André, op. cit. P. 340.

⁶⁶ MERLOTTO, Nara op. cit. pp. 139-143.

O Acórdão 644/2016, de relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues, tratou de pedido de reexame da ANEEL em face de acompanhamento pelo Tribunal do Leilão Aneel 7/2015, que tratava de concessão de transmissão de energia elétrica. Neste acórdão, conforme destacado pela autoria, o Plenário decidiu que “*É sempre necessário, dessa forma, analisar se o ato regulatório viola o que se pode compreender como ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da economicidade da administração pública e da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos.*”, utilizando estes conceitos como parâmetros de controle.

recomendações a determinações; (iii) questionamentos sobre a motivação de atos e decisões regulatórias; (iv) manejo do poder de sanção; (v) utilização de argumentos e jurisprudência baseados na Lei Federal 8.666/93 em análise de concessões; (vi) revisão direta de normas regulatórias; (vii) adoção de medidas cautelares; e (viii) fundamentação com base em princípios e conceitos indeterminados.⁶⁷

A seguir, partindo da categorização feita por Gustavo Pereira, alguns dos principais achados da literatura crítica sobre a atuação do TCU como regulador são resumidos em cinco categorias. São elas: a realização de auditorias operacionais (1.4.1); a emissão de determinações e recomendações (1.4.2); a análise prévia de editais de concessões (1.4.3); o recurso a princípios e a conceitos jurídicos indeterminados (1.4.4), e o uso ou ameaça de uso de poderes coercivos referentes à expedição de medidas cautelares ou aplicação de sanções a administradores (1.4.5).

1.4.1. Realização de auditorias operacionais

De especial importância é *controle operacional* exercido pelos Tribunais sobre as agências reguladoras, por meio de Auditorias e Inspeções, o que resulta muitas vezes na edição de recomendações e determinações.

O Manual de Auditoria Operacional do TCU⁶⁸ dispõe que o controle operacional é amplo, incidindo sobre economicidade, eficiência, eficácia e efetividade, bem como sobre outras dimensões de desempenho. Há também a Portaria Segecex 12/2002, que criou um roteiro para monitoramento das auditorias de natureza operacional.

Segundo análise feita em Relatório de Pesquisa sobre o Controle das Agências pelo Tribunal, do Observatório do Controle da Administração Pública USP, é interpretado pelos seus autores que roteiro estabelecido pelo TCU contém como pressupostos “*o dever de endereçamento das determinações e das recomendações*”, indistintamente, e que “*a interpretação do controlador é sempre acertada e sempre beneficia ao funcionamento da máquina administrativa*”, por alegadamente não reconhecer no roteiro espaço para a

⁶⁷ PEREIRA, Gustavo. *Opt cit*, p. 145.

⁶⁸ Este documento foi editado por meio da Portaria 144/2000 e encontra-se atualmente em sua 3ª Edição, podendo ser acessado em <https://portal.tcu.gov.br/controlado-externo/normas-e-orientacoes/normas-tcu/auditoria-operacional.htm>. Último acesso em 20/07/2019.

Administração Pública afastar recomendações.⁶⁹ Assim, o estudo destaca que o “TCU tem construído unilateral e isoladamente o sentido, alcance, abrangência, limites, prerrogativas, processos e garantias do controle operacional no lugar na legislação.”⁷⁰

Com tal grau de abrangência, identifica-se que as auditorias operacionais são utilizadas pelo Tribunal como forma de avaliar se as agências reguladoras estão exercendo suas atividades-fim de forma tida como adequada pelo Tribunal.⁷¹ Isso é feito, em grande medida, pela emissão de determinações e recomendações às agências pelo Tribunal no âmbito de tais auditorias, categorias expostas no item abaixo.

1.4.2. Emissão de recomendações e determinações

Com base em seus âmbitos de fiscalização, principalmente o operacional, o Tribunal, em seus acórdãos, emite *determinações e recomendações*. O TCU definiu tais categorias no Acórdão 1.703/2004, lavrado no pedido de reexame feito por concessionária de rodovia federal em face do Acórdão 988/2004, que determinara como a ANTT deveria avaliar o equilíbrio econômico-financeiro, revendo a tarifa de pedágio na rodovia Rio-Teresópolis.⁷² Esse Acórdão 1.703/2004, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, estabeleceu que o TCU poderia controlar tanto atos *vinculados* como *discricionários* das agências. A diferença é que, no controle dos atos vinculados, em todos os casos o TCU poderia emitir determinações, enquanto que, no tocante aos atos discricionários, apenas os considerados como ilegais

⁶⁹ OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA USP, Faculdade de Direito. Relatório de pesquisa bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo, 2019, p. 13.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁷¹ Sobre o assunto, destaca-se a dissertação de Sandro Sabença sobre o tema das auditorias operacionais, no qual se chegou a conclusões de que, por exemplo, “onze por cento das determinações do TCU se dirigiram ao preenchimento de lacunas reservadas à discricionariedade do regulador”, “que o TCU emitiu determinações baseadas na mera discordância em relação às Normas, à Fiscalização, aos Procedimentos, e às Estratégias escolhidas pelas ARI [Agências Reguladoras Independentes], sem que houvesse descumprimento frontal de “normativo, legislação ou jurisprudência”, sugerindo que o TCU atua nos moldes denunciados pela doutrina, como “revisor geral” da atividade regulatória”, e que houve a “observação da emissão de determinações (15%) sem que tenha sido sequer indicado o dispositivo legal infringido pode sugerir que o TCU vem se desincumbindo da obrigação de se vincular à lei.” Cf. SABENÇA, Sandro Zachariades. O TCU e o controle operacional das agências reguladoras: uma análise empírica. Dissertação de mestrado apresentada na pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: 2019, pp. 156-158.

⁷² Especificamente, no Acórdão 988/2004, o Tribunal determinou que a ANTT estabelecesse a Taxa Interna de Retorno – TIR obtida a partir do fluxo de caixa não alavancado como parâmetro para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

resultariam em determinações. Por outro lado, os atos discricionários sem manifesta ilegalidade seriam objeto de recomendações.

Na *determinação* o TCU poderia impor que a agência adotasse determinado comportamento, ao passo que na *recomendação* sua atuação seria meramente sugestiva.

Estudo empírico sobre os Acórdãos proferidos pelo TCU em relação às Agências Reguladoras federais de infraestrutura (ANP, ANTT, ANTAQ, ANATEL, ANEEL e ANAC) nos anos de 2014 a 2017 relatou uma *alta incidência de expedições de recomendações e determinações do TCU sobre as atividades-fim das agências*.⁷³ Foi constatado que o TCU emitiu 660 comandos (ou seja, determinações ou recomendações) às agências de 2014 a 2017, sendo 63% determinações, a maioria em casos relativos a desestatizações (250), Relatório de Auditoria (124), Representação (78) e Relatório de Acompanhamento (57).⁷⁴ Ainda, tem-se que, deste total, apenas 18% foram expedidas relativamente às atividades meio das agências, sendo 82% referentes às atividade-fim, definidas como atribuições regulatórias das agências estabelecidas por lei.⁷⁵

Contudo, apesar de o TCU estabelecer formalmente a diferença entre recomendações e determinações, o Relatório analisado concluiu que *“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.”*⁷⁶ Isso porque o Tribunal exige uma atuação da agência em um e em outro caso, no sentido de rever sua conduta e demonstrar alteração na sua prática, uma vez que o Tribunal realiza o acompanhamento das agências. Assim, nos casos concretos, ambos os conceitos tendem a se misturar, sendo na prática administrativa tratados de forma indistinta.⁷⁷

Análise de casos acerca da atuação do Tribunal sobre agências reguladora feita por Gustavo Pereira chegou a esta mesma conclusão. Após analisar casos como os referentes à desestatização para concessão do Galeão (Acórdão 2.666/2013) e da Rodovia de Integração do Sul (Acórdão 1.174/2018), o autor constatou que *“A confusão ou equiparação dos efeitos das recomendações aos efeitos de determinações acaba fazendo, como se vê, com que a visão do TCU tenha especial relevância na definição de aspectos centrais da regulação”* sendo a

⁷³ OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA USP, *op. cit. passim*.

⁷⁴ Idem, pp. 38-41.

⁷⁵ Idem, pp. 44-51.

⁷⁶ Idem, p. 114.

⁷⁷ Nesse sentido, cf. 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 Valerim (coords.). Direito da Infraestrutura: volume 2. São Paulo Saraiva, 2017, pp. 47-52.

Administração pública obrigada a colocar em prática a posição do TCU, mesmo sem verificação de ilegalidade.⁷⁸

Assim, por meio do exercício de controle operacional, o Tribunal emite tanto recomendações quanto determinações, e ambas, na prática, possuem semelhante carga vinculante às agências reguladoras, o que é utilizado como ferramenta para *conformar* sua atuação em atividades finalísticas ao que o Tribunal entende como correto.

1.4.3. Análise de editais de concessões não publicados

Outra forma pela qual o Tribunal controla as agências é mediante a análise prévia das minutas de editais de Concessão antes de sua publicação, bem como de todos os estudos de viabilidade e os documentos anexos à minuta de Edital, como, por exemplo, a minuta de contrato e todos os documentos técnicos. Essa prática, que não possui base normativa expressa, tornou-se tão habitual que, no âmbito do Governo Federal, não é mais realizada a concessão de projetos de infraestrutura sem a prévia avaliação e “*aval*” do Tribunal. Isso é demonstrado pelo fato de que, na linha de tempo de cada um dos projetos que estão sendo geridos pelo Programa de Parcerias para Investimentos – PPI do Governo Federal, uma das etapas do fluxograma no site é a expedição do “*Acórdão TCU*” aprovando Edital.⁷⁹ Ou seja, já se *encara como fato consolidado a atuação do TCU na modelagem de concessões*, mesmo sem previsão clara neste sentido.

Sobre o tema, Eduardo Jordão é enfático ao defender que o TCU não possui competência constitucional ou legal para determinar alterações em Editais de concessão não publicados.⁸⁰ Em artigo sobre o assunto, o autor defende que não há poderes prévios de atuação do TCU sobre minutas do Edital, devendo qualquer atuação nesse sentido “*decorrer de solicitação do próprio administrador público e ter natureza de mera recomendação.*”⁸¹ O autor analisa as competências do Tribunal e rejeita razões invocadas pelo órgão para justificar

⁷⁸ PEREIRA, Gustavo, *op. cit.*, p. 158.

⁷⁹ O fluxograma para acompanhar o andamento do projeto estabelecido no site do PPI possui as seguintes etapas: Estudos; Consulta Pública; Acórdão TCU; Edital; Leilão; Contrato. Cf. por exemplo, o fluxograma para a 6ª Rodada de Concessões Aeroportuárias – Blocos Sul, Norte I e Central – com Edital publicado em 18/12/2020, após “aprovação” do TCU por meio de Acórdão expedido em 08/12/2020: < <https://www.ppi.gov.br/6-rodada-de-concessoes-aeroportuarias-blocos-sul-norte-i-e-central>>

⁸⁰ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? Revista Brasileira de Direito Público, ano 12, n. 47, out./dez. 2014, *passim*.

⁸¹ Idem, p. 213.

sua competência, incluindo um suposto “*poder geral de cautela*” do Tribunal.⁸² Assim, ao final conclui que nem o TCU pode exigir apresentação da Minuta de Edital, nem detém poderes para determinar modificações nesse tipo de minutas, tendo apenas função opinativa, não podendo tampouco anular o Edital quando este for publicado.⁸³

Mesmo assim, o Tribunal continua realizando fortes intervenções em Editais de licitação ainda não publicados, que são sistematicamente enviados à análise do Tribunal.

Os acórdãos que realizam a análise prévia de editais de concessão foram estudados de forma empírica por Anderson Oliveira, em dissertação datada de 2017. Nela, o autor analisa casos de concessão feitas pela ANTT, ANTAQ e ANAC, entre 2002 a 2016.⁸⁴ Em todos esses casos, tanto na análise dos Editais quanto durante a concessão em si, o autor verificou que o TCU tem adentrado na análise de questões regulatórias.⁸⁵ O autor também destaca que a base normativa utilizada nesta atividade são três Instruções Normativas editadas pelo próprio Tribunal.⁸⁶ E ao final, conclui que “*o TCU verifica minuciosamente detalhes dos projetos, no intuito de garantir a economicidade, transferência e garantia da concorrência nos certames*”.⁸⁷

Desse modo, tais autores verificaram que os Tribunais não reconhecem limites à sua competência em relação a editais não publicados, adentrando amplamente nesta seara de controle e influenciando de forma decisiva as escolhas e políticas regulatórias. Nesse sentido, cita-se o recente caso da análise prévia da Rodovia de Integração do Sul (Acórdão 1174/2018), para evidenciar quão intensa é a atuação do Tribunal no controle de projeto de concessões.⁸⁸

⁸² As razões apresentadas pelo TCU são a suposta conveniência social da atuação preventiva e a existência de um poder geral de cautela. Em relação ao primeiro ponto, Jordão sustenta que não é indiferente que o controle ocorra antes ou depois, havendo mais incentivos para o Tribunal ser menos interventivo se o ato já for publicado. Já em relação ao segundo item, ao contrário do defendido pelo TCU e em decisão do STF no MS nº 24.510/FG, DJ 19.03.2004, Rel. Min. Ellen Gracie, os poderes de cautela do TCU são elencados de forma específica na constituição e na lei, inexistindo um poder geral de cautela amplo para o Tribunal.

⁸³ Idem, p. 229, conclusões (i) a (iv) do artigo.

⁸⁴ Na ANTT, são analisados os casos de controle pelo Tribunal da 2ª e 3ª Etapas de Concessões Rodoviárias; na ANTAQ, processos de arrendamento de terminais portuário nos Portos de Santos, Pará e Rio de Janeiro – terminal de Trigo; e na ANAC, as Concessões realizadas entre 2010 e 2016, iniciando pelo Aeroporto de São Gonçalo do Amarante e indo até a do aeroporto de Porto Alegre.

⁸⁵ OLIVEIRA, Anderson. Opt Cit, pp. 91 – 96.

⁸⁶ São as INs 28/98, IN 46/2004 e INs 52/2007.

⁸⁷ OLIVEIRA, Anderson. Opt Cit, p. 98.

⁸⁸ O relatório técnico emitido pela Seinfra, que foi parcialmente adotado pelo Tribunal, continha 33 determinações, algumas relativas aos mecanismos de reequilíbrio, outras relativas à alteração contratual e ainda outras determinando alteração da distribuição de riscos. Para uma avaliação crítica deste relatório, cf. RIBEIRO, Maurício Portugal. IINFRA Debate: Unidade técnica do TCU pretende impedir concessões de rodovias, de 27/02/2018, disponível em: <http://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-unidade-tecnica-do-tcu-pretende-impedir-concessoes-de-rodovias/>.

Assim, a literatura crítica sustenta que, ao atuar desta forma, Tribunal acaba revendo decisões regulatórias relativas à modelagem dos contratos de concessão de infraestrutura, agindo como regulador, ou mesmo como administrador público, ao tomar decisões executivas sobre projetos de infraestrutura (que caberiam, por exemplo, ao Ministério dos Transportes).

1.4.4. Recurso a princípios jurídicos e conceitos jurídicos indeterminados como base para tomada de decisão de controle das agências.

No exercício de suas atividades de controle, a literatura crítica observa que o TCU utiliza amplamente princípios jurídicos e conceitos jurídicos indeterminados, presentes ou na Constituição e na LOTCU, como forma de fundamentar sua atividade de controle. Tal procedimento já vem sendo criticado na academia jurídica há algum tempo, principalmente no tocante a seu uso em decisões judiciais – vide, por exemplo, as colocações de Humberto Ávila sobre o tema, de forma geral,⁸⁹ e especificamente para o direito administrativo, o trabalho de Carlos Ari Sundfeld, com sua provocação “*princípio é preguiça?*”.⁹⁰

Trabalhos mais recentes vêm ressaltando a utilização expressiva de princípios, que são comandos jurídicos de *baixa densidade normativa*, pela Corte de Contas como forma de ampliar o controle por ela exercido – por exemplo, fundamentando decisões com base na “*legalidade*” (sem apontar expressamente o dispositivo legal violado), na “*economicidade*”, na “*legitimidade*” (ou falta dela) e, principalmente, no principal dos trunfos no mundo administrativo: a proteção ao “*interesse público*” – conforme definido pelo Tribunal.

Nesse sentido, Gustavo Pereira caracteriza em sua dissertação a “*instrumentalização de princípios e valores abstratos*” como uma das estratégias adotadas pelo TCU para controle

No final, o Acórdão relatado pelo Min. Bruno Dantas impôs 23 condições para a continuidade da licitação incluindo, entre outras, “*correção*” do montante de investimentos previstos, de estimativas de custos operacionais e dos parâmetros do PER.

⁸⁹ Cf. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2018.

⁹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

direto do mérito regulatório.⁹¹ Após ressaltar os princípios presentes tanto no art. 37, *caput* da Constituição (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), como na Lei 9.784/99 (motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, segurança jurídica, ampla defesa, contraditório, interesse público), o autor afirma que, em praticamente todos os casos analisados naquele trabalho, o “*TCU invocou princípios jurídicos como fundamento para suas decisões, bloqueando, assim, opções concretas do regulador.*”.

Na sequência, o autor elenca a utilização de princípios em três casos analisados de controle pelo TCU: os casos de análise prévia sobre as concessões da Rodovia de Integração do Sul – RIS (na ANTT)⁹² e do aeroporto Galeão (ANAC)⁹³, bem como o caso de análise dos leilões de transmissão de energia elétrica (ANEEL)⁹⁴, dando destaque ao manejo pelo TCU do princípio da modicidade tarifária. Em relação ao caso da RIS, foi afirmada a prevalência de princípios em todo o voto do Min. Relator, especialmente na adoção de medidas mais restritivas quanto à metodologia adotada pela ANTT para a inclusão de obras novas na concessão, justificada com base nos princípios da “licitação”, impessoalidade, moralidade e eficiência.⁹⁵ Algo similar havia ocorrido anteriormente no caso do Galeão, onde, como argumentos para retirar as exigências de qualificação técnica e econômica propostas pela ANAC, tidas como demasiado restritivas pelo TCU, foram invocados os princípios da igualdade, da competitividade e da modicidade tarifária.⁹⁶ Por fim, ao veicular determinações para modificar opções regulatórias da ANEEL no caso das linhas de transmissão, o Tribunal asseverou ter o poder de determinar medidas coercitivas com base em violação ao ordenamento jurídico, citando de forma particular os princípios da “economicidade” e da “modicidade tarifária”.⁹⁷

⁹¹ PEREIRA, Gustavo, *op. cit.*, pp. 175-178.

⁹² Acórdão 1.174/2018, de 23/05/2018, Rel. Min. Bruno Dantas.

⁹³ Acórdãos 2.466/2013, Rel. Min. Ana Arraes, e 2.666/2013, Rel. Min. Augusto Sherman.

⁹⁴ Acórdão 644/2016, Rel. Min. Walton Alencar.

⁹⁵ PEREIRA, Gustavo, *op. cit.*, p. 176.

⁹⁶ Cf. trecho do Acórdão 2466/2013, que contém a determinação feita à ANAC para modificar os requisitos de habilitação para participação na Concessão do aeroporto Galeão:

“9.2.1. em observância aos princípios da motivação, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, aos arts. 37, inciso XXI, da Constituição de 1988, 14 da Lei 8.987/1995, 3º e 30 da Lei 8.666/1993 e à súmula TCU 263/2011, inclusão no processo de concessão, expressamente, dos fundamentos legais e técnicos (além daqueles constantes da Nota Técnica 001/DERC/DEOUT/SPR/SAC-PR) da exigência de experiência em processamento de passageiros e da restrição à participação no leilão de acionistas das atuais concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária, de forma a demonstrar, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado;”

⁹⁷ Cf. trecho do Acórdão 644/2016: “O Tribunal pode sempre determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que esse ato viole o ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da economicidade da administração pública e da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos.”.

A pesquisa realizada por Nara Merlotto em sua dissertação também destaca o uso de princípios, caracterizando-os como uma das formas pelas quais o TCU flexibiliza os limites de controle. No ponto, a autora destaca que o Tribunal, ao elencar, como balizas que justificariam a revisão de atos regulatórios, expressões de caráter mais abstrato como de “*comprovada ilegalidade*”, a “*violação ao ordenamento jurídico*”, “*controle de segunda ordem*”, aproveitar-se-ia da elasticidade desses conceitos para justificar a sua atuação – chegando, assim, a resultados práticos contrários a seu discurso.⁹⁸

O caso citado como exemplo pela autora é o mesmo mencionado por Gustavo Pereira: o controle das linhas de transmissão, especificamente o Acórdão 644/2016. Este julgado é referente a pedido de revisão apresentado pela ANEEL em face de determinação exarada pelo Tribunal, em Acórdão anterior, sobre o critério de preço a ser adotado para equipamentos a serem utilizados nas estações conversoras de energia: o Tribunal entendera pela pertinência de um valor menor do que o projetado, em defesa da modicidade tarifária. No recurso, a ANEEL alegou que estaria no âmbito de seu juízo discricionário técnico definir o valor apropriado para este equipamento.⁹⁹ Contudo, o recurso da ANEEL foi negado, e como uma das justificativas para tanto, o Tribunal alegou a violação à “legalidade” cometida pela conduta da ANEEL, entendendo que, dentro deste conceito de legalidade, também estariam contidos os princípios da economicidade e modicidade tarifária. Ou seja, o conceito de legalidade – que, *prima face*, deveria se referir ao descumprimento de comandos normativos concretos, especialmente no controle de atividades-fim agências – foi alargado, sendo nele incluídos outros princípios, conferindo-lhe uma textura de sentidos aberta, a ser fixada no caso concreto pelo próprio Tribunal. Logo, com esta justificativa para a negativa do recurso, o TCU efetivamente atuou como regulador, ao substituir a decisão da agência pela sua, possibilitando, nas palavras de Merlotto, a “*captura do exercício de competências legalmente concebidas e estatuídas ao controlado*” pelo seu controlador.¹⁰⁰

Essa prática de incluir dentro do entendimento sobre legalidade princípios ou conceitos jurídicos indeterminados para, na sequência, efetuar a revisão de decisões

⁹⁸ MERLOTO, Nara Carolina. A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras: entre a independência e o controle. Dissertação de mestrado apresentada na pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, pp. 140-144.

⁹⁹ Em síntese, a ANEEL defendida ser apropriada utilizar o valor médio das cotações para o equipamento, com tolerância de 20% para mais e para mesmo, enquanto o TCU havia determinado a utilização do menor valor de cotação obtido no mercado. Assim, utilizando como parâmetro um valor para o equipamento menor que o considerado apropriado pela ANEEL, o Tribunal acreditou que estaria contribuindo à modicidade tarifária, enquanto por sua vez a ANEEL defendia que a medida poderia gerar esvaziamento do leilão.

¹⁰⁰ MERLOTO, Nara Carolina, *op cit*, p. 142.

regulatórias com base neles também é destacada por Sandro Sabença, em seu abrangente estudo sobre as Auditorias Operacionais realizadas pelo TCU nas agências reguladoras.¹⁰¹ Colacionando trechos de vários acórdãos por ele analisados, é destacado que “*não é incomum observar determinações sustentadas no descumprimento de princípios jurídicos, em valores jurídicos indeterminados e em arranjos interpretativos do ordenamento*”.¹⁰²

O mesmo autor destaca, na sequência, 04 Acórdãos do Tribunal com pronunciamentos no mesmo sentido. O primeiro é o Acórdão 644/16 envolvendo a ANEEL, também já comentado nos outros dois trabalhos. O segundo é o Acórdão 1166/19, no qual o TCU reafirma que pode, no controle das agências, “*determinar a adoção de medidas corretivas a ato praticado na esfera discricionária destas entidades, quando houver violação ao ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da finalidade, da economicidade e da modicidade tarifária na prestação dos serviços públicos*”.

O terceiro é o Acórdão 602/08, que defende não caberia ao TCU rever diretamente atos praticados pelas agências “*em prol do interesse público*”.¹⁰³ Ou seja, invertendo o raciocínio, o Tribunal poderia rever diretamente atos regulatórios, desde que eles não atendam ao interesse público – cuja determinação, caso a caso, acaba ficando nas mãos do próprio TCU.

O quarto é o Acórdão nº 1.369/06, no qual foi afirmado que o TCU poderia emitir determinações às agências reguladoras, quando a questão estiver veiculada por disposição legal, seja ela expressa ou “*inferida a partir de interpretação sistemática do ordenamento jurídico*”.¹⁰⁴ Ora, como no caso quem fará esta interpretação sistemática é o próprio Tribunal, isso significa que, segundo o raciocínio, as interpretações feitas por ele feitas acerca da

¹⁰¹ SABENÇA, Sandro Zachariades. O TCU e o controle operacional das agências reguladoras: uma análise empírica. Dissertação de mestrado apresentada na pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: 2019, pp. 100-104.

¹⁰² Ibidem, p. 101.

¹⁰³ Acórdão 602/08-P. “O controle do TCU sobre os atos de regulação é de segunda ordem, na medida que o limite a ele imposto esbarra na esfera de discricionariedade conferida ao ente regulador. No caso de ato discricionário praticado de forma motivada e *em prol do interesse público*, cabe ao TCU, tão-somente, recomendar a adoção das providências que reputar adequadas. Não é suprimida a competência do Tribunal para determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que viciado em seus atributos, a exemplo da competência, da forma, da finalidade ou, ainda, inexistente o motivo determinante e declarado. Em tais hipóteses e se a irregularidade for grave, pode até mesmo determinar a anulação do ato”.

¹⁰⁴ Acórdão. TCU 1369/06-P. “O TCU tem competência para emitir determinações à agência reguladora, *tratando-se de matérias às quais a entidade está vinculada por disposições legais expressas ou inferidas a partir de interpretação sistemática do ordenamento jurídico*. A atuação do TCU deve se dar de forma complementar à ação das entidades reguladoras no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos”.

aplicação de normas legais possuem o mesmo caráter vinculante que normas legais expressas – um alargamento considerável no conceito de legalidade.

Diante deste cenário, Sabença ressalta que este manejo de conceitos jurídicos indeterminados acaba por “*esvaziar os limites que a Constituição impôs ao TCU para o exercício de suas atividades, visto que dos princípios, dos valores e da interpretação sistemática do ordenamento, é possível extrair inúmeras interpretações.*”. Ao final, em consonância com a maioria dos trabalhos da literatura crítica, conclui pelo risco de o controlador substituir-se ao regulador, privilegiando suas próprias escolhas em detrimento daquelas da entidade com competência legal expressa para agir.¹⁰⁵

1.4.5. Recurso aos poderes do TCU como forma de conformar as decisões das agências reguladoras: adoção de medidas cautelares e a ameaça de aplicação de sanções

Este tópico sintetiza alegações concernentes ao manejo de medidas cautelares e de seu poder punitivo no controle exercido sobre as agências. Ambos os temas se referem a poderes detidos pelo Corte de Contas com os quais é possível punir – ou ameaçar punir – agências reguladoras ou administradores delas integrantes que não acatem seus entendimentos. Como é de se imaginar, a técnica tende a ser persuasiva, sendo utilizada para conformar a atuação das agências em suas atividades-fim.¹⁰⁶

1.4.6. Emissão de medidas cautelares

¹⁰⁵ SABENÇA, Sandro Zachariades. O TCU e o controle operacional das agências reguladoras: uma análise empírica. Dissertação de mestrado apresentada na pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: 2019, p. 104.

¹⁰⁶ Sobre o ponto, faz-se referência à frase dita pelo ex-presidente norte-americano Theodore Roosevelt “*talky softly, and carry a big stick; you will go far*” (“fale com delicadeza tendo nas mãos um grande porrete; você irá longe”, em tradução livre). A expressão “*big stick*” foi utilizada posteriormente para caracterizar a política externa dos EUA na época. A ideia do ditado é clara: tente convencer pelas palavras, e deixe clara e pronta a possibilidade de ação coercitiva, simbolizada pelo “*big stick*”. No caso, os poderes de aplicação de penalidades e adoção de medidas cautelares seriam o “grande porrete” metafórico disponível ao Tribunal, passível em tese de utilização.

A emissão de medidas cautelares é instrumento utilizado pelo TCU partindo do pressuposto de que ele detém um “poder geral de cautela”. De fato, a Constituição da República estabelece algum poder ao TCU para adoção de medidas cautelares, porém em casos restritos, o mesmo se dando na LOTCU. No entanto, o que ocorreu foi a construção pelo TCU de um poder amplo para adoção de medidas cautelares, com base em dispositivo de seu Regimento Interno (ato infralegal editado pelo próprio Tribunal) e em sua jurisprudência, sendo este entendimento posteriormente validado pelo STF, como se passa a explicar.

A base constitucional para o poder de adoção de medidas cautelares pelo TCU são os incisos IX e X do art. 71, que se referem à sustação de *ato administrativo* no qual seja verificada *ilegalidade*. Assim, o Tribunal poderá “*assinalar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade*” (inciso X), podendo, caso haja decurso deste prazo, “*sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal*”. No caso de contrato, a questão é disciplinada nos §§1º e 2º do art. 71, os quais preveem que ato de sustação “*será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis*” (§1º), e caso nem Congresso Nacional nem o Executivo tomem as medidas cabíveis em 90 dias, o TCU “*decidirá a respeito*” (§2º). Ou seja pela disciplina constitucional, no caso de ato, o Tribunal deverá assinalar prazo ao próprio órgão para corrigir a ilegalidade, podendo *sustar o ato somente se houver decurso deste prazo*; e, no caso de contrato, a responsabilidade por adotar as medidas é do Congresso Nacional e do Executivo, podendo o Tribunal agir apenas se houver o decurso de 90 (noventa) dias sem a tomada de medidas por estes órgãos.

Adicionalmente, a LOTCU prevê dois poderes adicionais: em seu art. 44, *caput*, a possibilidade de determinar afastamento temporário de ofício do administrador responsável de suas funções, se entendido que ele pode prejudicar as investigações do TCU; e no art. 44, §2º, a possibilidade de decretar nas mesmas circunstâncias a indisponibilidade de bens por até um ano no montante necessário para “*garantir o ressarcimento dos danos em apuração*”, podendo, na forma do art. 61, solicitar à AGU as medidas necessárias ao arresto dos bens.¹⁰⁷

¹⁰⁷ LOTCU: “Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

§ 1º Estará solidariamente responsável a autoridade superior competente que, no prazo determinado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista no caput deste artigo.

Ou seja, em casos que haja indícios que o responsável esteja atrapalhando as investigações ou cause danos ao erário, há esses poderes à sua disposição.

Não obstante a existência dos casos acima permitidos pela legislação, nota-se que o Regimento Interno do TCU alargou de forma significativa as hipóteses de adoção de cautelares. Nele é previsto que, no caso de “urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público ou de risco de ineficácia de decisão de mérito”, poderá o Tribunal “de ofício ou mediante provação, adotar medida cautelar, com ou sem prévia oitiva da parte”, podendo determinar a suspensão do “ato ou do procedimento impugnado” até que “o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada” (art. 276).¹⁰⁸

Ou seja, neste artigo, o Regimento Interno efetua um verdadeiro *by-pass* dos requisitos constitucionais para sustar o ato (quais sejam, assinalar prazo e aguardar seu decurso), além de ampliar significativamente as hipóteses de sua adoção, antes restritas à ilegalidade, com a inclusão de diversos conceitos jurídicos indeterminados a serem avaliados pelo próprio Tribunal (“receio” de “grave lesão” ao “erário”, “interesse público” e “risco de ineficácia”), além de ausência de restrição de quais medidas cautelares podem ser adotadas, podendo incidir inclusive sobre *procedimento administrativo* (e não só ato), destacando-se também a possibilidade de sua adoção *inaudita altera pars*. A respeito, pontua André Rosilho que este artigo “objetivou conferir ao Tribunal uma espécie de poder geral de cautela – que frise-se, nem a Constituição nem a legislação ordinária lhe conferiu”,¹⁰⁹ poder este que competiria apenas o Judiciário, e não ao TCU.

§ 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração. (...)

Art. 61. O Tribunal poderá, por intermédio do Ministério Público, solicitar à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição.”

¹⁰⁸ Regimento Interno do TCU, aprovado pela Resolução TCUI nº 246 de 30 de novembro de 2011.

¹⁰⁹ ROSILHO, André Jácomo. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União. Tese de Doutorado do curso de pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 252.

O autor defende, ainda, a inconstitucionalidade do art. 276 do Regimento Interno do TCU.

Apesar desta desconformidade do Regimento Interno com a Constituição e com a LOTCU, fato é que em processos junto ao STF foi referendado que o TCU, de fato, teria um poder geral de cautela. Conforme assinalado por Gustavo Pereira, a Corte Constitucional referendou medidas cautelares tomadas pelo TCU em duas decisões de mandados de segurança, quais sejam, o MS nº 24.510 (Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 19/11/2003) e no MS nº 33.092 (2ª Turma, Rel. Gilmar Mendes, j. 24/04/2015),¹¹⁰ que se tornaram precedentes relevantes para a matéria, sendo inclusive acatados pelos Tribunais Estaduais quando da análise de medidas cautelares propostas pelos Tribunais de Contas dos Estados.¹¹¹ Apesar dos diversos questionamentos a essas decisões presentes na literatura crítica ao TCU,¹¹² fato é que tal entendimento até o momento continua encontrando guarita no Poder Judiciário.

Com isso, a possibilidade de adoção de medidas cautelares tornou-se um poder extremamente relevante manejado pelo Tribunal no controle da atividade administrativa – e na conformação desta ao seu juízo. Isso porque, caso haja a recusa de órgão em acatar orientação ou mesmo entendimento do Tribunal (buca da conformação pelo convencimento) o poder geral de cautela (conformação pela coerção)¹¹³ poderá ser eficazmente manejado para impedir a atuação desviante.¹¹⁴ Assim, haverá incentivos consideráveis para a adoção da posição do TCU, inclusive no âmbito das agências.

¹¹⁰ PEREIRA, Gustavo, *opt cit*, p. 173

¹¹¹ Por exemplo, o TJRJ, reconheceu, em decisões de seu Órgão Especial proferidas em mandados de segurança propostos por particulares contra decisões do TCE-RJ, a existência de “Poder de Cautela” amplo pelas cortes de contas. Nesse sentido, cf. a ementa de Acórdão no MS nº 0059033- 57.2016.8.19.0000, Rel. Des. Nilza Bitar, j. em 11/09/2017: “*MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS. RETENÇÃO DE CRÉDITOS. TOMADA DE CONTAS. CONSÓRCIO MARACANÃ. PODER DE CAUTELA DAS CORTES DE CONTAS. (...) Possibilidade de concessão de medida cautelar sem a oitiva preliminar dos possíveis responsáveis ou interessados. Precedentes do STF. Poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, destina-se a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada.*”

No mesmo sentido, cf. também as decisões do TJRJ, Acórdão no MS nº 0036241-12.2016.8.19.0000, Rel. Des. Helda Lima Meirelles, j. em 24/04/2017 e Acórdão no MS nº 0043991-65.2016.8.19.0000, Rel. Des. Rogério de Souza, j. em 09/07/2018.

¹¹² Nesse sentiudo, confira-se: ROSILHO, André Jácomo. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União. Tese de Doutorado do curso de pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, pp. 246 e ss; PEREIRA, Gustavo Maia, *opt cit*, pp. 172-175; JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?, *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, n. 47, out./dez. 2014, pp. 225 e ss; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 119, maio/ago. 2011, pp. 125 e ss.;

¹¹³ Novamente, faz-se referência ao ditado “*talky softly, and carry a big stick; you will go far*” utilizado pelo ex-presidente dos EUA Theodory Roosevelt.

¹¹⁴ Nas palavras de Gustavo Pereira, “*sempre que vislumbra receio de lesão ao erário ou ao interesse público, o TCU entende possuir amplos poderes para determinar a suspensão de atos e procedimentos, bem como a adoção de outras providências*”, sendo este um “*poder geral, sem limitações muito claras, para intervir na atividade administrativa, inclusive regulatória.*” PEREIRA, Gustavo. *Opt cit*, p. 173.

De fato, o diagnóstico da literatura crítica é que o TCU tende a utilizar de modo frequente seus poderes cautelares no tocante às agências reguladoras. Observa-se que o TCU deferiu medida cautelar, em face da ANP, em 2018, para impedir, na véspera do leilão, a concessão de dois dos blocos de petróleo e gás considerados os mais vantajosos do pré-sal;¹¹⁵ em face da ANAC em 2018, para restringir voos no aeroporto da Pampulha;¹¹⁶ em face da ANTAQ, para suspender em 2018 resolução (Resolução Normativa ANTAQ nº 01/2015) que disciplinava os requisitos para o afretamento de embarcações estrangeiras na navegação de cabotagem;¹¹⁷ em face da ANTT em 2006 para suspensão do leilão da de subconcessão da Ferrovia Norte-Sul,¹¹⁸ entre outros casos.

1.4.7. Manejo do Poder de sanção

Em relação ao poder de punir, destaca-se que a Constituição de fato atribuiu atribuído ao Tribunal a competência para aplicação de sanções, de forma restrita a casos específicos nela assinalados. Apesar desta restrição, observa que a *praxis* do TCU tem expandido o entendimento sobre o seu cabimento, dando-lhe mais espaço para manejar este forte instrumento de coerção. Ou seja, Tribunal estaria expandindo o escopo possível para a aplicação de sanções, assim tem ocorrido em relação ao poder de aplicar medidas cautelares.

O poder de aplicação de penalidades é disciplinado no inciso VIII do art. 71 da Constituição Federal, ao prever que TCU pode aplicar “*as sanções previstas em lei*” aos “*responsáveis*” em casos de “*ilegalidade de despesas e irregularidades de contas*”, devendo a

¹¹⁵ A licitação de 2 (dois) dos 70 (setenta) blocos da 15ª rodada de licitações da área do pré-sal, prevista para 29/03/2018, foi suspensa por medida cautelar deferida pelo TCU em 28/03/2018, pelo Tribunal considerar “*insuficientes*” os dados apresentados pela ANTT, discordando da modelagem adotada. Cf. notícia sobre o caso de 03/04/2018 disponibilizada no *site* do TCU, em: < <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/medida-cautelar-suspende-licitacao-de-dois-blocos-do-pre-sal.htm>>.

¹¹⁶ Medida cautelar expedida no dia 27/12/2017, que determinou a suspensão dos efeitos da Portaria 911/2017, que permitia voos regulares domésticos interestaduais no aeroporto de Pampulha – Belo Horizonte. Cf. notícia sobre o caso de 25/01/2018: < <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/plenario-do-tcu-mantem-cautelar-que-restringe-voos-na-pampulha.htm>>;

¹¹⁷ A decisão pela suspensão cautelar da Resolução Normativa ANTAQ nº 01/2015 foi tomada em 28/02/2018, pelo Min. Bruno Dantas, por meio do Acórdão 380/2018 – Plenário. Cf. notícia sobre o caso de 01/03/2018, do *site* “Portos e Navios”, em: < <https://www.portosenavios.com.br/noticias/navegacao-e-marinha/tcu-suspende-limitacoes-ao-afretamento-de-embarcacoes-estrangeiras-previstas-em-norma-da-antag>>

¹¹⁸ Decisão de 13/09/2006 suspendeu o leilão de Subconcessão da Ferrovia Norte-Sul, que estava marcada para 04/10/2006, com o Tribunal tendo identificado falhas no estudo de viabilidade realizado. Cf. notícia sobre o caso de 13/09/2006, no portal de notícias “G1”, disponível em < <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,AA1271176-5598,00-TCU+SUSPENDE+LEILAO+DA+FERROVIA+NORTESUL.html>>.

lei estabelecer “*multa proporcional ao dano causado ao erário*”. Segundo a literatura crítica à atuação do Tribunal, tal dispositivo constitucional restringe o cabimento da aplicação de sanções apenas a casos de *ilegalidade* praticada no âmbito da *atividade financeira estatal*, seja no tocante aos gastos ou na prestação de contas. Assim, como afirma André Rosilho, ainda que o TCU tome contato com diversas matérias de cunho administrativo em suas atividades, ele só poderá sancionar “*se forem constatadas ilegalidades em matéria financeira (em sentido amplo)*”, cabendo na identificação de ilegalidade em outras áreas que não a financeira apenas “*representar a quem de direito, emitir orientações ou levantar dados e produzir informações, (...) sem impor gravames a quem quer que seja*”.¹¹⁹

Contudo, na prática o poder de punir do TCU vai bastante além disso.

A primeira expansão deste rol constitucional foi realizada pela LOTCU, em seu art. 16, III, *b* e art. 58, II, os quais, em síntese, permitiram a aplicação de sanções também no âmbito do controle operacional, bem como por questões afeitas à *legitimidade e economicidade*. O art. 16, sobre julgamento de contas, permite, em seu inciso III, *b*) que a conta seja declarada irregular quando houver a “*prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial*”, com as expressões grifadas acrescentando ao texto constitucional do art. 71, VIII, ao inserir elementos novos. Ora, se as constas são julgadas *irregulares* nos termos acima dispostos, pode haver a aplicação de multa.

Já o art. 58 permite a aplicação de “*multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: (...)*” e seu inciso III traz a hipótese de “*ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*”. Ou seja, com este dispositivo, é aberto espaço para o Tribunal detectar e sancionar condutas infracionais em matéria operacional – conceito jurídico indeterminado de contornos fugazes, que vai muito além da matéria financeira (“*ilegalidade de despesas e irregularidade de contas*”) prevista no art. 71, VIII da Constituição da República.

Por sua vez, o inciso IV do art. 58 abre um potencial de aplicação de sanção ainda maior, ao prever sua incidência aos responsáveis por “*não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal*”. Ou seja, no caso de

¹¹⁹ ROSILHO, André, *opt cit.*, p. 162.

descumprimento de “*diligência*” – sem especificar qual tipo (se determinação, recomendação, se decisão final ou cautelar), é possível apenar o administrador.

Tais artigos são questionados pela literatura crítica ao TCU, que enxerga neles uma extrapolação indevida das competências constitucionais do Tribunal. É que, segundo esta visão, ao exercer jurisdição em questões operacionais, as decisões do Tribunal não teriam viés impositivo, sendo descabida a aplicação de sanções.¹²⁰

Além da expansão clara em relação às hipóteses constitucionais, outra questão problemática é que o LOTCU não define claramente os limites e condições para o exercício do controle operacional. Este fato, combinado com o caráter indeterminado das expressões utilizadas (como “*grave infração*”, ato “*ilegítimo*” ou “*antieconômico*”), acaba criando um grande espaço para a aplicação de sanções. Com isso, é possível sancionar irregulares operacionais – algo absolutamente distinto da ilegalidade “clássica”. Nesse sentido, “*o gestor público que desempenhe a competência legal poderá ser apenado com multa em uma auditoria ou inspeção de controle operacional, por exemplo, se o TCU julgar ter ocorrido infração grave de ordem operacional*”.¹²¹

Na abertura semântica da LOTCU, caberia ao próprio Tribunal fixar parâmetros mais claros para a aplicação de sanções, disciplinando suas hipóteses de incidência e o processo de sua aplicação, conforme previsto no art. 56 da LOTCU.¹²² Contudo, conforme exposto até o momento, é justamente este tipo de espaço que o TCU utiliza para a *auto expansão de competências*. Desse modo, o Regimento Interno do TCU, ao tratar da aplicação de sanções em seus arts. 266 a 272, deixou esses pontos em aberto, repetindo o teor do previsto na LOTCU, e se limitando a disciplinar os parâmetros para aferir o montante das multas a serem aplicadas.¹²³

Em tal cenário, a literatura crítica ao TCU vem afirmando que o Tribunal tem utilizado seu poder de aplicação de sanções também no controle das atividades-fim das agências reguladoras, inclusive em casos em que não há indícios ou comprovação de caráter doloso no agir, má-fé ou ilegalidade.

¹²⁰ Nesse sentido, cf. ROSILHO, André, pp. 180-81.

¹²¹ OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA USP, Faculdade de Direito. Relatório de pesquisa bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo, 2019, p. 10

¹²² Regimento Interno: “*Art. 56. O Tribunal de Contas da União poderá aplicar aos administradores ou responsáveis, na forma prevista nesta Lei e no seu Regimento Interno, as sanções previstas neste capítulo.*”

¹²³ ROSILHO, André, *opt cit*, pp. 188-189.

Nesse sentido, Gustavo Pereira aponta, de forma exemplificativa, seu manejo em duas instâncias: o caso de controle sobre ANTAQ relacionado à cobrança da tarifa THC2 e no controle da ANAC sobre modelagem da concessão do Galeão.¹²⁴ No primeiro caso, o TCU aplicou multa aos diretores da ANTAQ responsáveis por editar a resolução autorizativa da cobrança da TCH2 (editada em 2000), e ainda determinou a apuração de responsabilidade de demais dirigentes da ANTAQ que não a revogaram – mesmo sem ter sido apontada nenhuma legalidade clara na conduta dos diretores, mas sim julgamento do Tribunal quanto ao não cabimento da referida cobrança.¹²⁵ Já no segundo, embora não tenha aplicado penalidades aos administradores, o TCU afirmou que poderia aplicá-las, caso os integrantes da ANAC descumprissem sem justificativas recomendações do Tribunal – inclusive em decisões de casos anteriores da mesma natureza.¹²⁶ Ou seja, a inobservância de *precedentes* do TCU foi entendida como base suficiente para dar azo à aplicação de sanções como multas.

No caso de multas, destaca-se que o Tribunal, na maioria dos casos, não chega aplicá-las, porém pode *ameaçar sua aplicação*, obrigando gestores públicos a apresentar defesas em seus procedimentos, mesmo que não sejam acusados de má-fé ou obtenção de benefícios pessoais, mas apenas de tomar decisões contrárias ao que o Tribunal entende como devidas.¹²⁷

Isso ocorreu no controle da ANTT no processo envolvendo a concessão da CONKER (BR-040/MG/RJ), no qual agência havia firmado com a respectiva concessionária termo aditivo ao contrato de concessão, para aprovação de obras inicialmente não previstas (a “*Nova Subida da Serra*”), em troca de reequilíbrio econômico-financeiro por pagamento direto à concessionária e/ou extensão do prazo contratual. Entendendo que o termo aditivo seria ilegal, foi instaurado processo para apurar a responsabilização pessoal de diversos agentes públicos envolvidos no caso, incluindo os diretores da ANTT que aprovaram o termo aditivo em questão.¹²⁸ No julgamento final da questão, o plenário do TCU acabou acolhendo as razões de justificativa dos agentes públicos envolvidos, porém mantendo a ilegalidade e desfazimento do citado aditivo.¹²⁹

¹²⁴ PEREIRA, Gustavo, *opt cit*, pp. 163-165.

¹²⁵ Acórdão 1.704/2018, Rel. Min. Ana Arraes

¹²⁶ Acórdãos 2.466/2013, Rel. Min. Ana Arraes, e 2.666/2013, Rel. Min. Augusto Sherman.

¹²⁷ Nesse sentido, cf. RIBEIRO, Maurício Portugal e JORDÃO, Eduardo Ferreira. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples, *in* Revista Estudos Institucionais, Vol. 3, nº 1, 2017, p. 195-197. No artigo, os autores colocam que uma das “contribuições” possíveis para os controladores desestruturarem agências reguladoras é “*usar os poderes de punição para amedrontar os funcionários das agências*”, atrapalhando seu funcionamento por meio do manejo extravagante do poder de punição.

¹²⁸ Processo Administrativo nº 014.689/2014-6.

¹²⁹ Acórdão 738/2017, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues

Com isso, embora sejam poucos os casos de efetiva aplicação de sanções a membros de agências reguladoras no âmbito do controle de suas atividades-fim, sendo elencados poucos casos pela literatura crítica neste sentido, o que parece determinante é *ameaçar a possibilidade de aplicar sanções*.¹³⁰ Ou seja, a possibilidade de penalização aos gestores já causaria o efeito dissuasório desejado. Com isso, são criados incentivos para as agências, antecipando-se aos movimentos do Tribunal, conformarem suas decisões aos entendimentos da Corte de Contas, desencorajando interpretações ou atuações consideradas por esta como heterodoxas.¹³¹

1.5. Diferença apontada entre o discurso do Tribunal e sua postura adotada na prática

Outro fator destacado pela literatura crítica é a diferença entre aquilo que é afirmado pelo Tribunal em seu discurso sobre como ele efetua o controle sobre as agências, e aquilo que é praticado pelo Tribunal. Isso porque, conforme assentado em *leading case* sobre o tema, o TCU assevera que não lhe compete entrar no jogo regulatório, mas sim exercer um controle de segunda ordem, apenas para impedir a prática de ilegalidades e recomendar formas de aprimorar a atividade das agências. No entanto, ocorre que, muito devido à falta de distinção prática entre “*recomendações*” e “*determinações*” (apontada acima), a Corte de Contas vem invalidando decisões das agências, e as substituindo pelo próprio julgamento.

A distinção entre determinações e recomendações foi adotada pelo Tribunal por meio do Acórdão nº 1.703/2004, caso identificado como paradigmático por Gustavo Pereira e Nara Merlotto,¹³² referente ao controle da ANTT envolvendo a execução do contrato de concessão da rodovia Rio-Teresópolis.¹³³ Neste julgamento, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, uma das principais questões discutidas foi qual parâmetro deveria ser adotado como paradigma

¹³⁰ Nesse sentido afirma BRAGA, André de Castro O. P. na coluna “*O risco de ser punido e a mensagem do TCU*”, publicada no Jornal “Estadão” em 14/11/2018, disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/o-risco-de-ser-punido-e-a-mensagem-do-tcu/>

¹³¹ Afinal, o administrador público probo acaba por ter recio de ser atingido pelo poder de sanção, sujeitando-se à ao pagamento de multa ou arresto de seus bens – possibilidades estas que o TCU, novamente parafraseando Roosevelt, faz questão de deixar à mostra.

¹³² PEREIRA, Gustavo, *opt. cit.*, pp. 102-107 e MERLOTTO, Nara, p. 123-135. A descrição do caso segue, em grande parte, a descrição feita por estes autores.

¹³³ Este caso faz parte da base de dados da atual dissertação, e por isso será tratado com mais detalhes no Capítulo 3. Não obstante, cabe citá-lo desde já.

para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro daquela concessão: se a Taxa Interna de Retorno –TIR alavancada, ou seja, a que considera os custos reais de financiamento incorridos pelo particular, ou se a TIR não alavancada, que os desconsidera.¹³⁴ Trata-se, portanto, de questão eminentemente regulatória.

Em primeira decisão, acatando proposta apresentada pela unidade técnica, o Plenário do TCU determinou à ANTT a adoção da TIR não alavancada, inclusive de forma retroativa – o que implicaria rever cálculos de revisões tarifárias anteriores.¹³⁵ Na sequência, após a apresentação de pedido de reexame pela ANTT, o Plenário alterou seu entendimento para recomendar à ANTT a aplicação, de forma *ex nunc*, da TIR não-alavancada, entendendo que a agência teria espaço discricionário para realizar decidir, de forma justificada, qual a melhor escolha regulatória – ainda que discordando do TCU.

Para chegar a esta conclusão, o Min. Zymler, acolhendo o entendimento manifestado pelo Procurador do Ministério Público junto ao TCU, Lucas Rocha Furtado, entendeu que não caberia ao Tribunal adentrar no jogo regulatório, sobrepondo as decisões da agência e substituindo-as como órgão regulador. Nesse sentido, afirma:

a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda ordem, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório. Logo, essa fiscalização não deve versar sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado.¹³⁶

Na sequência, o Ministro expõe que, apesar de o TCU já haver exercido no passado funções regulatórias, esta atuação teria sido necessária pelo fato das agências terem sido implantadas há pouco tempo. Contudo, dali em diante (lembrando que o Acórdão é de 2004), o TCU deveria “*restringir sua atuação*”, para respeitar o espaço das agências e diminuir a incerteza jurisdicional.¹³⁷

¹³⁴ A distinção é importante, pois a TIR alavancada prevê os ganhos obtidos pela concessionária com a captação de financiamento de terceiros, o que reduz seu custo de capital e aumenta a rentabilidade real da concessão (em regra, o capital próprio é mais *caro* financeiramente do que o obtido mediante financiamentos de longo prazo). Assim, caso o parâmetro de equilíbrio seja a TIR alavancada, ao invés da TIR não alavancada, isso aumenta as compensações devidas para o reequilíbrio da equação econômico-financeira da concessão, nas hipóteses de evento de desequilíbrio (por exemplo, aumento de encargos tributários, ou alteração unilateral contratual pela Administração Pública).

¹³⁵ Qual seja, o Acórdão 988/2004.

¹³⁶ Acórdão 1.703/2004, voto do Min. Relator.

¹³⁷ “*Essa atuação, que pode ser considerada indevida, foi necessária quando as agências reguladoras, por se encontrarem em sua fase inicial de implantação, ainda não dispunham das condições necessárias para exercer plenamente as respectivas competências. Ocorre que essa fase está se encerrando, pois a maior parte das entidades reguladoras está se estruturando, inclusive no que concerne à formação de seus quadros de pessoal. Aduzo que, se esta Corte de Contas invadir o âmbito de competência das agências reguladoras, ainda que movida pela busca do interesse público, o TCU contribuirá para o incremento da “incerteza jurisdicional”, que*

Ato contínuo, foi realizada distinção entre as atividades-meio e as atividades-fim das agências, e entre atos vinculados e discricionários. Em relação às atividades-meio, restou assentada a plena competência do TCU expedir comandos diretos – ou seja, determinações – às agências. Já em relação às atividades-fim das agências, asseverou que o Tribunal só poderia expedir determinações no caso de verificação de ilegalidade ou violação direta à lei, devendo nos demais casos limitar-se a expedir recomendações, que poderiam ou não ser acatadas pelas agências. Confira-se, neste sentido, o seguinte trecho do voto:

Quando os atos supostamente irregulares forem do primeiro tipo, ou seja, quando as entidades reguladoras tiverem violado expressa disposição legal, o Tribunal pode determinar a esses entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas. Por outro lado, quando se tratar de atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, esta Corte de Contas pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas por ela mais adequadas. Afinal, nessa última hipótese, a lei conferiu ao administrador uma margem de liberdade, a qual não pode ser eliminada pelo Tribunal de Contas da União. Contudo, caso o ato discricionário sob enfoque contenha vício de ilegalidade, esta Corte de Contas será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão.

Logo, no tocante às atividades-fim, a determinação seria cabível quando do descumprimento de norma jurídica, e a recomendação quando o Tribunal verificar a possibilidade de medidas a serem tomadas para aprimorar a atuação das agências. Assim, ficou delineado que *“em relação a atos discricionários o TCU poderia expedir apenas recomendações, respeitando, assim, a autonomia das agências. E, apenas em caso de ilegalidades, poderia o TCU determinar à agência as respectivas correções.”*¹³⁸

Assim, no citado acórdão, diversas determinações do TCU foram convertidas em recomendações – incluindo a referente à adoção da TIR não alavancada.

gera o receio de que os contratos não serão cumpridos na forma em que foram celebrados e implica o incremento do custo indireto de transação dos investimentos internacionais, consoante lembrado pelo ilustre Procurador-Geral. Assim sendo, entendo que, daqui por diante, o TCU deve procurar restringir sua atuação de forma a adequá-la aos parâmetros constitucionais e legais.” Acórdão 1.793/2004, trecho do voto do Min. Relator.

¹³⁸ PERERIRA, Maia. *Opt cit*, p. 107.

Esse entendimento foi refirmado pelo Tribunal em diversos outros Acórdãos, envolvendo a própria ANTT, a ANTAQ e a ANATEL, entre outros.¹³⁹

Contudo, na prática o Tribunal não observa de forma estrita tal precedente, por dois motivos

O primeiro é que, conforme relata Nata Merlotto, este entendimento foi parcialmente modificado por meio do Acórdão nº 1.201/2009, o qual afirmou poderes significativamente mais amplos para o TCU atuar sobre as atividades-fim das agências reguladoras.¹⁴⁰ O caso, que envolve a ANEEL, diz respeito a pedido de reexame interposto em face da Decisão nº 1.483/2002 – Plenário, na qual foram expedidas recomendações e determinações relativas à revisão tarifária de empresa produtora de energia elétrica (Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. – Esclesa). Nele, a ANEEL alegou que, sendo a revisão tarifária de concessionárias de energia elétrica uma das principais atividades-fim, o TCU não poderia determinar que fosse feito o cálculo da revisão tarifária, sem demonstrar de forma cabal qual o erro e ilegalidades cometidas, sendo indevido transferir à ANEEL o ônus de justificativa do Tribunal. Ao revés, o Tribunal é que teria este ônus, caso contrário a decisão estaria fora de suas competências. Nesse sentido, citou o entendimento do TCU no precedente anteriormente mencionado, o Acórdão nº 1.703/2004.

No julgamento do pedido de reexame, o Min. relator Arnaldo Cedraz asseverou que, apesar do entendimento fixado no Acórdão nº 1.703/2004 de que caberia determinação quando verificado descumprimento de norma legal e recomendação no tocante à prática de atos discricionários, *o TCU poderia emitir determinações independente da classificação do ato* (vinculado ou discricionário), *e independentemente de sua prática ser atrelada às atividades-fim ou atividades-meio da agência, sempre que identificado que tal ato não atingiu a “finalidade da norma” e o “interesse público”*. Confira-se:

Percebe-se, assim, que a origem da determinação não está em se saber se o ato praticado é discricionário ou vinculado, mas se foi ou não realizado conforme a finalidade da norma e, conseqüentemente, se atendeu ou não ao interesse público.

Desse modo, compreendo que sempre caberá determinação quando restar comprovada a prática de qualquer ilegalidade, seja ela realizada no escopo de um ato de caráter discricionário ou vinculado [...].¹⁴¹

¹³⁹ PERERIRA, Maia. *Opt cit*, p. 101.

¹⁴⁰ MERTOLLO, Nara. *Opt cit*, pp. 135-138.

¹⁴¹ TCU, Acórdão 1.201, julgado em 3 de junho de 2009. Ministro relator Aroldo Cedraz.

Para chegar a esta conclusão, o Min. relator afirmou que é cabível o controle de atos discricionários das agências assim no restante da Administração Pública, no tocante às atividades-fim e nas atividades-meio. Caberia assim ao TCU verificar a adequação da atividade regulatória, no tocante ao “*interesse público*” e “*finalidade da norma*” – novamente, dois conceitos jurídicos indeterminados, que tornam extremamente esfumados os limites das competências da Corte de Contas, pois quem irá verificar, no caso concreto, o atingimento ou não desses requisitos (ou seja, os tornar densos e operáveis) é o próprio TCU. Com isso, é aberto um enorme espaço para a atuação da Corte de Contas – ensejando a possibilidade da revisão da atividade regulatória pelo Tribunal e, por conseguinte, o exercício dela.

O segundo motivo é a falta de distinção entre recomendações e determinações, já exposta no item 1.4.2 acima, o que acarreta que elas tenham pouca diferença prática, já a que a agência teria de responder a ambas – e ambas acabam por conformar a sua atuação. A equivalência prática entre os conceitos de “determinação” e “recomendação”, faz com que o TCU acabe atuando, na prática, de forma mais alargada do indica o parâmetro fixado no Acórdão 1.703/2004.

Desse modo, verifica-se uma *dissonância* entre o discurso do Tribunal – de contenção no controle das atividades-fim das agências – e sua prática. A questão é bem sintetizada por Floriano Marques Neto, Juliana Palma *et al.*, em artigo que analisa a dinâmica do controle do TCU sobre as agências:

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”. 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.¹⁴²

¹⁴² NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi *et al.* Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União, *in* Revista de Direito Administrativo (RDA), Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, maio/ago. 2019, p. 46.

Ademais, ressalta-se que esta dissonância manifesta-se nas formas pelas quais o TCU atua como regulador, expostas no item 1.4.acima.

1.6. Deferência do TCU às análises regulatórias efetuadas por sua unidade técnica, e não àquelas feitas pelas agências

Outra interessante constatação da literatura crítica é a de que o controle do TCU sobre as agências segue, na grande maioria dos casos, os entendimentos manifestados por suas unidades técnicas no âmbito dos respectivos processos administrativos. Assim, é levantado que o TCU teria uma postura de *deferência às análises de suas próprias unidades técnicas, inclusive no tocante às atividades-fim das agências reguladoras, ao invés de deferência às decisões das agências.*

As unidades técnicas do TCU são órgãos integrantes de sua estrutura administrativa, mais especificamente de sua Secretaria. O art. 10 do Regimento Interno do TCU prevê que “*O Tribunal disporá de Secretaria para atender às atividades de apoio técnico e administrativo, na forma estabelecida nos arts. 65 e 66*”. E tais artigos detalham as funções da Secretaria, prevendo que sua estrutura e funcionamento será fixado em ato normativo interno do TCU (art. 65) e que, para cumprir as suas finalidades, a Secretaria do Tribunal terá quadro próprio de pessoal, organizado em plano de carreira (art. 66).

A principal carreira que atua na Secretaria do Tribunal é a dos Auditores Federais de Controle Externo, função de nível superior provida por concurso público, cujos membros possuem reputação de competência e qualificação técnica. Esta carreira é bem remunerada, chegando a níveis próximos ao teto do serviço público federal, o que faz com que seus concursos públicos sejam bastante disputados.

Conforme relata Gustavo Pereira, a Secretaria do TCU é dividida em três grupos principais, as Secretarias Gerais: Secretaria-Geral da Presidência (SEGEPRES) e Secretaria-Geral de Controle Externo (SEGECEX).¹⁴³ As duas primeiras atuam em funções de organização administrativa, auxiliares e auxiliares ao Tribunal: a SEGEPRES cuida da ouvidoria, assessoria parlamentar, planejamento, comunicação, tecnologia da informação e da escola do TCU, o supramencionado Instituto Serzedello Correa; enquanto a SEGEDAM trata

¹⁴³ PEREIRA, Gustavo Maio. *Opt Cit*, pp. 77-78.

da administração de pessoal, gestão de pessoas, segurança, licitações, contratos, patrimônio, engenharia e orçamento. Ou seja, elas atuam em funções afetas à área-meio do Tribunal.

Já a Secretaria Geral de Controle Externo (SEGECEX) atua na atividade-fim do TCU, qual seja, o controle externo, realizando as atividades de fiscalização e inspeção do Tribunal, tendo a função de apresentar no âmbito dos processos administrativos os pareceres que serão analisados pelos Ministros do TCU. A SEGECEX é dividida em diversas áreas e subáreas, de modo que no fim há diversos órgãos administrativos – as unidades técnicas – com âmbitos de atuação e competência específicas. Assim, há unidades técnicas especializadas em assuntos específicos, que correspondem grosso modo às diversas atividades exercidas pelo Governo Federal (educação, saúde, fazenda, previdência, defesa, ambiental, etc.). Há, ainda, unidades técnicas responsáveis pela análise de questões transversais, como pessoal e tecnologia de informação,¹⁴⁴ e unidades técnicas responsáveis por tipos específicos de processos – por exemplo, a Secretaria de Recursos – SERUR, com atuação no caso de pedidos de reexame apresentados em face dos Acórdãos.

Durante boa parte dos anos 2000, houve uma unidade técnica especializada no controle de desestatizações, que desse modo acabou atuando muito em processos referentes a setores regulados – a Secretaria de Fiscalização de Desestatização – SEFID. Seu nome foi alterado para incluir “Regulação”, passando a chamar-se de Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação, refletindo a função que, na prática, a unidade técnica já exercia. Posteriormente, em reorganização da Secretaria, foi criada a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura – SEINFRA. Desde pelo menos a Resolução-TCU nº 284 de 30 de dezembro de 2016, a SEINFRA possui 7 unidades técnicas distintas: SeinfraCOM (setor de telecomunicações, antiga SeinfraTelecom); SeinfraElétrica (energia elétrica); SeinfraPetróleo (óleo e gás); SeinfraOperações (operações especiais em infraestrutura); SeinfraUrbana (infraestrutura urbana); SeinfraPortoFerrovia (portos e ferrovias), e SeinfraRodoviaAviação (rodovias e aviação civil).

Pois bem, explicado o que constituem as unidades técnicas, a literatura crítica vem apontando que elas são extremamente importantes para o exercício das funções do TCU, *sendo seus respectivos pareceres adotados pelo Tribunal na grande maioria dos julgamentos*. Cada parecer possui, ao final, uma proposta de encaminhamento, que constitui uma minuta da

¹⁴⁴ Conforme relatado por PEREIRA, Gustavo Maio. *Opt Cit*, p. 78.

parte dispositiva do Acórdão; e frequentemente a proposta encaminhada pela unidade técnica é integralmente adotada pelos Ministros do TCU.

Nesse sentido, sentido, em pesquisa realizada sobre o tema, Floriano, Palma *et al.* verificaram que as unidades técnicas são os principais órgãos no controle externo realizado pelo Tribunal sobre as agências reguladoras, ao invés do próprio Plenário e Ministros do TCU. Em pesquisa empírica que analisou 159 Acórdãos relativos ao controle de agências reguladoras de 2014, os autores chegaram à seguinte conclusão, que, por sua importância, é reproduzida na íntegra:

A pesquisa empírica desenvolvida demonstra que este desenho [o desenho institucional do TCU] 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 Plenário. Ocorre que o relatório elaborado pelos auditores é mais 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. [...]

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 nos votos dos ministros tendem a ser fracas, não estabelecendo uma correlação entre fatos, provas, esclarecimentos e a parte dispositiva. A constatação deste fato impossibilita a extração de uma ratio decidendi precisa e que estabeleça umnexo de causalidade entre o objeto de análise e a determinação/recomendação exarada.

Assim, inferimos que a tomada de decisões, em suma, é feita na própria unidade técnica, e não em Plenário”¹⁴⁵ (grifos no original)

Dessa forma, os autores do estudo afirmam que o controle dos projetos de infraestrutura e das agências reguladoras é, na prática, exercido pelo órgão técnico, sendo as atividades-fim das agências analisadas pelas unidades técnicas. Nesse sentido, destacam que a origem da parte dispositiva do Acórdão – ou seja, as recomendações e as determinações exaradas - é o relatório e proposta de encaminhamento da unidade técnica, de forma que os Ministros, em regra, apenas as aprovam.¹⁴⁶

Não obstante, destacaram a existência de casos pontuais nos quais o relatório da unidade técnica não foi integralmente seguido. No exemplo apresentado, relativo ao controle

¹⁴⁵ NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi *et al.* Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União, *in* Revista de Direito Administrativo (RDA), Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, maio/ago. 2019, pp. 65-66.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 66.

de modelagem da Concessão do Galeão, feita pela ANAC, a unidade rejeitou pedido do Congresso Nacional para a inclusão de terceira pista de pousos e decolagens, entendendo por preservar a autonomia da agência, enquanto os Ministros do TCU acabaram por acatar o pedido e encaminhar recomendação à ANAC neste sentido.

Na pesquisa realizada em sua dissertação, envolvendo uma base de dados de 28 Acórdãos relativos ao controle pelo TCU de Agências Reguladoras, Nara Merlotto incluiu um campo para assinalar se a análise da unidade técnica foi acolhida pelo relator e pelo plenário.¹⁴⁷ Em sua pesquisa, verificou o acolhimento integralmente da proposta da unidade técnica em 50% dos Acórdãos (14 casos) e que, em 32% deles (9 casos), o parecer foi parcialmente acolhido, significando que pelo menos uma proposta de encaminhamento foi diversa. Assim, na prática, em 82% dos Acórdãos (23 casos) as propostas das unidades técnicas foram acolhidas em algum grau, sendo rejeitadas integralmente em apenas 18% (5 casos).¹⁴⁸

Tal pesquisa, portanto, corrobora o grande acolhimento que o Tribunal faz das propostas as unidades técnicas, embora indique que, em alguns casos, haja discordância de parte do Tribunal.

Analisando qualitativamente os casos, a mesma autora constatou que as *unidades técnicas demonstram um posicionamento mais interventivo em relação às agências que o próprio TCU*. Nesse sentido, afirma que “*todas as vezes em que houve discordância do Plenário ou do Relator em relação à análise ou à proposta de encaminhamento da unidade técnica, aqueles apresentaram postura menos interventiva em relação à função regulatória do que esta*”, sendo citados na sequência os 14 casos em que isto ocorreu (ou seja, os 50% dos casos em que a proposta da unidade técnica não foi integralmente acolhida pelo Tribunal).¹⁴⁹

Assim, na prática, o que a literatura crítica aponta é que o TCU acata, na maioria dos casos, as análises feitas por suas unidades técnicas em relação às atividades-fim das agências reguladoras. Isso ocorre no lugar das análises feitas pelas próprias agências-reguladoras de suas atividades fim, que são sujeitas a graus mais estritos de controle. Ou seja, o que ocorre é uma deferência do Plenário do Tribunal não às agências em si, no tocante às suas atividades-fim, mas à análise que a unidade técnica faz sobre como as agências reguladoras exercem suas atividades-fim.

¹⁴⁷ MERLOTTO, Nara, *opt. cit.*, pp. 109-113

¹⁴⁸ MERLOTTO, Nara, *opt. cit.*, pp 117.

¹⁴⁹ MERLOTTO, Nara, *opt. cit.*, pp. 150-151.

Também chama atenção o fato de que *o Tribunal adota uma postura menos interventiva* do que a das unidades técnicas. Ou seja, parece que os Ministros do TCU, ao efetuar o julgamento de casos, efetuam algum tipo de *moderação* na avaliação feita pelas agências reguladoras, diminuindo o grau de intervenção.

Em virtude de tais apontamentos da literatura crítica, a pesquisa empírica ora realizada no âmbito do presente trabalho efetuará averiguação próxima da relação entre as análises efetuadas pelas unidades técnicas e pelo Tribunal, de forma a verificar se (i) houve acolhimento do pronunciamento da unidade técnica; e (ii) em caso de discordância, se a unidade técnica ou o tribunal adotaram uma posição de maior intervenção sobre as atividades-fim da agência.

1.7. Conclusão parcial: síntese da literatura crítica acerca do Tribunal de Contas da União no controle da regulação

Portanto, conclui-se que, se de um lado o TCU tem atribuições amplas para exercício do controle externo da Administração Pública, que lhe foram outorgadas pela Constituição da República e pela LOTCU, há controvérsia na academia jurídica sobre se elas estariam sendo exercidas de forma adequada no controle exercido sobre as agências reguladoras. Esta controvérsia ocorre não no tocante às atividades-meio das agências (como questões relacionadas a pessoal e contratações), mas sim no tocante às suas atividades-fim, ou seja, aquelas tidas como integrantes do espaço de escolha discricionária para o exercício da atividade regulatória propriamente dita, finalidade pela qual as agências foram criadas.

Nesse sentido, foi apresentado que a literatura acerca do Tribunal pode ser dividida em dois polos: a literatura favorável e a literatura crítica à sua atuação no controle dos atividades-fim das agências. Enquanto a primeira afirma estar o TCU meramente exercendo suas atribuições legítimas e contribuindo para o aprimoramento da atividade administrativa e regulatória, a segunda enxerga na atuação do TCU uma atuação em desconformidade com as balizas constitucionais e legais, por meio da qual o Tribunal acaba por conformar o exercício das atividades-fim das agências à maneira que ele entende como correta. Com isso, segundo a literatura crítica, o Tribunal vai além do controle e passa a atuar como regulador de segunda ordem, ao rever e orientar de que forma as agências devem exercer suas atividades-fim.

Na sequência, como este trabalho parte da literatura crítica, foram sumarizados os principais achados desta seara. A base desta atuação do Tribunal é uma interpretação

ampliativa de suas próprias competências, favorecida pelo caráter aberto das normas previstas na Constituição e na LOTCU, as quais preveem a fiscalização “*contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*” da Administração Pública. Neste cenário, o TCU se valeu de sua própria competência normativa para disciplinar os contornos de sua atuação e da abertura normativa de conceitos jurídicos indeterminados, atuando de forma sistemática para expandir suas atribuições e prerrogativas.

No tocante ao controle das atividades-fim das agências, foram apresentadas com mais detalhes 5 (cinco) formas pelas quais o TCU na prática termina atuando como regulador: (i) pela realização de *auditorias operacionais*, nas quais é analisada de forma ampla a atuação das agências, sob os primas de economicidade, eficácia e efetividade de suas atividades; (ii) pela *expedição de determinações e recomendações*, e pelo fato de que, apesar de o Tribunal afirmar que, no tocante às atividades-fim, apenas nos casos de ilegalidade manifesta seriam cabíveis determinações, na prática não haveria distinção entre seus efeitos, sendo as agências obrigadas a acatar ambas; (iii) por meio da *análise de editais de concessões*, atividade exercida com fundamento apenas em instruções normativas infralegais do Tribunal, na qual o TCU exerce controle minucioso sobre aspectos específicos de modelagem de projetos, analisando a fundo as características da licitação; (iv) pelo *recurso a princípios e a conceitos jurídicos indeterminados*, por meio dos quais o Tribunal acaba por impor sua visão particular aos entes controlados – por exemplo, ao entender que a modicidade tarifária está contida dentro da legalidade; e finalmente (v) pelo *uso ou ameaça de uso de poderes coercitivos*, *quais sejam, a adoção de medidas cautelares* com base em “*poder geral de cautela*” e o manejo de *sanções pessoais* aos agentes públicos, poderes que desencorajam fortemente as agências reguladoras a questionarem as interpretações do Tribunal.

Como resultado deste processo, verifica-se o discurso formalmente adotado pelo TCU, que indica algum grau de deferência às agências reguladoras no exercício de suas atividades-fim, não condiz com a prática do Tribunal. Esta postura foi formalmente adotada no Acórdão nº 1.703/2004, em que se afirmou que “*a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda ordem*” e que ela “*não deveria versar sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado*”, devendo o Tribunal atuar de forma contida para respeitar o espaço das agências e diminuir a incerteza jurisdicional. Contudo, a base para tal deferência seria a distinção entre recomendações e determinações, a qual possui pouca diferença prática. Ademais, posteriormente o próprio Tribunal, no Acórdão nº 1.201/2009, passou a entender que poderia expedir determinações no tocante às atividades-fim da agência, independentemente da classificação do ato como vinculado ou discricionário, desde que não tenha sido atingida a

“*finalidade da norma*” e o “*interesse público*”. Assim, a indicação é a que o discurso do Tribunal acaba sendo mera retórica, e que, na prática, o Tribunal exerce o controle em cada caso da maneira que julga mais apropriada – levando-o a entrar, assim, no “*jogo regulatório*”, embora isso não seja expressamente admitido.

Por fim, o último aspecto ora ressaltado da literatura crítica é a importância da atuação das unidades técnicas do Tribunal no controle das agências, sendo apontado que, devido ao fato de os Acórdãos do TCU na grande maioria dos casos acatarem total ou parcialmente a proposta de encaminhamento por elas formuladas, na prática seriam elas – e não as Turmas ou o Plenário do TCU – quem exerce o controle das atividades regulatórias das agências. Assim, é apontado que existiria, em verdade, nos Acórdãos expedidos pela Corte de Contas, uma deferência não às escolhas das agências, mas sim às avaliações feitas pelas unidades técnicas do TCU acerca dessas escolhas. Outra característica apontada é que, em praticamente todos os casos em que houve algum tipo de divergência entre as propostas de encaminhamento da unidade técnica e o Acórdão adotado pelos Ministros do Tribunal, a decisão final foi *menos interventiva* do que a proposta pela unidade técnica – o que indica algum grau de moderação feito quando do julgamento pelos julgadores, em relação às propostas das unidades técnicas.

Essas são, em síntese, as linhas gerais da literatura crítica, a qual aponta a atuação do Tribunal sobre as agências como controlador *e regulador*, convertendo-se na prática o TCU em uma espécie de *supra regulador no direito brasileiro*. Ou seja, ao invés de exercer “*fiscalização de segunda ordem*” sobre as agências, ele atuaria como um *regulador de segunda ordem*, analisando a fundo as escolhas tomadas no tocante às atividades-fim, aprovando aquelas com as quais manifesta concordância e determinando a correção das atividades entendidas como desviantes ou inadequadas, indo bem além na análise de legalidade e adentrando no juízo discricionário de mérito das escolhas tomadas, sob os primas da legitimidade, eficiência, efetividade, eficácia e economicidade, entre outros.

É com base nesses achados da literatura crítica ao TCU acima sintetizados que foram elaboradas as 7 (sete) hipóteses desta dissertação, expostas acima na Introdução, que se almeja **testar** a partir da análise empírica de Acórdãos sobre a ANTT efetuada nos dois capítulos subsequentes.

2. ANÁLISE EMPÍRICA QUANTITATIVA SOBRE OS ACÓRDÃOS DO TCU ENVOLVENDO A ANTT – O QUE OS DADOS REVELAM?

Apresentadas no Capítulo 1 as principais constatações feitas pela literatura crítica acerca da atuação do TCU no controle das agências reguladoras, os próximos capítulos constituem o cerne da presente dissertação, qual seja, a análise empírica acerca de como o Tribunal exerce o controle da ANTT. Conforme informado na introdução, a proposta da dissertação é, a partir da presente análise empírica, confirmar ou refutar a aplicabilidade do diagnóstico feito pela literatura crítica em relação à ANTT, respondendo às sete hipóteses elencadas na introdução. Assim, passa-se a expor os resultados da análise empírica efetuada, para, a partir do ocorrido na ANTT, buscar uma melhor compreensão acerca de como o Tribunal atua no controle das agências reguladoras independentes.

Conforme será desenvolvido com mais detalhes no item 2.1 abaixo, a presente base de casos é composta de 200 (duzentos) Acórdãos do TCU, expedidos desde 2002 até 2019, em um período de aproximadamente 19 (dezenove) anos.

A análise empírica é dividida em duas partes: o Capítulo 2 faz uma análise *quantitativa* sobre os Acórdãos, e o Capítulo 3 efetua a análise *qualitativa*.

A proposta da análise *quantitativa* é apresentar, primeiro, a íntegra da base de casos a partir de dados simples operacionalizáveis e critérios passíveis de quantificação, tais como, dentre outros, o ano em que os Acórdãos foram expedidos, qual o tipo de processo, se houve determinação ou recomendação e quantas foram expedidas, se referidos comandos incidem sobre as atividades-fim da ANTT e se houve aplicação de multas.

Já a parte *qualitativa* examina alguns dos Acórdãos (ou grupo de Acórdãos) integrantes da base de dados, entrando em detalhes sobre eles, incluindo a proposta da unidade técnica, o voto dos ministros do TCU e as alegações da ANTT (se disponíveis), entre outros, para verificar de forma substancial os argumentos e critérios adotados pelo Tribunal no controle – e, se for o caso, no exercício de atividade regulatória.

Para apresentar a análise quantitativa, o presente capítulo está organizado da seguinte forma: inicialmente, no item 2.1 é exposta a *metodologia* utilizada para a seleção dos casos e para o estabelecimento da base de dados, bem como os critérios nela utilizados.

Na sequência, o item 2.2 faz uma apresentação de dados gerais sobre a base de casos utilizada, extraídos da própria base de dados do Tribunal, tais como, dentre outros, qual o tipo de decisão analisada (se Acórdão comum ou Acórdão de Relação), o ano do Acórdão, tipo de processo no qual foi expedido, ministro relator, unidade técnica do TCU que nele atuou.

Já o item 2.3 inicia a apresentação dos critérios não presentes na base de dados do Tribunal e que foram incluídos na presente pesquisa, apresentando qual é o tipo de atividade da ANTT controlada pelo TCU (se é relacionada às concessões rodoviárias, às concessões ferroviárias, ao transporte de passageiros, ou a atividades administrativas da agência).

Em seguida, o item 2.4 analisa em quantos casos o Tribunal expediu recomendações e determinações à ANTT e qual o seu quantitativo, indicando também se elas incidem sobre as atividades-fim da Agência.

O item 2.5 se volta a investigar o processo interno de decisão do Tribunal, verificando a relação entre a decisão tomada e a manifestação da unidade técnica (ou seja, em quantos casos o Tribunal concordou com a unidade técnica), bem como se há voto divergente, ou se, ao revés, as decisões foram unânimes.

Já o item 2.6 analisa o uso do poder coercitivo pelo Tribunal, referente à aplicação de sanções e à expedição de medidas cautelares.

O item 2.7 examina se houve apresentação de recurso contra os Acórdãos, ou seja, se as decisões do TCU foram questionadas no próprio processo administrativo, seja pela ANTT, seja por particulares afetados pelas decisões.

Por fim, o item 2.8 conclui a presente análise quantitativa, relatando seus principais achados.

2.1 Metodologia

Os casos ora analisados foram extraídos da ferramenta de pesquisa disponível no *site* do TCU – “*Pesquisa Integrada TCU*”, de forma mais específica na pesquisa de “*Jurisprudência*”.¹⁵⁰ Nele, é possível realizar buscas em seis grupos: “*Jurisprudência (todas as bases)*”, “*Acórdãos*”, “*Jurisprudência selecionada*”, “*Publicações*”, “*Súmulas*” e “*Respostas a consultas*”. Como a finalidade é a análise das *decisões expedidas pelo TCU*

¹⁵⁰ A ferramenta “*Pesquisa Integrada do TCU*” encontra-se disponível em < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/>>, e a pesquisa em *Jurisprudência* encontra-se disponível em < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/jurisprudencia>>

envolvendo a ANTT, foi escolhida a pesquisa no grupo “Acórdãos”.¹⁵¹ Assim, este constituiu o meio tanto para buscar os casos, como para a obtenção dos dados ora objeto de análise.

Cabe, desde já, fazer um esclarecimento quanto ao termo “Acórdãos”, que será doravante utilizado. Ele se refere a todas as decisões expedidas pelo Tribunal, seja em Plenário ou em suas Câmaras, independentemente do nome específico do tipo de decisão. Na pesquisa, foram encontradas, além de simplesmente “Acórdãos”, duas outras nomenclaturas: “Decisão” e “Acórdão de Relação”. O termo “Decisão” é a nomenclatura utilizada pelo Tribunal até 2003 para se referir aos seus julgamentos sendo posteriormente substituído pelo termo “Acórdão” pura e simplesmente – sendo, deste modo, sinônimos. Por sua vez, a expressão “Acórdão de Relação” qualifica as decisões tomadas nos processos constantes de relação, classificação prevista no Regimento Interno do TCU que, em síntese, possibilita um julgamento simplificado. Nos Acórdãos de Relação, a ferramenta de pesquisa do *site* do TCU não fornece acesso à íntegra do relatório da unidade técnica nem ao voto, mas tão-somente à parte dispositiva do Acórdão (ou seja, a decisão em si) e aos demais dados sobre ele.¹⁵²

Os tópicos a seguir detalham (i) como se chegou à atual base de dados com 200 (duzentos) Acórdãos – item 2.1.1; e (ii) os critérios inseridos na tabela para análise dos casos, que são a base para a presente análise quantitativa – item 2.1.2.

2.1.1. Seleção da base de dados dos casos para a análise empírica

Para selecionar os casos envolvendo a ANTT, foi feita a pesquisa no campo “entidade” (ou “nome do órgão ou entidade”), disponível na ferramenta de pesquisa do grupo “Acórdãos” e somente neste, não havendo este campo nos demais grupos de pesquisas existentes (quais sejam, “Jurisprudência (todas as bases)”, “Acórdãos”, “Jurisprudência selecionada”, “Publicações”, “Súmulas”). Este campo “entidade” indica a instituição da Administração Pública que está sendo objeto de controle do Tribunal em determinado Acórdão. Todos os Acórdãos do TCU possuem este campo, indicando o sujeito do controle, que pode ser tanto um órgão integrante da Administração Pública central do Poder Executivo

¹⁵¹ Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Como será mais detalhado no item seguinte, esta é a única ferramenta de pesquisa no site do TCU que permite a pesquisa por “nome do órgão ou da entidade” controlada pelo TCU.

¹⁵² Esta distinção entre “Acórdão de Relação” e Acórdão “comum” é tratada, de forma específica, no item 2.1.2 a seguir.

(na maioria dos casos, integrantes da Administração Pública Federal)¹⁵³, ou uma entidade dotada de personalidade jurídica autônoma integrante da Administração Pública, como é o caso da ANTT, que é uma autarquia, assim como as demais agências reguladoras.¹⁵⁴

Assim, quando a ANTT é mencionada no campo “*entidade*” da base de dados do Tribunal, isso indica que o controle está sendo exercido sobre ela. Cumpre destacar que há também outro campo na base de dados do Tribunal, denominado “*interessado*”, onde é mencionada uma variedade de pessoas jurídicas e físicas relacionadas ao caso, tanto públicas quando privadas.¹⁵⁵ Ocorre que o campo “*interessado*” parece ser preenchido de diversas formas, não havendo consistência sobre ele (às vezes é indicado o próprio Tribunal, outras é o particular envolvido, outras o particular representante). Logo, guiar-se pelo campo “*entidade*” mostrou-se muito mais seguro do que empregar o campo “*interessado*”.

A fim de permitir observar a atuação do TCU no controle da ANTT ao longo do tempo, e com isso verificar se há alguma mudança na atividade de controle, seja no número de Acórdãos, seja na forma pela qual o controle é realizado, *optou-se por analisar o controle do TCU sobre a ANTT desde a criação da agência, ocorrida em 05 de junho de 2001 por meio da Lei 10.233/01*. A proposta é evitar a análise apenas de anos específicos, visto que, eventualmente, a atuação do TCU nesses anos pode ser diversa da adotada pelo Tribunal no restante do período. Para cobrir este longo interregno de tempo, o termo final selecionado

¹⁵³ Como, pela Constituição e pela LOTCU, o Tribunal, além de controlar a Administração Pública Federal, também fiscaliza a utilização de recursos de origem federal, podem ser expedidas decisões que envolvam órgãos de outras entidades federativas (Estados, DF e Município), desde que esteja envolvido na análise repasse de recursos públicos federais.

¹⁵⁴ As autarquias são as entidades integrantes da Administração Pública Indireta que detêm personalidade jurídica de direito público, separada da Administração Pública central de cada ente federativo, com definição prevista no art. 5º, I do Decreto-Lei nº 200/1967: “*Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:*

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

A Lei Federal 10.233/2001 criou em seu art. 21 a ANTT, juntamente com a ANTAQ, como entidades sujeitas a “*regime autárquico especial*”, que é caracterizado pela “*independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes.*”, conforme previsto no §1º do mesmo artigo.

¹⁵⁵ Referido campo inclui gestores públicos individuais cuja ação específica é objeto de controle, empresas que representam ou tribunal ou cujas ações são objeto de fiscalização, pessoa física que representou ao Tribunal, órgão do próprio Tribunal quanto este faz a apresentação (p.ex. sua unidade técnica, ou mesmo o Plenário), ou órgão ou autoridade públicas envolvidos (p.ex. Comissão da Câmara de Deputados ou órgão interessado de outros entes federativos, como a respectiva Assembleia Estadual).

para esta *análise foi o ano de 2018*,¹⁵⁶ pois a presente pesquisa foi iniciada em 2019, com o objetivo de cobrir todos os anos anteriores.¹⁵⁷

Ressalta-se que a proposta inicial do trabalho era analisar todos os casos envolvendo a ANTT no campo “*entidade*”, desde o início da Agência até o final do ano de 2018. O racional por trás desta abordagem é que, ao analisar a íntegra da atuação do TCU sobre a ANTT, fosse possível visualizar toda a atuação do Tribunal sobre uma única agência, de modo a afastar eventuais vieses de seleção de casos. Isso porque, em vários trabalhos da literatura crítica, a seleção se focou sobre casos específicos do controle do TCU sobre as agências reguladoras, selecionando casos tidos como mais relevantes ou que chamam mais atenção, ou, alternativamente, em um tipo específico de processos efetuado pelo Tribunal (p. ex., desestatizações ou auditorias operacionais).

Porém, a pesquisa realizada, utilizando a expressão “*Agência Nacional de Transportes Terrestres*”, revelou um universo de 418 (quatrocentos e dezoito) Acórdãos,¹⁵⁸ número que tornaria sua análise impraticável para o espaço de uma dissertação de mestrado. Desse modo, pela inviabilidade de analisar, de fato, o universo de todos os Acórdãos, a ideia de utilizar a totalidade dos 418 Acórdãos encontrados foi abandonada.

Ao invés disso, para seleção dos casos objeto, foi utilizado no mecanismo de busca do TCU a expressão “*ANTT*” em sigla, por extenso, obtendo-se um número de 149 (cento e quarenta e nove) Acórdãos,¹⁵⁹ mantida a limitação temporal de 2018. Sendo este número passível de análise no escopo da presente dissertação, esses 149 casos constituem a maioria da base de dados ora objeto de análise, sendo ora denominados “base de dados preliminar”.

Durante a pesquisa, esta base de dados preliminar foi expandida de *duas formas diferentes*, de modo a permitir a análise de outros casos ainda dentro das limitações da presente dissertação. A primeira foi incluir na análise outros Acórdãos citados expressamente na base de dados inicial, não capturados no filtro de pesquisa utilizando a palavra “*ANTT*”. Sua inclusão foi realizada visto que, considerando que eles são citados, eles possuem importância na jurisprudência do Tribunal, ou relação com os primeiros casos em análise.

¹⁵⁶ Contudo, como será explicado, pela metodologia de seleção de casos adotada, terminou que 4 (quatro) casos referentes ao ano de 2020 também foram incluídos.

¹⁵⁷ Apesar de o processo de elaboração da dissertação ter percorrido os anos de 2019 e 2020, e ter sido finalizada apenas em 2021, verificou-se que não seria viável buscar incluir também os anos de 2019 e 2020, por falta de tempo hábil para realizar sua análise.

¹⁵⁸ Sendo 200 Acórdãos propriamente ditos, 10 Decisões e 208 Acórdãos de Relação.

¹⁵⁹ Sendo 116 Acórdãos propriamente ditos, 8 Decisões e 25 Acórdãos de Relação.

Como os casos da base de dados preliminar vão até o final de 2018, os casos capturados nesta primeira expansão também foram julgados até 2018.

A segunda forma de expansão foi agregar à base de dados preliminar outros Acórdãos expedidos nos mesmos processos em foram proferidos os Acórdãos daquela base de dados. Este procedimento tornou-se possível pelo fato de o TCU disponibilizar, em seus casos, o número do processo nos qual o Acórdão é expedido. Com isso, foi possível conferir outros Acórdãos expedidos nos mesmos processos dos Acórdãos da base de dados inicial e os incluir na análise. O racional desta adição foi permitir examinar um processo do Tribunal de Contas da União do início até o fim, de forma a considerar na maior extensão possível a análise efetuada pelo Tribunal em determinado processo.

Esta segunda adição, diferentemente da primeira, não está sujeita a restrições temporais, haja vista que a utilização do filtro por número de processo permite chegar a todos os Acórdãos posteriores àqueles constantes da base de dados preliminar, proferidos no mesmo processo. Mesmo assim, a ideia inicial era não incluir os casos posteriores a 2018, de forma a manter a limitação temporal iniciada. Contudo, durante a análise de casos, foi constatado que seria interessante para a pesquisa a inclusão de 4 (quatro) Acórdãos específicos referentes a 2019, tanto para a análise quantitativa quanto para a qualitativa. Assim, sua inclusão na base de dados, ao revés de os desconsiderar como os demais acórdãos, resultou de opção subjetiva do autor.¹⁶⁰

Dessa forma, *ressalta-se que a base de dados final utilizada nesta dissertação é composta por 200 (duzentos) Acórdãos*, que foram obtidos de 3 maneiras: (i) inicialmente, pela utilização do termo de pesquisa “ANTT” no campo “*entidade*” da ferramenta de pesquisa do TCU, chegando-se a 149 Acórdãos; sendo os demais 51 acórdãos adicionados (ii) pela inclusão de Acórdãos citados na primeira leva de acórdãos analisados, e (iii) pela inclusão de Acórdãos expedidos nos mesmos processos em que a primeira leva de acórdãos.

Dos 418 acórdãos expedidos pelo Tribunal no controle da ANTT até 2018 (obtidos pela pesquisa inicial), foram analisados 196 deles (excluindo-se os 4 de 2019), o que corresponde a cerca de 47% do total de casos indexados no *site* do Tribunal. Assim, reputa-se

¹⁶⁰ Tratam-se dos seguintes Acórdãos: (i) Acórdão 1366/2019, incluído por ser um dos poucos casos em que há aplicação da penalidade de multa no controle da ANTT; (ii) Acórdão 2175/2019, incluído por se referir a um pedido de reexame efetuado pela ANTT; (iii) Acórdão 2246/2019, incluído por se referir a pedido de reexame feito pelo MPTCU; e (iv) Acórdão 2443/2019, considerado de relevância por integrar processo de grande interesse para a análise qualitativa (qual seja, o caso da “Nova Subida da Serra”).

que a base de dados final ora analisada é suficiente para uma descrição adequada sobre a atuação do TCU no controle da ANTT.

Não obstante, é necessário apresentar uma ressalva sobre a base de dados utilizada, devido a uma diferença relevante em relação à totalidade dos 418 localizados, referente à menor prevalência dos chamados Acórdãos de Relação.

2.1.2. Acórdãos de Relação e ressalva em relação à capacidade de a base de dados final descrever a totalidade do comportamento do TCU perante a ANTT

Este tópico se destina a explicar o que são os denominados Acórdãos de Relação, e expor a diferença na proporção de Acórdãos de Relação entre a base de dados total de casos localizados do TCU envolvendo a ANTT até 2018 (418 Acórdãos) e a base de dados final adotada nesta dissertação (200 Acórdãos).

O termo “Acórdão de Relação” se refere aos processos julgados mediante Relação, instituto presente no Regimento Interno do TCU pelo menos desde 1993.¹⁶¹ Pelo que se pode compreender, trata-se de processos nos quais há um julgamento simplificado, em casos específicos – como legalidade da admissão de pessoal ou legalidade de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão – ou em casos em que o Ministro Relator concorda com a avaliação dos pareceres das unidades técnicas e solicita sua inclusão em relação. Ao que parece, há um julgamento em bloco – ao invés de votar individualmente, os ministros do TCU aprovam o julgamento dos processos constantes de relação de forma conjunta. Ou seja, parece tratar-se de um expediente voltado para decisões e casos mais simples, com a finalidade de agilizar seu julgamento pelo TCU.

As regras aplicáveis a quais processos podem constar ou não de Relação é fixada no Regimento Interno do TCU. Elas sofreram algumas variações ao longo do tempo. Desde a Constituição de 1988, o TCU teve vigentes os seguintes Regimentos Internos: o de 1977, o de 1993, o de 2002 e o atual de 2011,¹⁶² cada um sofrendo ainda modificações por Resoluções esparsas ao longo do tempo. No atual Regimento Interno de 2011, a matéria é tratada em seu art. 143. Em síntese, ressalta-se que é permitido ao ministro Relator submeter o processo para julgamento mediante relação, seja ao Plenário ou às Câmaras, nos seguintes casos, quando estiver de acordo com os pareceres das unidades técnicas: I – prestação ou tomada de contas em que não haja irregularidade; II – atos de pessoal (admissão e concessão de aposentadoria, reforma ou pensão) quando não houver controvérsias; III – auditorias e inspeções, IV –

¹⁶¹ Cf. o teor do art. 79 do Regimento Interno do TCU de 1993: “Art. 79. O Relator submeterá às Câmaras, mediante Relação, os processos em que estiver de acordo com os pareceres do Titular da Unidade Técnica e do Representante do Ministério Público, desde que ambos se tenham pronunciado pela regularidade das contas, pela regularidade com ressalva, pela legalidade da admissão de pessoal ou pela legalidade da concessão de aposentadoria, reforma ou pensão”.

¹⁶² O Regimento Interno de 1977 foi aprovado pela Resolução Administrativa nº 14, de 12 de dezembro de 1977; o Regimento Interno de 1993, pela Resolução Administrativa TCU nº 15/93; o Regimento Interno de 2002, pela Resolução 155, de 4 de dezembro de 2002 e o Regimento Interno de 2011, pela Resolução TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011.

recursos de processos já incluídos em relação; V – outros casos, como arquivamento, apensamento de processos e adoção de medida saneadora. Ademais, é importante ressaltar que qualquer ministro ou representante do Ministério Público poderá solicitar votação em separado dos processos em relação (§1º do art. 143); e que há uma lista extensa de matérias que não poderão constar de relação, entre eles os casos de aplicação de multa, solicitações do Congresso Nacional e auditoria operacional (§4º do art. 143).

Corroborando para a constatação de que os Acórdãos de Relação são voltados para julgamento de questões mais simples e com mais agilidade o fato de que, na ordem estabelecida para as sessões de julgamento do TCU, o Regimento Interno prevê o seu início pelos Acórdãos de Relação (art. 137, *caput*), sendo na sequência ouvidas eventuais sustentações orais e julgados individualmente os demais processos.¹⁶³ Ou seja, a ideia parece ser limpar a pauta do julgamento dos casos de menor importância, para, na sequência, o Tribunal passar à avaliação dos demais processos, a serem julgados e votados individualmente.

Importante ressaltar que nos Acórdãos de Relação (ou seja, aqueles que trazem o resultado de julgamento dos processos selecionados para julgamento mediante relação, na forma do art. 143 do Regimento Interno do TCU) *é divulgado um número menor de informações sobre os casos*, em consonância com o art. 69 do atual Regimento Interno do TCU. O art. 69 dispensa, nos Acórdãos de Relação, a presença do relatório, excluindo assim os pareceres da unidade técnica e do Ministério Público junto ao TCU.¹⁶⁴ Ademais, também encontra-se dispensada a presença de voto específico para os Acórdãos de Relação, conforme previsto no §3º do art. 143 do Regimento Interno.¹⁶⁵ Ou seja, os Acórdãos de Relação contêm

¹⁶³ Regimento Interno do TCU, art. 137: “**Art. 137. O julgamento ou apreciação pelas câmaras começará com os processos constantes de Relação, seguindo-se os processos que contenham pedido de sustentação oral e, depois, os demais processos incluídos em pauta, de acordo com a competência estabelecida no art. 17, divididos por classes de assuntos, conforme sua natureza, com observância da antiguidade dos ministros e ministros-substitutos, os quais relatarão todos os seus processos em conjunto, com a observância da seguinte ordem preferencial:**” (grifou-se)

¹⁶⁴ Regimento Interno do TCU: “**Art. 69. São partes essenciais das deliberações do Tribunal: I – o relatório do relator, de que constarão, quando houver, o teor integral da parte dispositiva da deliberação recorrida quando se tratar de recurso, as conclusões da equipe de fiscalização, ou do servidor responsável pela análise do processo, bem como as conclusões dos pareceres das chefias da unidade técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal, *afora para os processos constantes de Relação, segundo as hipóteses do art. 143;*” (grifou-se)**

¹⁶⁵ Segundo o §3º do art. 143, apenas em casos bem específicos como de rejeição de alegações de defesa e negativa de prorrogação de prazo, serão exigidas a presença de “*considerandos*” para descrever fatos e elementos indispensáveis ao juízo de mérito. Tais itens constituem menos que um voto propriamente dito, propiciando uma descrição muito sumária do ocorrido. Confirma-se, a seguir, o referido dispositivo do Regimento Interno: “**Art. 143 (...) § 3º O acórdão proferido em processos constantes de Relação, em que haja deliberação pela rejeição das alegações de defesa, pela irregularidade de contas, pelo não conhecimento de recurso ou pela**

no máximo alguns “considerandos” expondo as questões de fato e de Direito tratadas no processo.

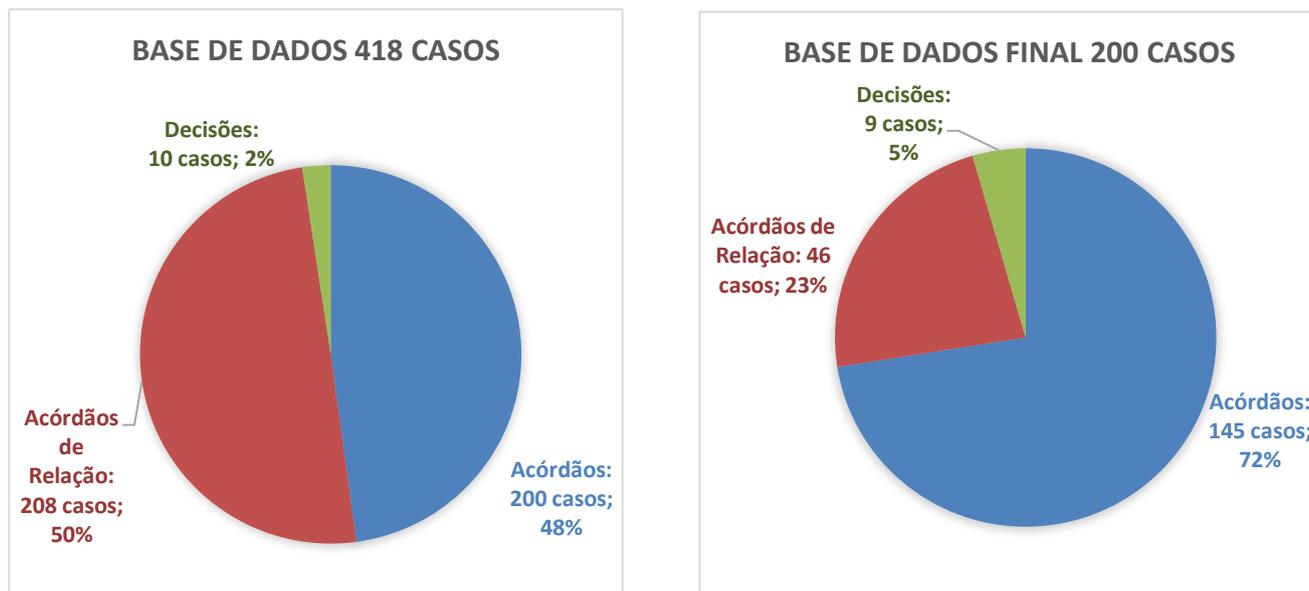
Assim, acerca da disciplina sobre a inclusão de processos para julgamento em relação prevista no Regimento Interno do TCU, são extraídas duas conclusões sobre os Acórdãos de Relação: (a) eles se prestam para a tomada de decisões em processo de teor mais simples, em que haja convergência entre a avaliação do TCU e a feita pela unidade técnica, tendo o propósito de facilitar e agilizar os julgamentos do Tribunal; e (b) o TCU divulga menos informações sobre eles.

Explicado o que são Acórdãos de Relação e sua diferença para os demais tipos de Acórdãos, cumpre esclarecer que a base de dados adotada possui uma proporção muito menor de Acórdãos de Relação do que a base de dados completa. Este esclarecimento se impõe pelo fato de que, na base dados total de 418 (quatrocentos e dezoito) Acórdãos originalmente localizada, há 208 (duzentos e oito) Acórdãos de Relação, 200 (duzentos) Acórdãos e 10 (dez) decisões – ou seja, praticamente a metade dos casos (49,76% deles) é composta por Acórdãos de Relação.

Por outro lado, na base de dados final de 200 (duzentos) Acórdãos ora objeto de análise, há apenas 46 (quarenta e seis) Acórdãos de Relação, 145 (cento e quarenta e cinco) Acórdãos e 9 (nove) Decisões – ou seja, os Acórdãos de Relação compõem apropriadamente um quarto (de forma específica, 23,00 %) da base de dados Confira-se a diferença nos gráficos abaixo:

Gráfico 1- Comparação entre a composição dos Acórdãos na base de dados com 418 casos e na base de dados final de 200 casos

denegação de pedido de recolhimento parcelado de dívida ou de prorrogação de prazo, ou, ainda, pela ilegalidade do ato de admissão ou concessão previsto na parte final do inciso II deste artigo, conterà os considerandos nos quais estarão descritos todos os elementos e fatos indispensáveis ao juízo de mérito.”



Fonte: Elaboração própria.

A diferença entre o percentual de Decisões e Acórdãos não apresenta relevância, visto que “Decisão” era um termo adotado até 2003 para alguns tipos de deliberação do TCU, que terminou sendo substituído por “Acórdão”. A “Decisão” era um tipo específico de formalização das decisões do TCU, previsto nos Regimentos Internos do TCU de 1993 e 2002, para alguns tipos específicos de deliberação.¹⁶⁶ No entanto, a classificação de deliberações como “Decisão” foi abolida pela Resolução TCU nº 164, de 08/10/2003, que alterou o Regimento Interno de 2002 e, em seu art. 2º, passou a adotar apenas o termo “Acórdão” para deliberações em matéria de competência do TCU em casos concretos, não classificadas nos demais incisos.¹⁶⁷ Assim, os casos que antes eram referidos como decisão

¹⁶⁶ A diferença é estabelecida no Regimento Interno do TCU de 2002, em seu art. 80, incisos V e VI. Em síntese, era cabível Acórdão na decisão definitiva em processos de tomada ou prestação de contas, e ainda nos processos com aplicação de multas, sendo a “Decisão” cabível nos demais casos.

Cf. o referido artigo: “Art. 80. As deliberações do Plenário e, no que couber, das Câmaras, terão a forma de: (...)

V - Acórdão, quando se tratar de decisão definitiva em processo de tomada ou prestação de contas e ainda de decisão da qual resulte imposição de multa em processo de fiscalização a cargo do Tribunal, devendo conter: a) a primeira parte do Acórdão, a decisão de mérito; b) a segunda parte, as determinações previstas no parágrafo único do art. 158 deste Regimento, além de outras providências cabíveis; VI - Decisão, nos demais casos, especialmente quando se tratar de: a) deliberação preliminar ou de natureza terminativa; b) apreciação da legalidade, para fins de registro, dos atos de admissão de pessoal, bem como das concessões de aposentadorias, reformas e pensões a que se refere o inciso VIII do art. 1º deste Regimento; c) inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, inidoneidade de licitante e adoção de medidas cautelares, previstas nos arts. 222 a 225 deste Regimento; d) determinação de realização de inspeções e auditorias e da apreciação de seus resultados; e) matérias e questões de natureza administrativa; f) Enunciado de Súmula de Jurisprudência do Tribunal.”

¹⁶⁷ No art. 2º da Resolução 164 de 2003, nota-se a ausência do termo “Decisão”, que foi suprimido deste e dos futuros regimentos internos do Tribunal.

passaram, a partir da Resolução TCU nº 164/2003, a serem referidos como “Acórdãos”, não sendo o termo mais usado.

Por outro lado, é relevante a diferença no percentual do número de Acórdãos de Relação em ambas as bases de dados, eis que este percentual é mais de *duas vezes superior* na base de dados de 418 Acórdãos.

Isso faz com que a base de dados final de 200 casos ora adotada não seja completamente representativa de toda a atuação do TCU sobre a ANTT, o que leva a limitações metodológicas na construção de inferências.

Tais limitações são de dois tipos. A primeira é que, tendo sido captado um menor número percentual de casos de maior simplicidade na atual pesquisa, é provável que haja uma sub-representação dos processos e deliberações de tipos mais simples envolvendo o controle da ANTT pelo TCU. Notadamente, é possível esperar um número menor de decisões envolvendo matéria de pessoal (atos de admissão, reforma e aposentadoria), que constituem o controle da área-meio da ANTT. Conseqüentemente, haverá um número maior de casos sobre o controle da área-fim da ANTT, do que realmente ocorre na atividade do TCU.

A segunda é que haverá um menor número de decisões pelo arquivamento ou apensamento de processos, correção de erros materiais, prorrogação de prazos e prestação de contas considerada regular. Ou seja, além de menos casos de controle sobre as atividades-meio da ANTT, verifica-se, na base de dados adotada, menos casos em que o TCU não tomou efetivamente providências em relação à ANTT, por ser menor o número de casos de Acórdãos de Relação, nos quais, pela restrição quanto a matéria que pode ser julgada e no tipo de correções que podem ser efetuadas pelo TCU, é razoável esperar menor ingerência sobre as atividades da ANTT.

Por outro lado, um percentual maior de processos do tipo “Acórdão” e “Decisões” permite realizar uma análise mais aprofundada sobre como o TCU exerce o controle sobre a ANTT, visto que, por não conter nem o relatório nem o voto, não é possível extrair muitas informações do Acórdão de Relação. Assim, se, por um lado, a amostra não será totalmente representativa da atividade geral do Tribunal, justamente por excluir os casos mais simples, estando 75% da análise voltada para casos julgados mediante Acórdãos, será possível realizar uma análise mais precisa a respeito da atuação do TCU sobre a ANTT, haja vista que a maioria dos Acórdãos “comuns” expedidos pelo TCU no controle da ANTT até 2018 estarão sendo analisados. Com isso, será possível investigar de maneira mais precisa de que forma o TCU de fato controla a agência e se (e como) é feito o exercício de atividade regulatória pelo Tribunal.

Por fim, como medida de mitigação dos efeitos desta desproporção na representatividade de Acórdãos de Relação, *ressalta-se que este fato será levado em consideração durante a realização da análise dos dados coletados.*

2.1.3. Critérios utilizados para análise dos casos

Para analisar os 200 (duzentos) casos integrantes da base de dados final, foram utilizados critérios que veiculam dados ou informações específicas dos dados. Esses critérios são formados tanto por (a) campos já disponibilizados pelo TCU em seu *site*; quanto por (b) campos novos criados no decorrer das atividades de pesquisa, com base tanto em observações da literatura crítica ao TCU analisada no Capítulo 1, quanto em constatações feitas no decorrer na pesquisa.

Foram 11 (onze) *campos já disponíveis no site do TCU, utilizados como critérios da tabela de análise da base de dados final.*¹⁶⁸ Uma relação completa destes campos extraídos do site do TCU *está exposta em tabela em Anexo ao presente Trabalho, no Anexo 1 – Critérios de Pesquisa.*

Além desses campos, foram estabelecidos, ao longo da pesquisa empírica dos casos, *novos campos, que não se encontram presentes na base de dados do Tribunal, com a finalidade de analisar aspectos específicos dos casos.* A maioria dos campos estabelecidos é voltada à análise quantitativa, pelo estabelecimento de critérios que permitem contabilizar e observar características específicas de cada um. Neles, restringiu-se o preenchimento da tabela de análise dos casos a expressões pré-estabelecidas (por exemplo, “Sim”, “Não” e “não aplicável”, em alguns, e em outras um número limitado de classificações ou intervenções). Outros campos são voltados à análise qualitativa, e neles o texto a ser inserido não foi restrito. Nesses casos, a maioria deles será voltado à análise qualitativa (como por exemplo “Resumo do caso”, “Pontos Chave” e “Descrição – Detalhes”) embora em alguns casos os campos também sejam utilizados na análise quantitativa (por exemplo, o campo “explicação da relação com manifestação da unidade técnica”).

¹⁶⁸ São eles: (1) número do Acórdão; (2) Tipo de Acórdão; (3) Órgão decisório; (4) Processo Administrativo; (5) número de Acórdãos relacionados ao processo; (6) tipo de processo; (7) relator; (8) entidade avaliada – no caso, a ANTT; (9) unidade técnica do TCU atuante no processo; (10) dispositivo do Acórdão; (11) sumuário.

Assim, foram estabelecidos 21 (vinte um) novos campos na presente pesquisa.¹⁶⁹ A relação completa deles também está disponível no Anexo à presente dissertação, no *Anexo I - Critérios de Pesquisa, sendo apresentados os critérios inseridos na tabela que não foram extraídos diretamente de campos já disponíveis na base de dados do TCU*. Nele, cada critério é seguido de indicação sobre se o campo é de preenchimento restrito (ou seja, se as informações nele inseridas, os *inputs* possíveis, estão restritos por critérios pré-estabelecidos) e quais são esses critérios:

Portanto, tais 32 (trinta e dois) campos e critérios, acima aludidos e apresentados detalhadamente no Anexo I é que estruturam a análise a seguir exposta dos 200 (duzentos) Acórdãos que formam a base de casos adotada.

Os subitens a seguir apresentam os resultados que podem ser objeto de análise quantitativa, para expor o que se pôde extrair da base de casos e, assim, ter uma melhor compreensão acerca da forma pela qual o TCU efetua o controle sobre a ANTT – e se, e de que forma, verifica-se no âmbito deste controle o exercício de atividades regulatórias da ANTT pelo próprio TCU, ou a ingerência do Tribunal neste sentido.

2.2. Apresentação de critérios gerais sobre a base de dados

O presente tópico apresenta os dados básicos acerca da base de casos, de forma a fornecer um panorama geral sobre eles. Com esta finalidade, os critérios abaixo analisados são, majoritariamente, aqueles extraídos da própria base de dados do Tribunal.

Cada subitem abaixo segue a seguinte estrutura: inicialmente, é feita uma apresentação dos dados, por meio dos gráficos e tabelas aplicáveis; em seguida, segue uma breve análise e comentário sobre eles, ressaltando o que eles revelam sobre a atuação do TCU.

Com esta finalidade, os subitens a seguir apresentam: a proporção entre Acórdãos Comuns e Acórdãos de Relação; o número de acórdãos por ano; os Ministros relatores do

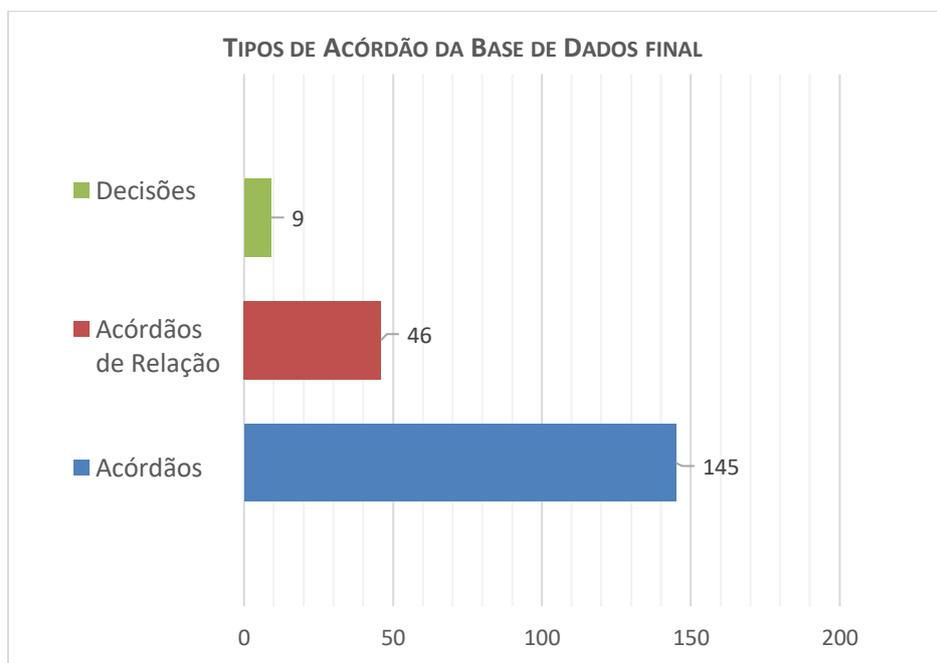
¹⁶⁹ São eles: (12) setor controlado; (13) há determinações ou recomendações à ANTT?; (14) número de determinações à ANTT; (15) número de determinações para encaminhar ou informar ao TCU; (16) número de recomendações à ANTT; (17) incide sobre atividades-fim da ANTT?; (18) detalhamento da incidência sobre as atividades-fim da ANTT; (19) há penalidade?; (20) tipo de penalidade; (21) há medida cautelar?; (22) explicação da medida cautelar; (23) Acórdão foi objeto de recurso?; (24) Acórdão é expedido em âmbito de recurso; (25) explicação sobre recursos; (26) pontos-chaves e observações; (27) grau de relevância; (28) descrição (detalhes); (29) o TCU acolheu a avaliação da Unidade Técnica; (30) explicação da relação do Acórdão com a manifestação da unidade técnica; (31) grau comparativo da intervenção entre Unidade Técnica e Tribunal; (32) há voto revisor ou divergente?.

TCU; se o Acórdão foi expedido por Câmara ou pelo Plenário do TCU; a unidade técnica do TCU que atuou no processo; e o tipo de processo, conforme a classificação feita pelo próprio Tribunal.

2.2.1. Acórdãos comuns e Acórdãos de Relação

Conforme exposto no item 2.1.2 acima, a base de dados é composta por 200 (duzentos) Acórdãos, do seguinte tipo: 9 (nove) Decisões (4,5%); 46 (quarenta e seis) Acórdãos de Relação (23,0%); e 145 (cento e quarenta e cinco) Acórdãos (72,5%). Confira-se a distribuição no gráfico abaixo:

Gráfico 2 – Tipos de Acórdão a base de dados final



Fonte: Elaboração própria.

Assim, nota-se uma maioria absoluta de Acórdãos e Decisões, e uma minoria de Acórdãos de Relação. Apesar da desproporção acima apontada em relação ao número total de Acórdãos de Relação envolvendo a ANTT prolatados até 2018 (que é de aproximadamente 50%), *reputa-se como positiva a maior proporção de Acórdãos e Decisões na atual base de dados, pelo maior número de informações que podem ser dele extraídas.*¹⁷⁰

Com isso, a maioria dos Acórdãos que compõem a base de dados possui um quantitativo relevante de informações a serem extraídas e analisadas.

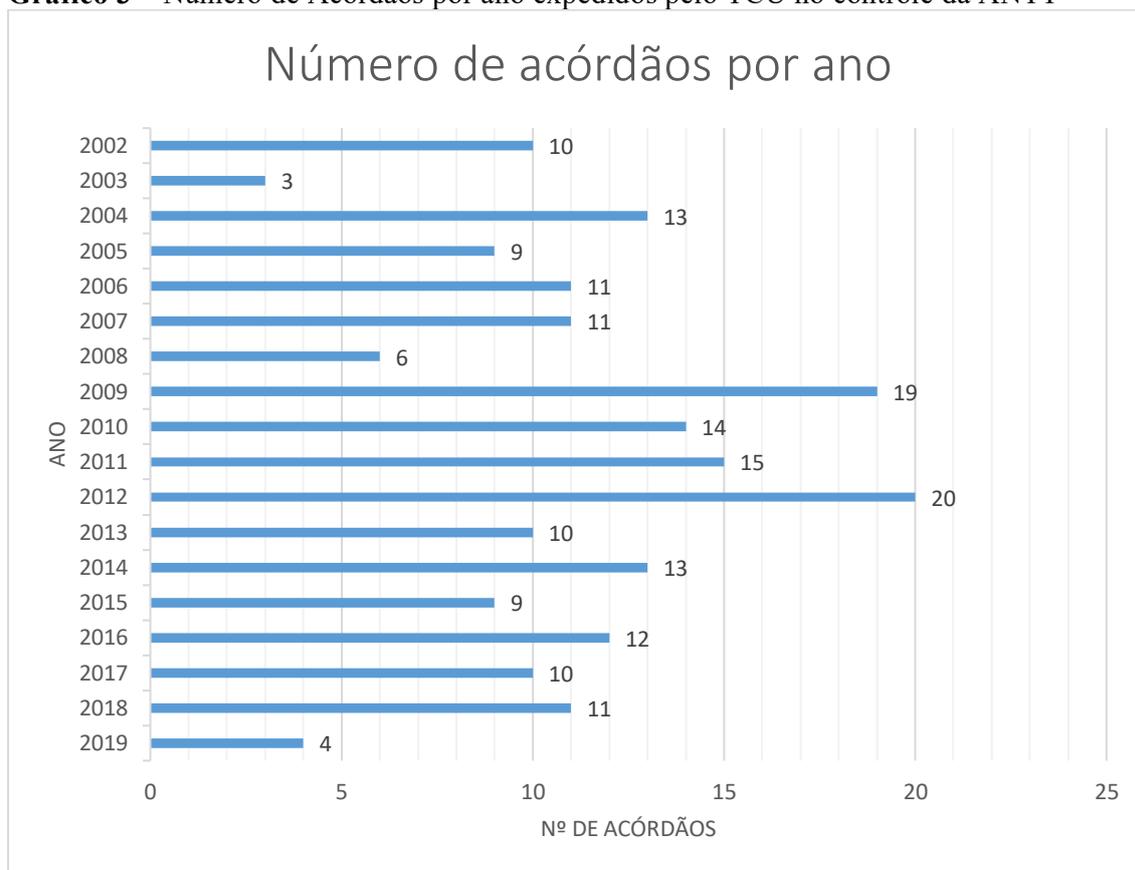
Ademais, dois fatos que chamam a atenção é que todas as Decisões são do ano de 2002, e que os Acórdãos de Relação só começaram a ser expedidos em relação à ANTT em 2009. Para o primeiro caso, a explicação é simples: tem-se que, em 2003, a classificação de deliberações do tipo “Decisão” foi abolida pela Resolução TCU nº 164/2003. No entanto, no segundo caso, não está claro porque os Acórdãos de Relação começaram a ser identificados apenas em 2009, haja vista que não foi verificada à época nenhuma alteração normativa no procedimento de seleção de processo para julgamento em relação, que está previsto pelo menos desde o Regimento Interno de 1993.

2.2.2. Ano da decisão: houve aumento do número de decisão com o passar dos anos?

Outro dado a ser apresentado a partir da base de dados é o ano em que os Acórdãos foram expedidos. Isso porque, conforme visto, uma das hipóteses aventadas nesta dissertação é a de que o TCU estaria intensificando sua atuação sobre as atividades-fim da ANTT, e uma das formas possíveis de o fazer seria expedindo um número maior de Acórdãos nos quais é exercido controle da agência.

Assim, na base de dados foi incluído campo para destacar o ano em que o Acórdão foi prolatado, cujo gráfico segue abaixo, e acompanha a evolução no número de acórdãos prolatados por ano.

¹⁷⁰ Conforme acima explicado, seguindo o indicado no Regimento Interno do TCU, o mecanismo de pesquisa do *site* do TCU sobre Acórdãos fornece pouquíssimas informações sobre os Acórdãos de Relação, sendo ausentes os seguintes elementos, que estão presentes nos demais Acórdãos: (i) Sumário (resumo do caso feito pelo próprio TCU, espécie de ementa do julgamento); (ii) Relatório, contendo o parecer da unidade técnica e eventual parecer do ministério público junto ao TCU; e (iii) voto do relator. Com isso, as informações só podem ser extraídas basicamente do campo “acórdão” propriamente dito, o que muitas vezes torna inviável identificar inclusive qual área da ANTT que está sendo objeto de controle.

Gráfico 3 – Número de Acórdãos por ano expedidos pelo TCU no controle da ANTT

Fonte: Elaboração própria.

Deste gráfico, devem ser excluídos os Acórdãos referentes ao ano de 2019, haja vista que sua inclusão não reflete de forma apropriada o volume de Acórdãos expedido pelo TCU em 2019. Pelos critérios inicialmente adotados para a seleção da base de dados, o ano de 2018 foi a data-limite estabelecida, sendo os Acórdãos de 2019 incluídos apenas de forma incidental.

Desconsiderando os 4 (quatro) Acórdãos de 2019, os dados revelam que o número de Acórdãos prolatados pelo TCU no controle da ANTT manteve-se mais ou menos constante entre 2002 e 2018, com apenas um pico no número de casos no período entre 2009 e 2012. Considerando que nestes 17 (dezessete) anos foram prolatados 196 Acórdãos integrantes da base de dados, a média aritmética objetiva é de 11,5 casos por ano.

Ora, ao longo dos anos, salvo exceções (notadamente, os anos de 2003 e 2008, para menos, e os anos de 2009 e 2012, para mais) *o número de Acórdãos julgados pelo TCU manteve-se surpreendentemente próximo a esta média calculada de 11,5 Acórdãos por ano.*

Dessa forma, considerando que houve um aumento no número de casos apenas entre 2009 e 2012, e que nos anos seguintes (2013 a 2018) o número de casos julgados manteve-se

próximo à média, não se pode afirmar que o número de Acórdãos prolatados pelo TCU esteja crescendo ao longo dos anos.

Logo, se há *aumento da intervenção do TCU sobre as atividades-fim da ANTT, ela não é decorrente da majoração do número de acórdãos* – haja vista que este volume se mantém mais ou menos constante desde 2002. *Neste raciocínio, será necessário avaliar outros critérios, para verificar se os dados apontam para um endurecimento do controle.*

Uma possível explicação para o aumento no número de Acórdãos entre 2009 e 2012 é o fato de que, no período, a ANTT estava terminando os processos de outorga de concessões rodoviárias correspondentes à 2ª Etapa do Programa Federal de Concessões Rodoviárias (“PROCOFE”) e conduzindo a outorga das concessões rodoviárias correspondentes à sua 3ª Etapa. Assim, este aumento pode ser explicado pelo maior número de análises e controle sobre o processo de outorga das concessões (fator externo ao TCU), e não propriamente por maior ímpeto controlador do Tribunal.

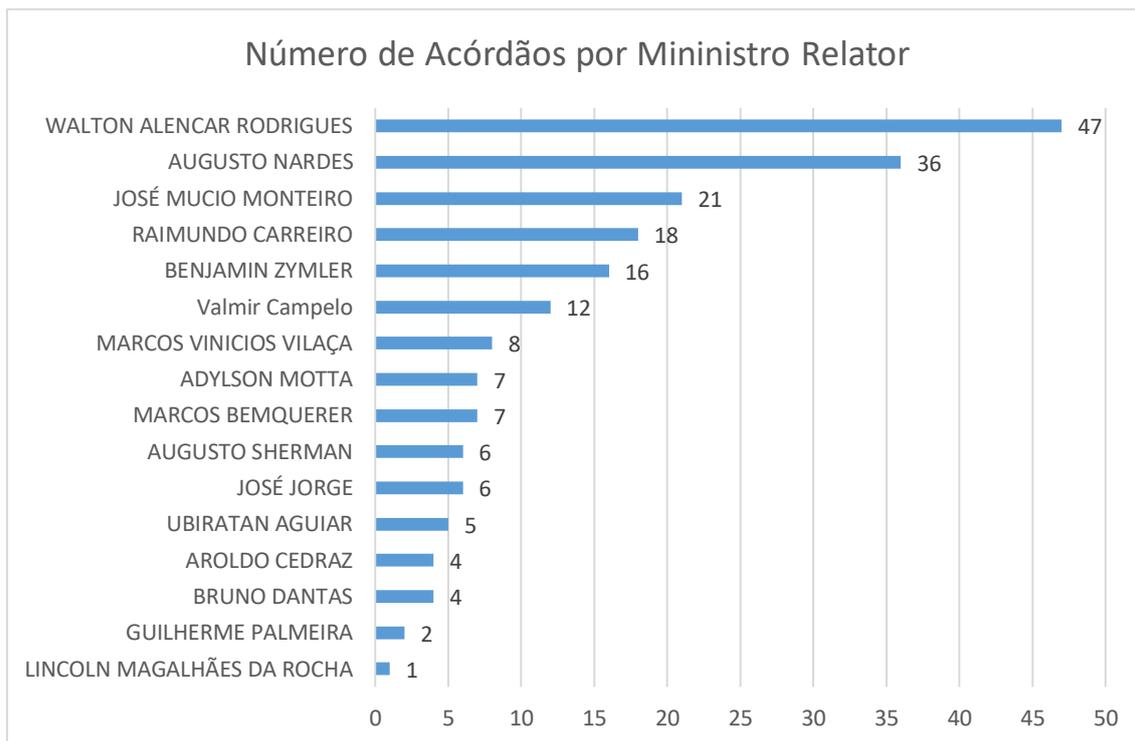
Pelo fato de a base de dados final, com 196 casos entre 2002 e 2018, não corresponder à totalidade da atuação do TCU no controle da ANTT (correspondente a 418 casos no período de 2002 a 2018), é cabível fazer a ressalva de que tal distribuição temporal eventualmente pode não se refletir no número total de casos. *Contudo, a análise desses 196 casos no período aponta para dados relevantes, cuja consideração já é devida.*

2.2.3. Ministro relator

Outra informação possível de extração da base de dados final *é sobre quem são os ministros relatores* dos casos envolvendo a ANTT. Embora na análise realizada nesta dissertação não se veja, de forma imediata, utilidade para esta informação, é interessante apontá-la, eis que pode ser útil para estudos posteriores sobre o Tribunal.

O que se percebe dos dados é uma concentração de número substancialmente maior de decisões nas mãos de alguns ministros. Confira-se:

Gráfico 4 - Ministros Relatores dos Acórdãos



Fonte: Elaboração própria.

Ou seja, apenas um ministro, Walton Alencar Rodrigues, do total de 16 (dezesseis) ministros identificados, foi relator em quase um quarto dos casos de controle sobre a ANTT. Este ministro, somado aos dois seguintes com maior número de relatorias (Augusto Nardes e José Múcio Monteiro), totalizam 104 (cento e quatro) Acórdãos, ou seja, mais de metade dos Acórdãos foi relatada por menos de 1/5 dos Ministros. *Com isso, observa-se que o controle da ANTT, em regra, esteve sujeito de forma mais específica a alguns ministros, ao invés de ao Tribunal como um todo.*

Vários fatores podem explicar esta discrepância de casos, e os principais são (i) *tempo de atuação no Tribunal*; e (ii) *os critérios internos de distribuição de processos*. Embora não seja objetivo desta dissertação aprofundar esta análise, cabe alguns breves comentários sobre o tema.

O tempo de Tribunal é questão evidente: quanto mais tempo determinada pessoa atuar como ministro, maior é o número de casos em que seja esperada sua relatoria. O Tribunal é formado de 9 (nove) ministros e os cargos são vitalícios, sujeitos apenas à aposentadoria compulsória. Nesse sentido, ressalta-se que o Min. Walton Alencar Rodrigues integra o TCU desde 1999 e continua trabalhando atualmente. Ou seja, ele atuou durante os 18 anos ora pesquisados. De forma semelhante, o Min. Augusto Nardes atua no Tribunal desde 2005, ou seja, por 13 anos. No entanto, este critério é insuficiente, eis que o Min. Benjamin Zymler,

por exemplo, atua no TCU desde 2001, e foi relator de menos Acórdãos que o Min. José Mucio Monteiro, integrante do TCU de 2009 até 2020.

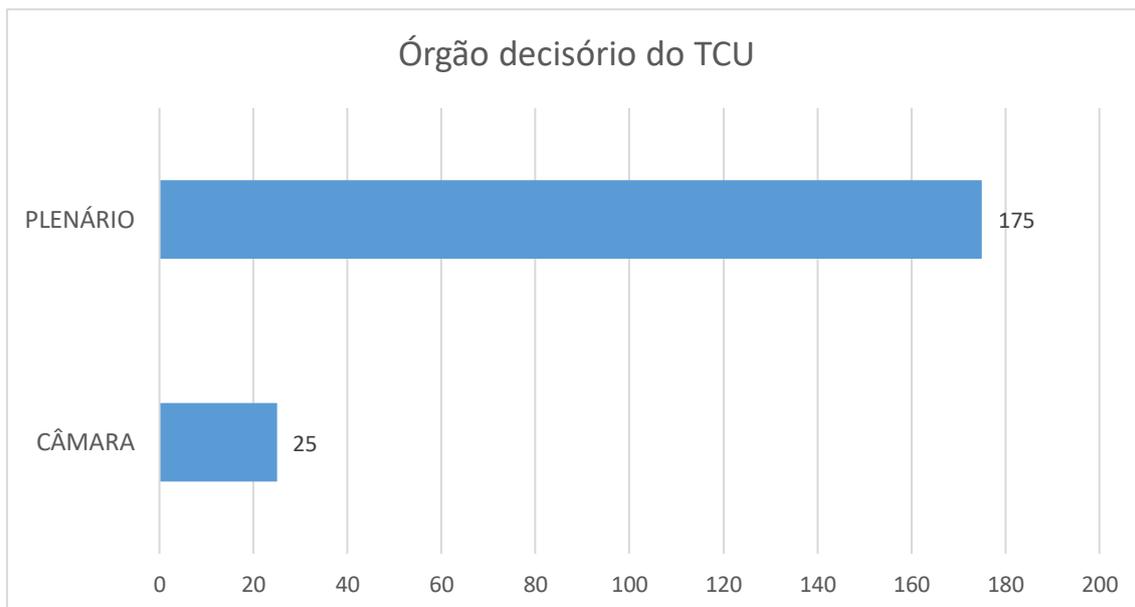
Assim, destaca-se a importância do segundo fator, qual seja, os critérios internos adotados para a distribuição de processos entre os Ministros. Atualmente, o Regimento Interno prevê que a cada biênio, haverá distribuição de unidades jurisdicionadas para determinados ministros – ou seja, áreas de atuação. Assim, é possível que os Ministros com maior número de casos tenham sido os escolhidos por período relevante como responsáveis pela unidade jurisdicionada na qual se encontra a ANTT. Contudo, como aprofundar este assunto não é um dos objetivos da presente dissertação, não se adentrará na análise dos critérios de distribuição entre os ministros.

2.2.4. Órgão decisório: câmara ou plenário?

Outro dado que pode ser extraído da tabela construída é qual o órgão do TCU responsável pelo julgamento: se o Acórdão foi expedido pelo Plenário do Tribunal, ou seja, por todos os 9 (nove) ministros reunidos; ou por uma das duas Câmaras, cada uma formada por 4 (quatro) ministros.¹⁷¹ Confirma-se a distribuição de casos entre as Câmaras e o Plenário a seguir:

Gráfico 5 - Órgão decisório do TCU'

¹⁷¹ O ministro que não compõe nenhuma das câmaras é o Presidente do TCU, que exerce as atribuições próprias da presidência.



Fonte: Elaboração própria.

Assim, percebe-se que exatamente 87,5% dos processos da ANTT analisados na base de dados foram julgados pelo Plenário, e apenas 12,5% pelas câmaras. Ou seja, quase todos os processos são apreciados pelo Plenário do Tribunal.

Desses dados, pode-se extrair que os assuntos tratados no controle da ANTT têm sua competência para julgamento atribuída pelo Regimento Interno do TCU majoritariamente ao Plenário (prevista no art. 15), em relação à competência das câmaras (prevista no art. 17). Não obstante, destaca-se que referida constatação não possui maiores implicações para esclarecer a forma pela qual o Tribunal exerce o controle sobre a ANTT, nem sobre as agências reguladoras de forma geral.

2.2.5. Unidade técnica atuante nos processos

Pela expressão “unidade técnica”, estamos nos referindo ao órgão administrativo integrante da Secretaria do TCU que é responsável pela instrução do processo, apresentando para o Tribunal um parecer opinativo com proposta de acórdão.¹⁷² As principais funções nas unidades técnicas são exercidas pelos *auditores do TCU*, cargo de provimento efetivo e

¹⁷² Conforme previsto no art. 47 do Regimento Interno do TCU: “Art. 47. O processo será instruído pela unidade administrativa competente da Secretaria do Tribunal e conduzido pelo Presidente até que seja sorteado o relator.”

seleção por concurso público, de remuneração elevada, com reputação de serem profissionais competentes e de caráter técnico, com especialização na área na qual atuam.

Conforme relatado acima, no subitem 1.6 do Capítulo 1, uma das constatações feitas pela literatura crítica é a de que o TCU, na grande maioria dos casos, concorda com a avaliação das unidades técnicas, seguindo total ou parcialmente (ou seja, com mudanças apenas pontuais) a proposta de encaminhamento por ela apresentada, que é a minuta de parte dispositiva do Acórdão encaminhada à apreciação do Tribunal. Assim, especial atenção foi dada, na pesquisa, à investigação da atuação feita pelas unidades técnicas nos Acórdãos em questão, iniciando por mapear a unidade técnica atuante em cada caso.

No período ora em análise (2002-2019), a Secretaria do TCU e, portanto, as unidades técnicas passaram por várias alterações organizacionais, que afetaram as unidades técnicas responsáveis por atuar nos processos envolvendo a ANTT. A Secretaria do TCU passou por ao menos 8 (oito) estruturas diferentes,¹⁷³ fixadas por resoluções que datam dos anos de 2000 até 2018,¹⁷⁴ com diferentes organizações da Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex), na qual ficam alocadas as unidades técnicas que atuam nos processos do controle do Tribunal.¹⁷⁵

Logo, pelo número de modificações efetuado na estrutura da Secretaria do Tribunal e da Segecex, é impraticável detalhar os diferentes arranjos organizacionais de unidades técnicas que se deram no período. Não obstante, destaca-se que a Segecex sempre foi organizada de forma temática, havendo unidades técnicas específicas para tratar de determinados assuntos.

No tocante ao controle das atividades exercidas pela ANTT, já atuaram diferentes unidades técnicas, conforme a organização específica da Secretaria do Tribunal em cada período. Por exemplo, as Resoluções de 2000, 2006 e 2008 previam a atuação da Secretaria de Fiscalização de Desestatização – SEFID, com a finalidade de *“fiscalizar e avaliar as privatizações de empresas estatais, a outorga de serviços públicos e a execução dos*

¹⁷³ A expressão “ao menos 10” advém do fato que foram identificadas 10 Resoluções principais fixando a estrutura da Secretaria do TCU; porém, muitas delas sofreram alterações parciais, que podem ter modificado as competências das unidades técnicas atuantes no controle da ANTT.

¹⁷⁴ As Resoluções internas do TCU que dispõem sobre a estrutura e competência das unidades da Secretaria do Tribunal de Contas da União vigentes de 2002 até 2019 são as seguintes (i) Resolução nº 140 de 13 de dezembro de 2000; (ii) Resolução nº 199 de 28 de dezembro de 2006; (iii) Resolução nº 214 de 20 de agosto de 2008; (iv) Resolução nº 240 de 23 de dezembro de 2010; (v) Resolução nº 253 de 21 de dezembro de 2012; (vi) Resolução nº 266 de 30 de dezembro de 2014; (vii) Resolução nº 284 de 30 de dezembro de 2016; e (viii) Resolução TCU nº 305 de 28 de dezembro de 2018.

¹⁷⁵ Atualmente, a organização da Secretaria do TCU e da Segecex é fixada pela Resolução-TCU nº 324 de 30 de dezembro de 2020. Por isso, ela não aparece na presente pesquisa.

respectivos contratos” (grifou-se)¹⁷⁶, sendo esta a unidade técnica responsável pelo controle das outorgas de concessões rodoviárias, ferroviárias e permissões de transporte público interestadual feitas pela ANTT. Na Resolução de 2010, a SEFID passou a denominar-se secretaria de desestatização e regulação, e foi dividida em duas unidades técnicas (Sefid-1 e Sefid-2), tendo sua área sido ampliada, incluindo também a regulação setorial e a atuação dos entes reguladores em setores de infraestrutura, logística e saúde suplementar – possivelmente, para atuar melhor no controle das agências reguladoras.¹⁷⁷ No Regulamento de 2012 e atos normativos correlatos, a Sefid-1 passou a ser denominada Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação de Transportes – SefidTransp, atuando no controle da ANTT, e a Sefid-2 passou a ser a Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação de Energia e Comunicações (SefidEnergia).¹⁷⁸

Mais recentemente, a partir da estruturação dada pela Resolução TCU nº 255/2014, a antiga SEFID passou a ser a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura – SEINFRA, com subdivisões de acordo com o setor, passando a atuar no controle da ANTT de forma mais proeminente a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária (SeinfraRodovia) e a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária (SeinfraHidroFerrovia).¹⁷⁹ Esta estrutura, de forma geral, foi mantida nas Resoluções e Portarias do TCU subsequentes, até o final da atual pesquisa.

Além das supracitadas unidades técnicas com especialização setorial, o TCU possui também unidades técnicas encarregadas de avaliação transversal sobre determinado assunto, que atuam em diversos setores. Exemplos são a Secretaria de Fiscalização de Pessoal – Sefip,

¹⁷⁶ Resolução TCU nº 140 de 2.000, art. 26.

¹⁷⁷ Resolução TCU nº 240 de 2010: “Art. 43. As secretarias de fiscalização de desestatização e regulação têm 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, de logística e de saúde suplementar, da execução dos respectivos contratos, da regulação setorial, da atuação dos entes reguladores e das privatizações de empresas estatais.”

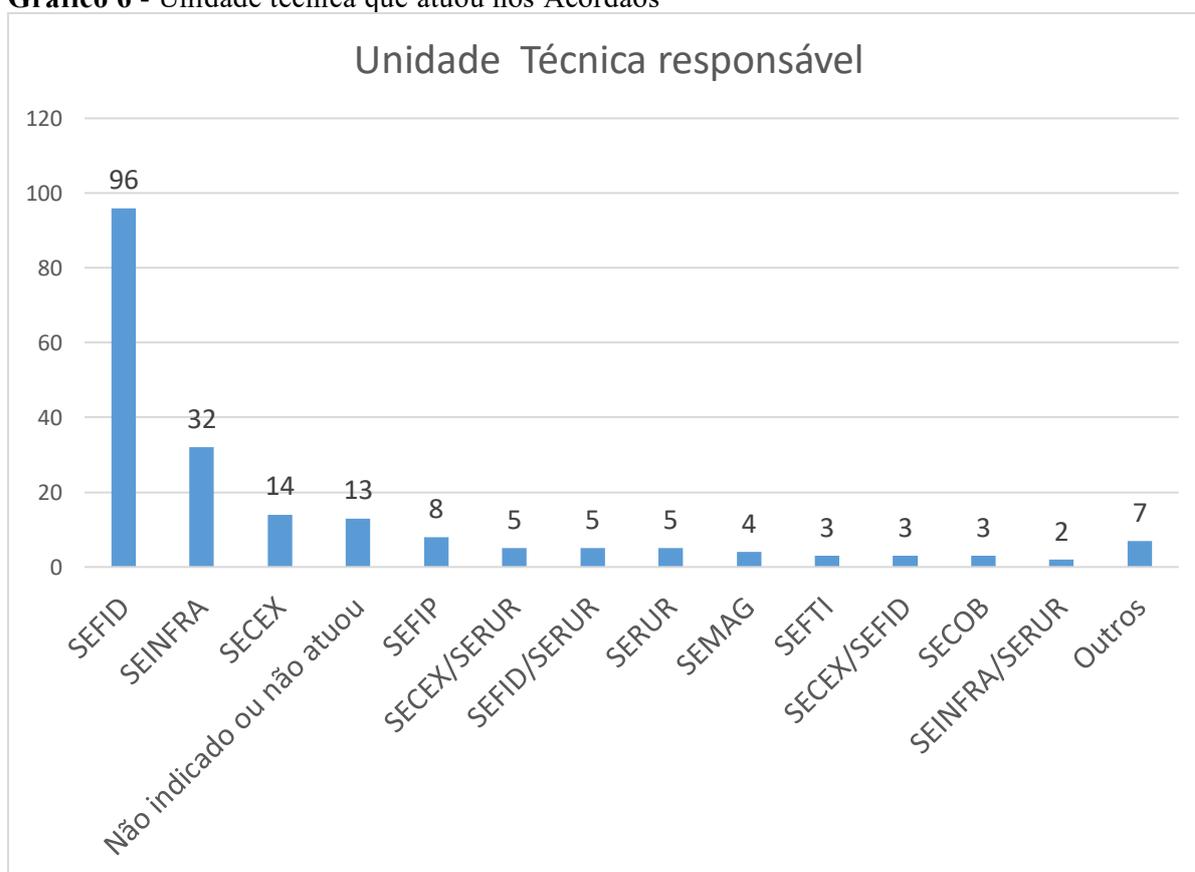
¹⁷⁸ A organização da Secretaria do Tribunal feita pela Resolução TCU nº 253 de 2012 foi acompanhada da reorganização da “estrutura, vinculação e denominação das unidades integrantes da Secretaria do Tribunal de Contas da União” pela Portaria TCU nº 329 de 2012. Nela, seu art. 4º dispõe sobre a estrutura da Segecex, criando a SefidTransp e a SefidEnergia em seu art. 4º, IV, g) e h).

¹⁷⁹ Portaria TCU nº 19/2015, que ao regulamentar a Resolução TCU nº 266/2014, estabeleceu o grupo das unidades técnicas relacionadas à infraestrutura entre as “dezenove secretarias de controle externo de âmbito nacional”, em seu art. 2º, III, m) a s): “m) Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrbana); n) Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária (SeinfraRodovia); o) Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica (SeinfraElétrica); p) Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária (SeinfraHidroFerrovia); q) Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Aviação Civil e Comunicações (SeinfraAeroTelecom); r) Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Petróleo, Gás Natural e Mineração (SeinfraPetróleo); e s) Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOperações).”

que atua em processos relacionados ao exame e fiscalização de atos de admissão e concessão de aposentadoria, reforma e pensão; a Secretaria de Recursos – Serur, com a função de assessorar os ministros em casos de recursos interpostos em processos de controle contra Acórdãos do Tribunal (como pedidos de reexame); e a Secretaria de Fiscalização de Tecnologia de Informação – Sefit, que atua em casos com relação a este campo de TI.

Feita essa explicação, o gráfico abaixo elenca as unidades técnicas do TCU atuantes no controle da ANTT.

Gráfico 6 - Unidade técnica que atuou nos Acórdãos¹⁸⁰



Fonte: Elaboração própria.

Assim, percebe-se que a responsável pelo maior número de instruções foi a Secretaria de Fiscalização de Desestatização (Sefid), com 96 Acórdãos (incluindo tanto os casos da Sefid única até 2008 quanto a Sefid-1 a partir de 2008 e a SefidRodovias a partir de 2012), seguidas pela Secretaria de Infraestrutura (tanto a SeinfraRodovias quanto a SeinfraHidroFerrovias) com 32 casos e pela Secretaria de Controle Externo (Secex), com 14

¹⁸⁰ O grupo “Outros” se refere àquelas unidades técnicas (ou combinação de unidades técnicas) que atuaram em apenas 1 (um) caso.

Acórdãos, com competências residuais. Na sequência, observa-se também em menor número a atuação da a Secretaria de Recursos (Serur), com 17 Acórdãos (somando os casos que atuou sozinha com aqueles em que atuou em conjunto com a Secex, Sefid e Seinfra), e Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefid), com 8 Acórdãos. Com menor número de Acórdãos, tem-se a Secretaria de Macro avaliação Governamental (SEMAG), com 4 Acórdãos, a Secretaria de Fiscalização de Tecnologia de Informação (Sefit), com 3 Acórdãos, e a Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secob), também com 3 Acórdãos.

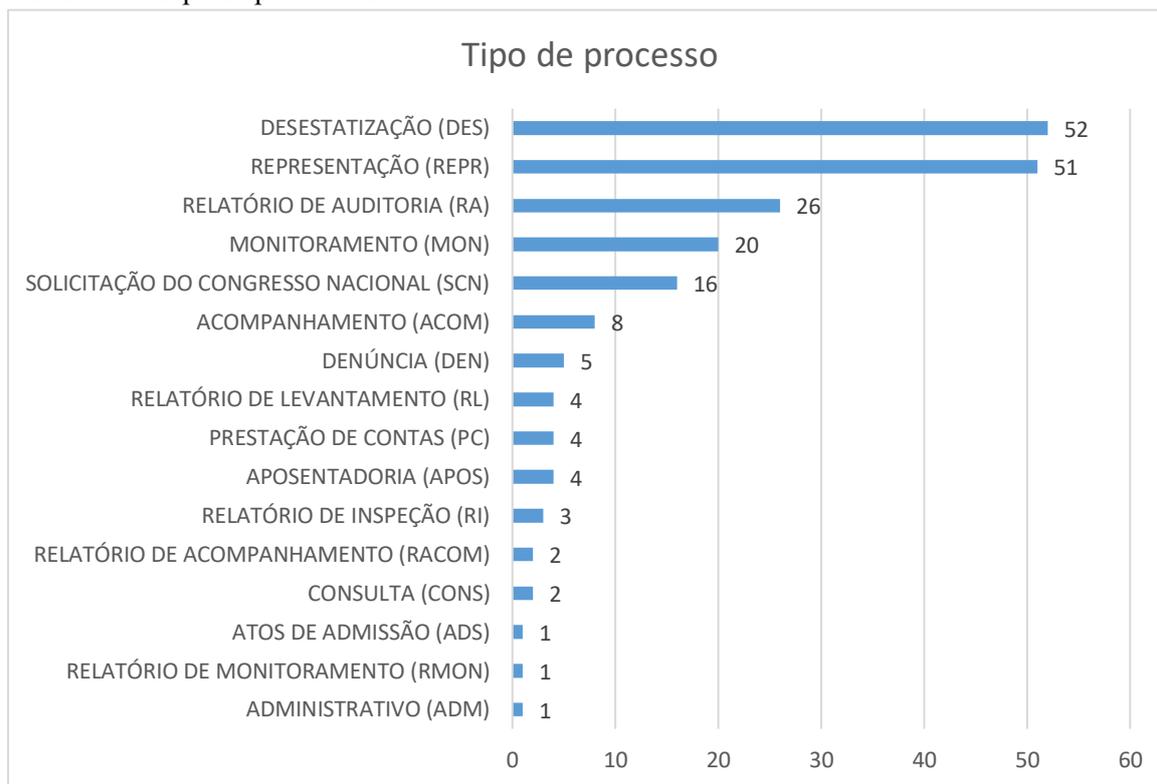
Percebe-se que as unidades técnicas que atuaram no controle da ANTT são sobretudo aquelas voltadas à fiscalização e controle das atividades-fim, quais sejam, as instâncias da SEFID (fiscalização de desestatização e posteriormente de regulação) e da SEINFRA (fiscalização de infraestrutura rodoviária e ferroviária). A diferença entre o número de ambas se deve, possivelmente, ao fato de as unidades técnicas que atuaram no controle específico das atividades da ANTT terem sido denominadas de SEFID entre 2002 e 2014, e de SEINFRA apenas entre 2015 e 2019.¹⁸¹ Juntas, elas atuaram em 128 (cento e vinte e oito) Acórdãos – ou 64% do total.

Por si, tais dados não informam muito, mas são interessantes de observar para verificar qual a unidade técnica que instrui os julgamentos de casos envolvendo a ANTT.

2.2.6. Tipo de processo

Quanto ao tipo de processo, foram identificados entre os 200 (duzentos) Acórdãos da base de dados um total de 16 (dezesesseis) tipos, conforme exposto no gráfico abaixo.

¹⁸¹ Considerando que Resolução TCU nº 255/2014 é de 30 de dezembro de 2014, e que a Portaria nº 19/2015 que estabeleceu a SEINFRA é de 06 de janeiro de 2015.

Gráfico 7 – Tipo de processo nos Acórdãos

Fonte: Elaboração própria.

Essas categorias são assinaladas pelo próprio Tribunal em sua base de dados, e dizem respeito ou à *origem* do processo, ou à *atribuição* específica exercida pelo Tribunal, de acordo com o previsto em seu Regimento Interno.

O principal tipo de processo analisado pelo TCU em relação à ANTT é o referente às *Desestatizações*, ou seja, o controle sobre a outorga de serviços públicos feitos pela agência, no caso, sendo tanto de concessões rodoviárias, concessões ferroviárias e transporte interestadual de passageiros. Esse tipo de processo, com 52 Acórdãos, corresponde a mais de 25% das atividades de controle do TCU sobre a ANTT.

Muito próximo às desestatizações, com 51 Acórdãos e assim também mais de 25% do número total de casos, estão as *representações*. Diferentemente da categoria desestatização, que se refere a uma atividade específica (a outorga de serviços públicos pela ANTT), a representação tem a ver com a provocação para início de um procedimento de fiscalização por algum dos representantes legitimados pelo art. 237 Regimento Interno do TCU, que incluem, entre outros, o Ministério Público da União, autoridades públicas de diferentes esferas federativas, órgãos de controle interno e órgãos do próprio TCU, como suas unidades

técnicas.¹⁸² Assim, é possível que haja uma representação, por exemplo, em matéria relacionada a desestatização. Tipicamente, a representação dá notícia de uma potencial irregularidade na atuação do órgão controlado, que o TCU irá fiscalizar.

O terceiro principal tipo de processo são os *relatórios de auditoria*, com 26 Acórdãos, ou 13% do total. Apresentada no Capítulo 1, a auditoria é o instrumento de fiscalização do Tribunal para exercer a legitimidade dos atos de gestão, sob os prismas contábil, orçamentário e patrimonial, bem como para avaliar de forma geral o desempenho do órgão ou entidade controlada sob os aspectos de economicidade, eficiência e eficácia, conforme previsto no art. 239 do Regimento Interno do TCU.¹⁸³

Em quarto lugar estão os *monitoramentos*, que são os processos instaurados pelo Tribunal para verificar o cumprimento de suas próprias decisões, conforme previsto no art. 243 do Regimento Interno.¹⁸⁴ Assim, é uma espécie de “*meta-processo*” ou “*meta-decisão*”, no qual o Tribunal avalia se a entidade controlada – no caso, a ANTT – está cumprindo o determinado pelo próprio TCU em outros Acórdãos. É comum que o TCU, após um Acórdão, realizar uma série de determinações e recomendações, determinando à unidade técnica acompanhar o cumprimento da decisão pela ANTT. Assim, posteriormente, em novo Acórdão – de acompanhamento – o TCU irá verificar o atendimento pela agência ao seu julgamento e, se for o caso, expedir novos comandos para o cumprimento dessas decisões. Isto é, o fato de haver 20 Acórdãos (ou 10% do total) expedidos dentro de processo de *monitoramento* indica que o TCU toma as ações sob seu alcance para garantir a observância às suas decisões.

¹⁸² Regimento Interno: “Art. 237. *Têm legitimidade para representar ao Tribunal de Contas da União:*
 I – o Ministério Público da União, nos termos do art. 6º, inciso XVIII, alínea c, da Lei Complementar nº 75/93;
 II – os órgãos de controle interno, em cumprimento ao § 1º do art. 74 da Constituição Federal;
 III – os senadores da República, deputados federais, estaduais e distritais, juízes, servidores públicos e outras autoridades que comuniquem a ocorrência de irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do cargo que ocupem;
 IV – os tribunais de contas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, as câmaras municipais e os ministérios públicos estaduais;
 V – as equipes de inspeção ou de auditoria, nos termos do art. 246;
 VI – as unidades técnicas do Tribunal; e
 VII – outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de lei específica.
 Parágrafo único. *Aplicam-se às representações os dispositivos constantes do § 1º e da segunda parte do § 2º do art. 234, do caput e do parágrafo único do art. 235 e dos arts. 250 a 252.*”

¹⁸³ Regimento Interno “Art. 239. *Auditoria é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para:*
 I – examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial;
 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;
 III – subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro.”

¹⁸⁴ Regimento Interno: “Art. 243. *Monitoramento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para verificar o cumprimento de suas deliberações e os resultados delas advindos.*”

O quinto e sétimo lugares no número de casos, respectivamente, *solicitação do Congresso Nacional*, com 16 Acórdãos (8%) e *Denúncia*, com 5 Acórdãos (2,5%), são semelhantes à *representação*, pois dizem respeito à origem do processo por provocação feita ao Tribunal. A diferença é que, no primeiro caso, como o nome indica, ocorre por pedidos e solicitações do Congresso Nacional, seja pelos Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, e por respectivas comissões legislativas (arts. 231 e 232 do Regimento Interno). Já no caso das denúncias, elas podem ser feitas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, para denunciar irregularidades ou ilegalidades (art. 234 do Regimento Interno).

Os demais tipos processuais têm um caráter mais autoexplicativo: o *acompanhamento* (8 Acórdãos, 4% do total) é o instrumento para fiscalização da legalidade e legitimidade de determinados atos de gestão, ao longo do tempo e avaliar atividades governamentais (art. 241 do Regimento Interno); o *relatório de levantamento* (4 Acórdãos, 2% do total) é realizado com o fim de identificar objetivos de fiscalização e buscar informações sobre atividades governamentais (art. 238); a *prestação de contas* (4 Acórdãos, 2%) destina-se à avaliação de contas públicas, em caso de irregularidades menores que não caracterizam tomada de contas especial (art. 197, §3º); os casos de *aposentadoria* (4 julgados, 2%) e *atos de admissão* (1 julgado, 0,5%) dizem respeito à fiscalização de atos de pessoal; os *relatórios de inspeção* (3 Acórdãos, 1,5%) *relatórios de acompanhamento* (2 Acórdãos, 1%) e *relatórios de monitoramento* (1 Acórdão, 0,5%) dizem respeito a atividades feitas pelo Tribunal para o levantamento de dados e informações sobre os órgãos controlados; a *consulta* destina-se a responder a indagações feitas por administradores públicos (2 Acórdãos, 0,5%) e, finalmente, o *administrativo* (1 Acórdão, 0,5%) parece ser um tipo residual de processo.¹⁸⁵

Em trabalho que avaliou processos do TCU envolvendo agências reguladoras, o Observatório do Controle da Administração Pública da USP, no Relatório de janeiro de 2019, efetuou interessante divisão dos tipos de processo em 5 grupos: (i) controle operacional-fiscalizatório; (ii) controle financeiro-orçamentário; (iii) controle de gestão de pessoal (atos

¹⁸⁵ Especificamente, no Acórdão de Relação 1360/2014, expedido no tipo de processo administrativo, houve requerimento de um terceiro ao TCU solicitando acesso a informação sobre o número de multas aplicadas pelo Tribunal a servidores ou dirigentes da ANTT, desde a criação da agência. A partir deste único caso, não é possível determinar com precisão o objeto deste tipo de processo.

sujeitos a registro); (iv) monitoramento; e (v) controle de desestatização.¹⁸⁶ Segue abaixo tabela agrupando os dados do presente levantamento segundo tais critérios.

Tabela 1 – Distribuição de Acórdãos conforme tipos de processo agrupado

Controle operacional-fiscalizatório	Controle financeiro-orçamentário
<i>Atividades de fiscalização</i>	<i>Tomada e prestação de contas</i>
Representação 25,5%	Prestação de Contas 2%
Relatório de Auditoria 13%	Consulta 1%
Solicitação do Congresso Nacional 8%	Administrativo 0,5%
Denúncia 2,5%	
Relatório de Levantamento 2%	
Relatório de Inspeção 1,5%	
Total 52,5% (103 casos)	2% (4 casos)

Controle de gestão de pessoal	Monitoramento
<i>Atos sujeitos a registro</i>	<i>Monitoramento</i>
Aposentadoria 2%	Monitoramento 10%
Atos de Admissão 0,5%	Acompanhamento 4%
	Relatório de Acompanhamento 1%
	Relatório de Acompanhamento 0,5%
	Monitoramento
Total 2,5% (5 casos)	15,5% (31 casos)

Desestatização	
Desestatização	26%
Total	26% (52 casos)

Fonte: Elaboração própria, com base em tabela do Observatório do Controle da Administração Pública USP¹⁸⁷

¹⁸⁶ OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA USP, Faculdade de Direito. Relatório de pesquisa bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo, 2019. p. 28.

Assim, como fica claro pela tabela acima e pela distribuição de tipos de processos nos quais foram expedidos os Acórdãos, a maioria do controle exercido pelo Tribunal na base de dados é referente ao controle operacional-fiscalizatório (52,5% dos casos) e ao controle de desestatização (26%) dos casos, que, somados, representam 78,5% dos Acórdãos analisados. No restante, vê-se como de menor representação estatística os casos de monitoramento, controle de gestão de pessoal e financeiro-orçamentário.

É possível que esta distribuição, com menor importância para as matérias de pessoal e controle orçamentário, seja uma consequência da menor representação dos Acórdãos de Relação na base de casos adotada na presente dissertação – visto que, como acima explicado, tais casos costumam tratar de matérias mais simples, como a gestão de pessoal. Essa possibilidade é reforçada pelo fato de que, no mencionado relatório de pesquisa bianual do Observatório do Controle da Administração Pública, referente ao período de 2014 a 2017, o tipo de processo de maior representação foi o de *atos de admissão*, com 20,2% dos julgados encontrados na ocasião.¹⁸⁸

Não obstante, é reforçado abaixo o já identificado em relação à distribuição das unidades-técnicas atuantes nos casos: que esta base de casos indica que o TCU, no controle da ANTT, atua prioritariamente no controle das atividades-fim da agência, e não em suas atividades-meio.

¹⁸⁷ OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA USP, Faculdade de Direito. Relatório de pesquisa bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo, 2019. Coordenadores: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de, e MORENO, Mais, p. 29.

¹⁸⁸ OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA USP, Faculdade de Direito. Relatório de pesquisa bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo, 2019, p. 29. Cf. a proporção de processos encontrados naquela pesquisa, que analisou processos da ANP, ANTT, ANTAQ, ANATEL, ANEEL e ANAC de 2014 a 2017: Admissão (20,2%), Representação (17,8%), Desestatização (15,4%), Solicitação do Congresso Nacional (8,88%), Monitoramento (7,9%) e Relatório de Auditoria (7,0%), Prestação de Contas (4%), Denúncia (3,9%) e Relatório de Acompanhamento (3,3%), seguido de outros tipos de processo com menos de 2% de representatividade.

2.3. Qual atividade da ANTT é objeto de controle pelo Tribunal?

Este subitem e os subsequentes passam a abordar os critérios quantitativos de classificação dos Acórdãos elaborados especificamente para essa dissertação, começando por analisar *qual atividade específica da ANTT é objeto de controle pelo Tribunal*.

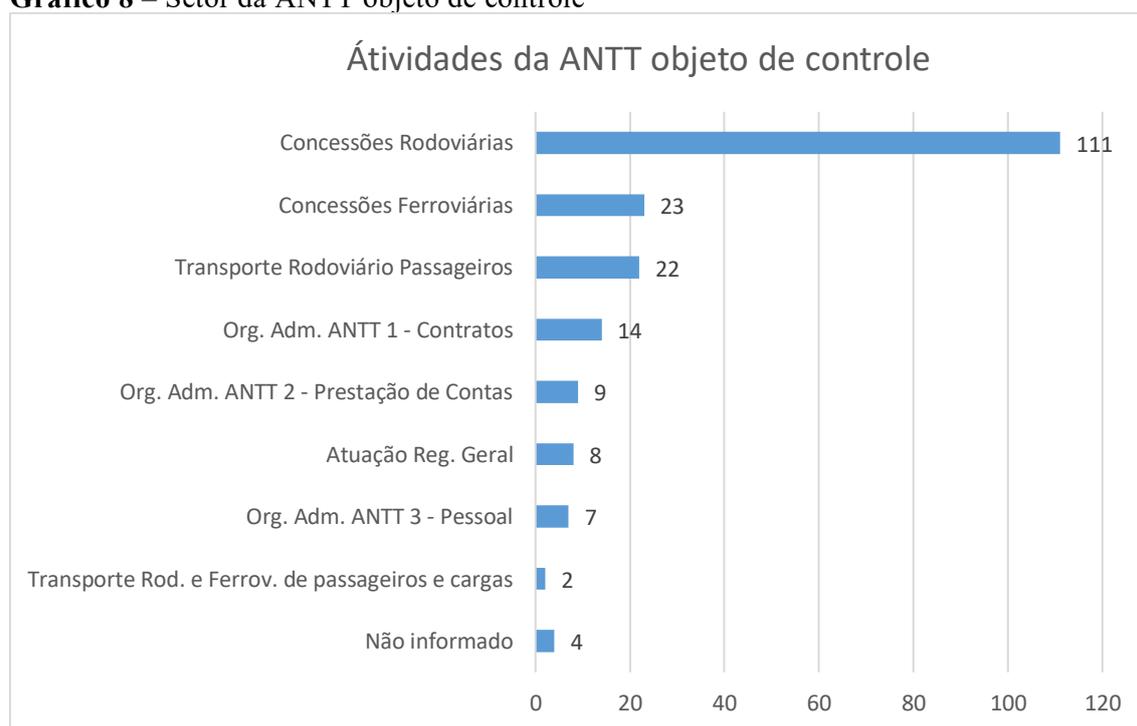
A Lei Federal 10.233/2001, que criou a ANTT, estabeleceu em seu art. 22 a *esfera de atuação da ANTT*, incluindo em seus incisos 7 (sete) atividades. São elas: I – transporte ferroviário de passageiros e de cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação; II – a exploração da infraestrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes; III – o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; IV – o transporte rodoviário de cargas; V – a exploração da infraestrutura rodoviária federal; VI – o transporte multimodal; e VII – o transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias. Além disso, à ANTT cabe executar as atividades necessárias para o próprio funcionamento tais como gestão de pessoal; arrecadação de receitas e organização orçamentária; gestão dos próprios bens e celebração de contratos administrativos para atingir suas finalidades.

Conjugando tais atribuições da ANTT com a observação do controle exercido pelo TCU nos Acórdãos da base de dados, chegou-se a um total de 9 (nove) categorias para classificar as atividades objeto de controle. São elas: (i) controle sobre *as concessões rodoviárias*, quando a atuação do TCU é relacionada aos processos de desestatização para a concessão de rodovias federais, ou sobre a execução destes contratos e sua fiscalização; (ii) *concessões ferroviárias*, quando se trata de fiscalizar os atos para desestatização e acompanhamento das concessões de transporte ferroviários; (iii) *transporte rodoviário de passageiros*, referente às outorgas de permissões e concessões para o transporte interestadual ou internacional rodoviário de passageiros, exercido por empresas habilitadas e fiscalizadas pela ANTT; (iv) *transporte rodoviário e ferroviário de passageiros e de cargas*, relacionado às atividades de transporte que não se limitam ao transporte rodoviário de passageiros (dado que não foram identificados casos que tratam apenas do transporte de cargas, nem apenas do transporte ferroviário seja de cargas ou de passageiros); (v) *atuação regulatória geral*, quando o TCU realiza uma macroavaliação da atuação da ANTT como um todo, não sendo possível restringi-la a determinado setor da agência (por exemplo, ao tratar da governança na ANTT, ou à fiscalização quanto à arrecadação de multas); (vi) *controle de contratos administrativos*, firmados pela ANTT com particulares, geralmente na forma da Lei 8.666/93, para a prestação de serviços, obras públicas ou fornecimento de bens; (vii) *prestação de contas*, referente ao

controle exercido sobre orçamento da ANTT e análise de suas contas; (viii) *gestão de pessoal*, referente aos casos de análises de atos de admissão, reforma, aposentadoria e pensão; e (ix) finalmente, os casos marcados como *não informado*, referentes a Acórdãos de Relação nos quais, pela falta de elementos descritivos do caso, não foi possível identificar a atividade da ANTT objeto de controle pelo TCU. As categorias referentes a *contratos*, *prestação de contas* e *gestão de pessoal*, por serem referentes a como a ANTT se organiza internamente, são também ora denominadas de *Organização Administrativa da ANTT 1, 2 e 3*.

O gráfico abaixo apresenta a distribuição dos Acórdãos de acordo com os tipos de atividades da ANTT objeto de controle pelo TCU.

Gráfico 8 – Setor da ANTT objeto de controle

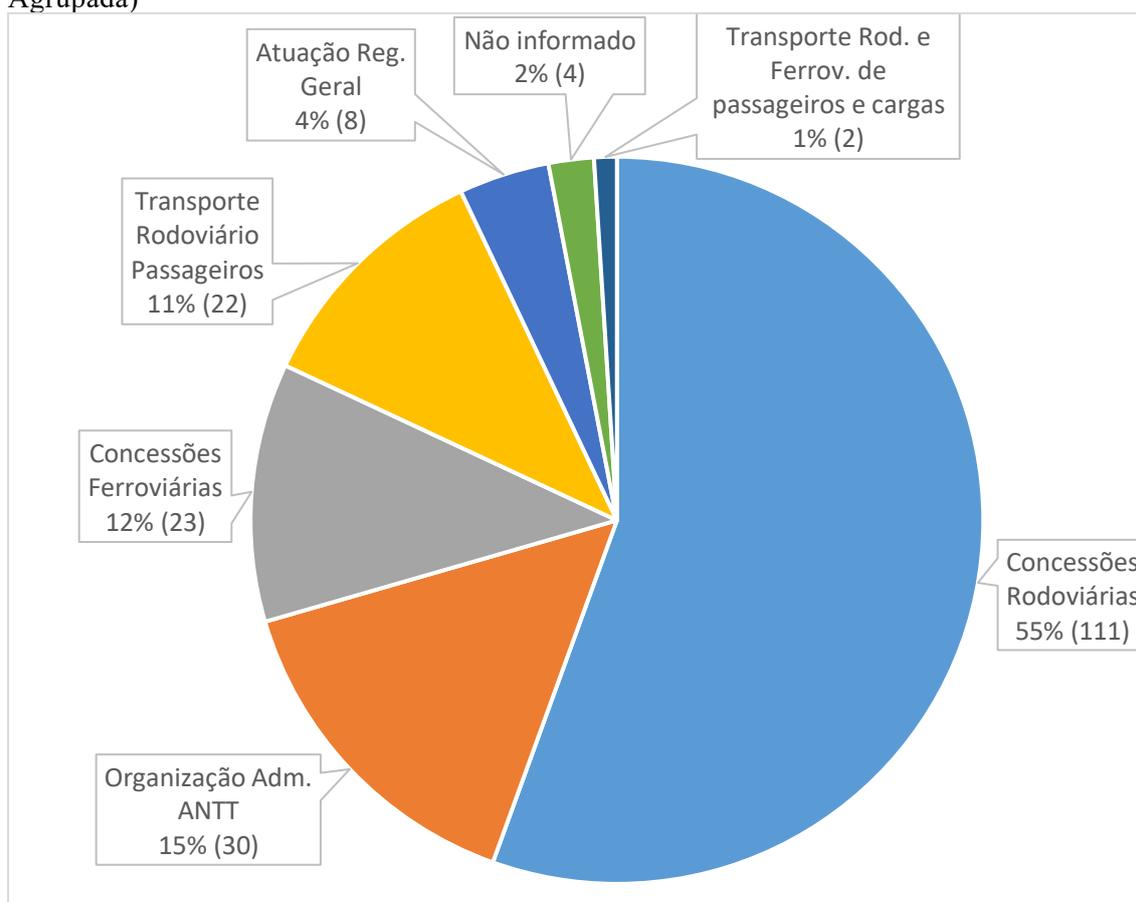


Fonte: Elaboração própria.

Fica evidente, assim, que a grande maioria dos casos em que o TCU controlou as atividades da ANTT diz respeito a concessões rodoviárias, com 111 Acórdãos. Eles são seguidos pelas concessões ferroviárias, com 23 Acórdãos; o controle sobre as outorgas de transporte rodoviário de passageiros, com 23 Acórdãos; seguido do controle sobre contratos administrativos firmados pela ANTT, com 14 Acórdãos.

O gráfico seguinte agrupa os tipos de atividades voltadas à organização administrativa da ANTT – quais sejam, contratos, prestação de contas e gestão de pessoal – em um só grupo, de maneira a avaliar qual é o quantitativo de Acórdãos no qual o TCU controla as atividades-meio da agência. Esses dados são apresentados de forma proporcional ao total de casos, de modo a estabelecer uma melhor forma de visualização do controle identificado na base dados. Confira-se:

Gráfico 9 – Percentual de setores da ANTT objeto de controle (Organização Administrativa Agrupada)



Fonte: Elaboração própria.

Pelos dados acima indicados, observa-se que, em apenas 15% dos Acórdãos da Base de Dados, o TCU exerceu o controle sobre atividades-meio da ANTT e que no restante 85%

dos casos o controle é exercido sobre as atividades-fim da ANTT. Neste último âmbito, houve prevalência no controle das concessões rodoviárias, com 55,5% dos Acórdãos, seguidas pelo controle das concessões ferroviárias e do transporte rodoviário de passageiros. Assim, nesta análise quantitativa, verifica-se que o TCU se focou no controle das atividades-fim da ANTT.

Ademais, tal fato também pode ser parcialmente explicado pela ênfase dada no TCU no controle sobre as *desestatizações*, que, como visto, é o principal tipo de processo no âmbito do qual foram expedidos os Acórdãos. Destaca-se que, desde os anos 90, o TCU vem controlando com especial atenção as outorgas de contratos de infraestrutura, como indica a edição da *Instrução Normativa TCU nº 27 de 2 de dezembro de 1998* (“IN 27/1998”), na qual o TCU estabeleceu etapas para o controle de *desestatizações*, entendidas como a (i) privatização, no que diz respeito à alienação de controle pela União de sua posição de controladora em empresas públicas e sociedades de economia mista; (ii) concessão de serviço público, seja ou não precedida por obra pública; a (iii) permissão de serviço público, entendida como a delegação a título precário da prestação de serviços mediante licitação; e (iv) a autorização, entendida como ato administrativo discricionário e precário para o exercício de determinada atividade por participar, sem licitação (art. 1º). Ademais, a IN nº 27/1998 estabeleceu, em seu art. 7º, um processo de 4 (quatro) estágios para o controle de outorga de concessões e permissões, que vão desde o relatório de viabilidade e estudos de modelagem para a outorga (primeiro estágio), análise do respectivo edital e minuta de contrato (terceiro estágio), análise de todo o processo de licitação (terceiro estágio), até a verificação do ato de outorga e assinatura do contrato de concessão e permissão (quarto estágio).¹⁸⁹ Em cada um deles, o órgão competente federal deveria encaminhar uma série de

¹⁸⁹ Cf. o art. 7º da IN 27/1998: “Art. 7º A fiscalização dos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos será prévia ou concomitante, devendo ser realizada nos estágios a seguir relacionados, mediante análise dos respectivos documentos:

I - primeiro estágio: a) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados; b) relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver; c) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental.

II – segundo estágio:

a) edital de pré-qualificação; b) atas de abertura e de encerramento da pré-qualificação;

c) relatório de julgamento da pré-qualificação; d) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à pré-qualificação; e) edital de licitação; f) minuta de contrato; g) todas as comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, bem como as impugnações ao edital, acompanhadas das respectivas respostas.

III – terceiro estágio:

documentos ao Tribunal em prazos pré-estabelecidos, de acordo com seu art. 8º (como por exemplo, envio dos estudos de modelagem da concessão até 30 dias antes da publicação do Edital).¹⁹⁰

Em 2004, quando do processo de elaboração e modelagem dos editais da 2ª etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais (PROCOFE), o TCU editou uma instrução normativa específica *para a análise dos projetos de concessão rodoviária, a Instrução Normativa nº 46 de 25 de agosto de 2004 (“IN 46/2004”)*, especificando como seria o controle sobre a outorga do processo de concessões rodoviárias federais. Nela, foi estabelecida uma análise dos projetos de concessão em 5 (*cinco*) *estágios*, com a subdivisão do terceiro estágio em dois: o novo terceiro estágio, que trata da fase de habitação da licitação, e o novo quarto estágio, que analisa as propostas técnicas (quando existentes) e a econômico-financeiras. Assim, tem-se que todas as concessões rodoviárias do PROCOFE outorgadas pela ANTT foram analisadas pelo TCU, conforme rito específico estabelecido pelo próprio Tribunal nesta instrução normativa.

Ademais, destaca-se que é possível que um mesmo projeto de concessão rodoviária (ou ferroviária ou de outorga de permissão ou autorização para o transporte rodoviário, seguindo a IN 27/1998) seja objeto de diversos Acórdãos. Isso pode correr tanto na mesma fase do processo de análise pelo Tribunal – por exemplo, sendo determinado em um Acórdão correções e adequações nos estudos de modelagem, para submetê-los novamente à análise do Tribunal em novo Acórdão, que irá aprovar o prosseguimento da desestatização – ou em fases distintas, sendo o mais comum haver ao menos um Acórdão para a primeira fase, outro Acórdão para a segunda fase e um terceiro Acórdão para as fases subsequentes. Acresce ponderar que, por vezes, um mesmo Acórdão pode analisar diversos projetos de concessão rodoviária modelados e licitados pela ANTT de forma próxima e seguindo a mesma lógica.

a) atas de abertura e de encerramento da habilitação; b) relatório de julgamento da habilitação; c) questionamentos das licitantes sobre a fase de habilitação, eventuais recursos interpostos, acompanhados das respostas e decisões respectivas; d) atas de abertura e de encerramento da fase do julgamento das propostas; e) relatórios de julgamentos e outros que venham a ser produzidos; f) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à fase do julgamento das propostas.

IV – quarto estágio: a) ato de outorga; b) contrato de concessão ou de permissão

¹⁹⁰ Atualmente, a IN 27/1998 foi revogada e suplantada pela mais recente Instrução Normativa nº 81 de 20 de junho de 2018, que passou a disciplinar a fiscalização dos processos de desestatização.

Tudo isso faz com que haja um número grande de Acórdãos sobre desestatização, o que aumenta o número de casos relacionados às concessões rodoviárias, ferroviárias e outorga de transportes públicos.

Em relação ao número de concessões rodoviárias, observa-se que ele é superior ao número de concessões ferroviárias: há um total de 25 concessões rodoviárias já efetivadas pela ANTT, contra 15 concessões ferroviárias.¹⁹¹ Assim, o número mais elevado de Acórdãos sobre concessões rodoviárias pode ser relacionado ao maior número dessa espécie de concessões.

Não obstante, *reputa-se que esses fatores sozinhos não são capazes de explicar a imensa prevalência de casos relacionados às concessões rodoviárias*, e o pequeno número de casos relacionados ao controle das atividades-meio da ANTT.

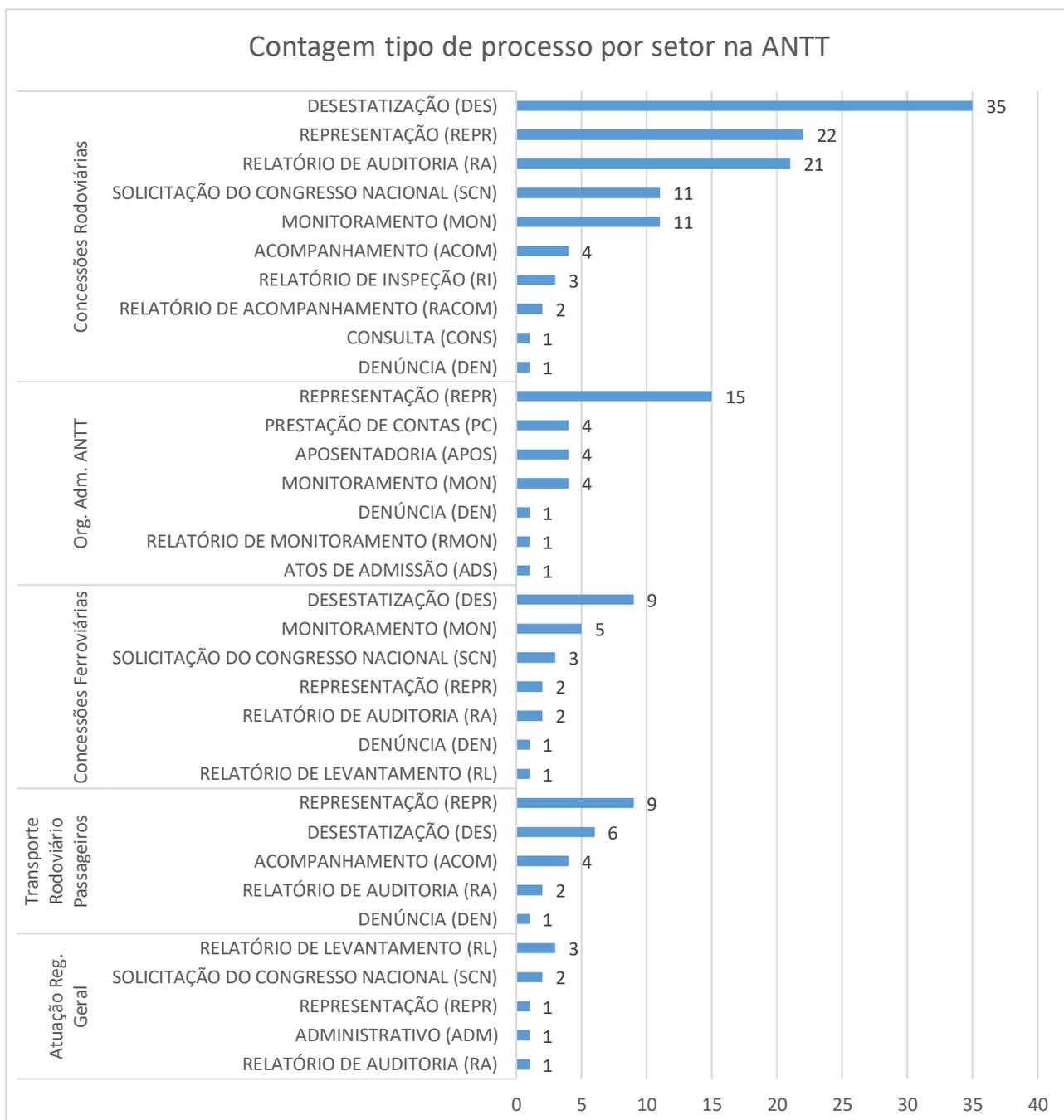
Para buscar analisar no detalhe que tipo de controle o Tribunal está exercendo sobre a agência, dentro de cada uma das atividades, o subitem a seguir faz o cruzamento entre os dados referentes ao *tipo de atividade da ANTT* e o *tipo de processo*, analisado acima no subitem 2.2.6.

2.3.1. Cruzamento entre o tipo de atividade o tipo de processo

O gráfico a seguir elenca, dentro de cada tipo de atividade controlada pela ANTT, o *tipo de processo no qual foram expedidos os respectivos Acórdãos*, para analisar a relação entre esses dois dados.

Gráfico 10 – Tipo de processo por setor controlado da ANTT

¹⁹¹ Dados extraídos do site da ANTT, pela contagem do número de concessões rodoviárias e ferroviárias, em < <https://portal.antt.gov.br/concessionarias>> e < <https://portal.antt.gov.br/concessoes-ferroviarias>>



Fonte: Elaboração própria.

Pelo gráfico acima, verifica-se que a maior representatividade dos casos relacionados às concessões rodoviárias se dá não só pelo elevado número de Acórdãos em processos de desestatização, mas também pela atuação do TCU sobre esta atividade ter sido provocada mediante representações (22 Acórdãos) e solicitações do Congresso Nacional (11 Acórdãos), além de ter sido iniciada pelo próprio TCU por meio de Acórdãos expedidos em relatórios de auditoria (21 Acórdãos). O restante dos casos é expedido no âmbito de *monitoramento* do

cumprimento de decisões anteriores (11 Acórdãos), bem como outros tipos de processo de menor representação.

Dessa forma, *verifica-se uma substancial preferência da atuação do TCU no controle das atividades relacionadas às concessões rodoviárias*, seja porque o Tribunal se estruturou de forma especial para acompanhar esse tipo de assuntos – inclusive editando a IN 46/2004 para analisar a outorga de concessões – seja pelo assunto chamar mais atenção do próprio Tribunal e de terceiros que o acionam.

No tocante ao controle das áreas-meio da ANTT, destaca-se o grande número de representações feitas para denunciar possíveis irregularidades ao Tribunal, o que veio a ocorrer principalmente nos processos afeitos a contratos administrativos para fornecimento de bens e serviços celebrados pela ANTT.

No mais, cumpre mencionar que, dos 8 (oito) Acórdãos referentes à atuação regulatória geral da ANTT, em 5 (cinco) deles o Tribunal exerceu o controle de diversas agências reguladoras de infraestrutura (ANAC, ANEEL, ANP, ANTAQ, e ANA, por exemplo), incluindo a ANTT nesse bojo. Por exemplo, os 3 (três) Acórdãos do tipo “Relatório de Levantamento” dizem respeito a um mesmo processo, no qual o Tribunal realizou avaliação sobre multas administrativas aplicadas por órgãos reguladores federais, concluindo que houve baixos percentuais de arrecadação e de cobrança.¹⁹²

Outro fator que chama atenção é que, nesta base de dados, não foi verificado nenhum caso no qual o TCU exerce o controle do transporte rodoviário de cargas, uma das principais atividades reguladas pela ANTT. Assim, é possível supor que, pela estruturação do Tribunal para exercer o controle da ANTT, com unidades técnicas especializadas no controle de processos de desestatização, regulação e em transportes rodoviário e ferroviário, algumas atividades-fim da ANTT – como as relativas às concessões rodoviárias, concessões ferroviárias e transporte internacional de passageiros - acabaram atraindo maior atenção do Tribunal do que o transporte de cargas.

Concluindo este tópico, os principais dados revelados pelo tipo de atividade da ANTT controlada pelo TCU são: *(i) a prevalência do controle das atividades-fim da ANTT, com 85% dos Acórdãos, tendo as atividades-meio relacionadas à organização administrativa da ANTT (contratos, prestação de contas e pessoal) apenas 15% dos Acórdãos; e (ii) dentre as atividades-fim, a prevalência do controle exercido pelo TCU sobre as concessões*

¹⁹² Processo administrativo nº 022.631/2009-0, no âmbito do qual foram expedidos o Acórdão 1817/2010, Acórdão de Relação 2832/2010 e Acórdão de Relação 2122/2012.

rodoviárias, com 55,5% dos Acórdãos, seguido pelo controle de concessões rodoviárias (11,5% dos Acórdãos) e transporte rodoviário de passageiros (11% dos Acórdãos).

2.4. Expedição de determinações e recomendações e sua incidência sobre as atividades-fim da ANTT

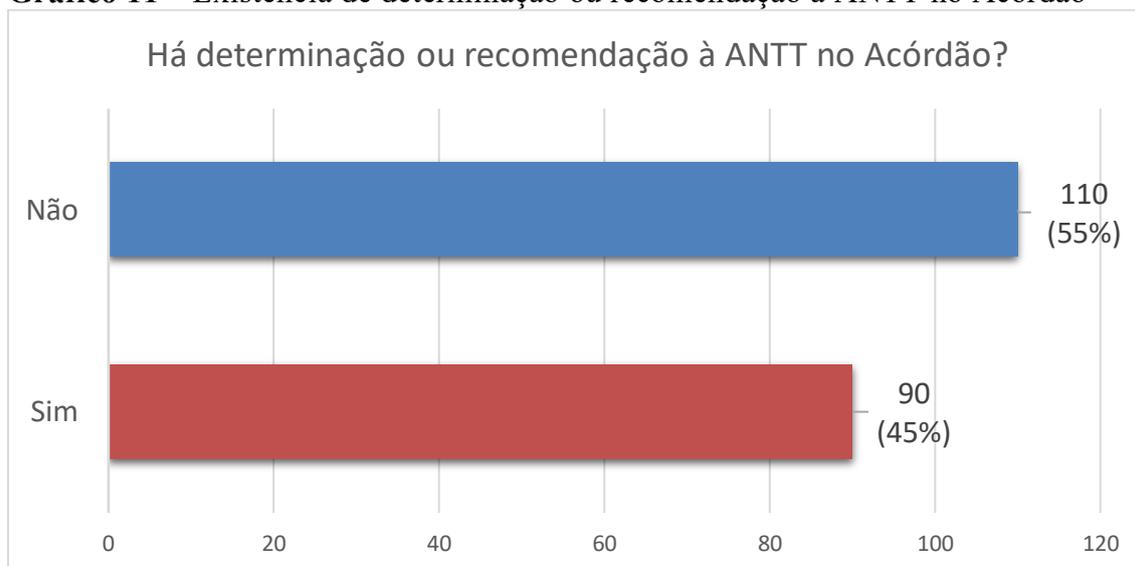
Esse subitem se volta a analisar a *expedição de determinações e recomendações pelo TCU à ANTT*, fator que é apontado pela literatura crítica ao Tribunal como um dos principais meios pelo qual este exerce, na prática, as atividades de regulação que ele diz controlar.

Conforme explicado no Capítulo 1, ambos são comandos expedidos pelo Tribunal em relação às agências, sendo sua distinção estabelecida pelo Acórdão 1.703/2004 da seguinte forma: as determinações são de observância mandatória pelas agências controladas, podendo ser expedidas no controle das atividades-meio em todos os casos, porém, no tocante ao controle das atividades-fim das agências, só poderiam ser expedidas nos casos de ilegalidade manifesta ou descumprimento de dever legal pelo órgão controlado. Já as recomendações, como o nome indica, seriam de observância facultativa pelas agências, sendo expedidas no controle de suas atividades-meio quando o Tribunal avaliar apropriado e, principalmente, no controle de suas atividades-fim, em matérias sujeitas ao juízo de mérito discricionário do órgão controlado, podendo este adotá-la ou não.

No presente tópico, é analisado inicialmente se foram expedidos comandos em cada Acórdão (subitem 2.4.1), para, na sequência, tratar sobre o número de determinações e recomendações (subitem 2.4.2) e sua incidência sobre as atividades-fim da ANTT (subitem 2.4.3).

2.4.1. Presença de determinação ou recomendação nos Acórdãos

Conforme indicado no gráfico abaixo, observa-se que, ao contrário do inicialmente esperado, em 110 Acórdãos (55%), não foi expedido nenhum comando, estando presentes em 90 Acórdãos (45%):

Gráfico 11 – Existência de determinação ou recomendação à ANTT no Acórdão

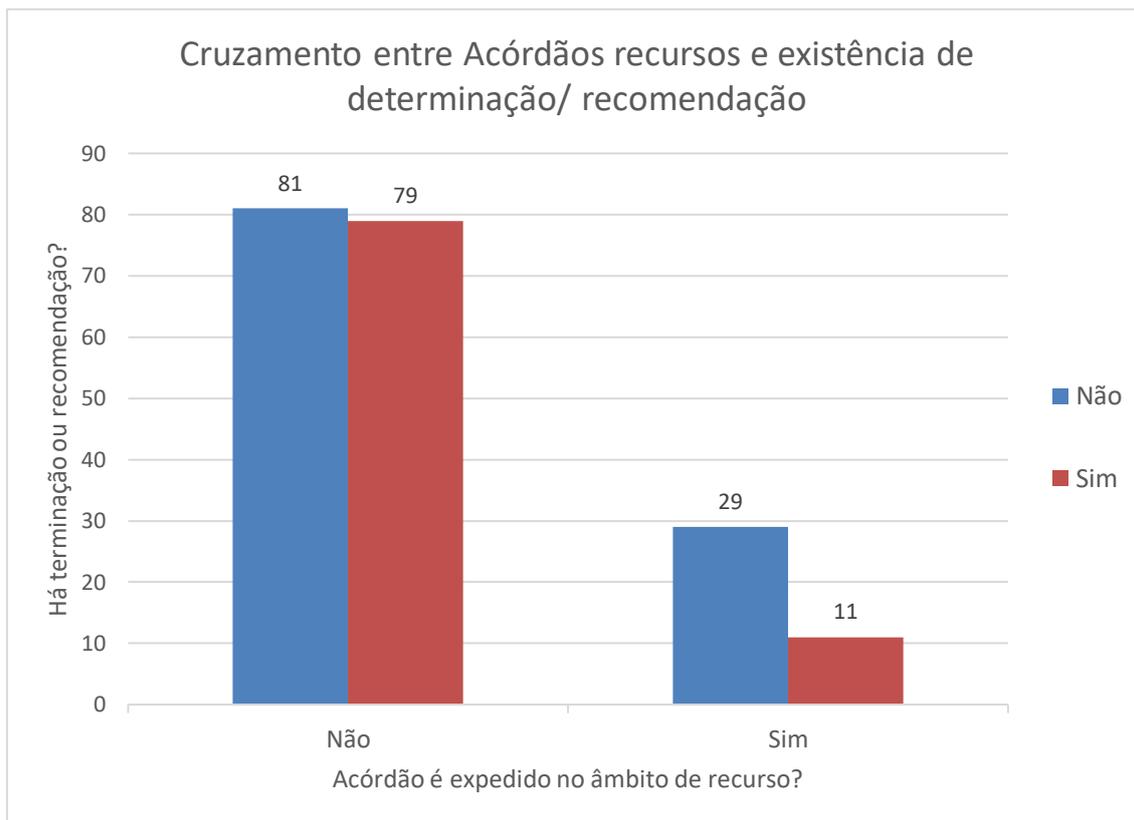
Fonte: Elaboração própria.

Assim, verifica-se que em mais da metade dos casos *o TCU não expediu nenhum comando à ANTT sob a forma de determinação ou recomendação*.

Uma possível explicação é que, na base de dados, há número substancial de 40 Acórdãos exarados pelo Tribunal em resposta a recurso administrativo apresentado pela ANTT ou por particular interessado contra Acórdão anterior, seja em pedido de reexame ou em sede de embargos de declaração. Como, ao desenvolver a pesquisa, foi notado que a maioria dos recursos foram improvidos, é notável que nesses casos não há determinação ou recomendação, pelo fato de eles referendarem a decisão anterior do Tribunal. Assim, uma hipótese possível para a maior incidência de casos em que não há recomendações e determinações seria a presença de Acórdãos expedidos em grau de recurso.

Para testar esta explicação, o gráfico abaixo segrega os 160 Acórdãos não expedidos em resposta a recursos dos demais, a fim de verificar sua procedência.

Gráfico 12 – Impacto dos recursos na existência de determinação ou recomendação



Fonte: Elaboração própria.

Conforme indicado acima, apesar de ser verdadeiro que cerca de 75% de Acórdãos expedidos em grau de recurso não contém determinação ou recomendação à ANTT, verifica-se que a maioria dos casos restantes (81 Acórdãos) tampouco contém esse tipo de comando à ANTT. Ou seja, o fato de haver maior número de casos em que inexistente representação ou recomendação não ocorre por conta dos efeitos dos Acórdãos expedidos em grau de recurso, mas sim por uma verdadeira menor proporção de Acórdãos em que o TCU emite comandos concretos à ANTT.

2.4.2. Análise sobre o número de determinações e recomendações nos Acórdãos

Este item analisa o número de determinações e recomendações presente em cada Acórdão. Para tanto, em cada Acórdão foi manualmente contado *quanto dos comandos expedidos pelo TCU são determinações e quantos são recomendações*.

No âmbito desta atividade, foi verificado que número substancial das determinações expedidas pelo TCU tem a função de obrigar a ANTT a apresentar determinada informação ao Tribunal ou a encaminhar determinado documento com plano de ação para atendimento

aos demais comandos expedidos pelo TCU. Por exemplo, no Acórdão 1819/2004, foi determinado que a ANTT informasse ao Tribunal os casos de outorga de permissão de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros firmados com inexigibilidade de licitação, conforme previsto nos arts. 10 e 12 da IN TCU nº 27/98;¹⁹³ outro exemplo é o Acórdão 1933/2004, relativo à análise sobre contrato de concessão rodoviária no qual, após serem expedidas 5 (cinco) determinações diferentes, o TCU determinou, ao final, que a ANTT informasse, no prazo de 30 dias, as medidas adotadas com vistas ao cumprimento do Acórdão.¹⁹⁴

Essas determinações, que contêm a solicitação de encaminhar documentos ou comunicar ao Tribunal, doravante denominada “*determinação para encaminhar*”, têm teor e características diferentes das demais, na medida em que obrigam não a fazer determinada atividade, mas sim a informar sobre algo ou encaminhar documento ao TCU. Logo, para *não gerar ruído e confundir com demais determinações*, que contêm comandos específicos à ANTT para fazer ou deixar de fazer algo, *elas foram contadas de forma separada*.

No mais, cumpre destacar que a *tarefa de contar o número de cominações* (entre determinações e recomendações) *não é fácil, pois o Tribunal as subdivide em muitos subitens*. Assim, os Acórdãos normalmente têm diversos itens – ex: 9.1, 9.2 e 9.3, mas cada item pode

¹⁹³ Confira-se a decisão do Acórdão 1819/2004: “VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de documentação encaminhada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, relativamente ao transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, em cumprimento aos arts. 10 e 12 da IN TCU nº 27/98.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestre - ANTT que, no tocante ao transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, informe a este Tribunal de Contas, sinteticamente, a ocorrência das situações previstas nos arts. 10 e 12 da IN TCU nº 27/98, observados os seguintes aspectos: número do contrato, empresa(s) envolvida(s), ocorrência, instrumento de aprovação pela ANTT e publicação do ato;

9.2. encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam, à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT; e 9.3. arquivar os presentes autos.” (grifou-se)

¹⁹⁴ Cf. trecho da decisão do Acórdão 1933/2004, com a determinação supracitada:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de acompanhamento de outorga de concessão de trechos rodoviários.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento nos arts. 1º, inciso II e 43, inciso I, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, em:

9.1. recomendar ao Ministério dos Transportes a revogação do processo licitatório de outorga de concessão dos trechos de rodovias federais (...)

9.2. caso o Ministério dos Transportes decida pela continuidade dos processos licitatórios de concessão de rodovias federais referidos no item anterior, determinar ao referido órgão e à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT que: (...)

9.3. determinar ao Ministério dos Transportes e à ANTT que informem ao TCU, no prazo de 30 (trinta) dias, as medidas adotadas no âmbito de cada um desses órgãos com vistas ao cumprimento deste Acórdão; (...)”

ter *diversos subitens*. Assim, se contado apenas o item maior, haverá uma representação a menor do que o número de comandos real expedidos à ANTT.

Para evitar isso, foi adotado como metodologia de contagem considerar sempre os subitens até o menor grau possível.

A situação é de compreensão mais fácil com exemplos. Assim, cita-se o Acórdão 1033/2005, expedido no controle de concessão rodoviária (Ecosul), que contém determinações nos itens 9.1 e 9.2, mas cujo item 9.2 é subdividido em 9.2.1. e 9.2.2, por sua vez subdividido em 9.2.2.1, 9.2.2.2 e 9.2.2.3. Em casos como esse, ao invés de considerar apenas os títulos da decisão (9.2 e 9.3), o que corresponderia a 2 (*duas*) *determinações*, ou apenas os subitens no nível subsequente, o que corresponderia a 3 (*três*) *determinações*, foram contados *até o menor subitem*, o que significa que o caso foi contabilizado como tendo 4 (*quatro*) *determinações “comuns” e 1 (uma) determinação para encaminhar*. Confira-se:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de acompanhamento, acerca da transferência de participação acionária na Empresa Concessionária de Rodovias do Sul (ECOSUL), que detém a concessão para explorar o Complexo Rodoviário de Pelotas, localizado no Estado do Rio Grande do Sul, em observância ao disposto no inciso VII do art. 12 da IN/TCU n. 27/98.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento no art. 250, § 1º, do Regimento Interno, acolher as razões de justificativas dos Srs. José Alexandre Nogueira de Resende, Luiz Afonso dos Santos Senna, Noboru Ofugi, e da Sra. Analia Francisca F. Martins, ouvidos nos presentes autos; [item não contabilizado, por não conter determinação]

9.2. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres-ANTT, que, com fundamento: [determinação não contabilizada, por estar subdivida]

9.2.1. no art. 251 do Regimento Interno, no prazo de quinze dias, reavalie a situação do Contrato n.º 013/00-MT, quanto à habilitação da empresa PRIMAV EcoRodovias S/A, para fins de transferência de ações do capital social da ECOSUL, com vistas a promover a sua adequação às normas ou declarar a caducidade do mesmo, em consonância com o que estabelece o art. 27, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 8.987/95; [determinação contabilizada, pois não é subdividida – até aqui, 1 *determinação*]

9.2.2. no art. 250, inciso II, do R.I./TCU, no prazo de 30 dias, instaure procedimento administrativo com vistas à apuração de responsabilidades, inclusive da concessionária e das demais empresas envolvidas, e à aplicação das penalidades cabíveis referentes às irregularidades a seguir indicadas, verificadas nos processos de transferência de participações acionárias na composição do capital social da empresa ECOSUL: [determinação não contabilizada, por estar subdividida em subitens]

9.2.2.1. efetivação das transferências de ações sem a prévia autorização da ANTT (Lei n.º 10.233/01, art. 30, § 1º); [determinação contabilizada, pois não é subdividida – até aqui, 2 *determinações*]

9.2.2.2. comprovação de idoneidade financeira mediante a utilização imprópria de documentação (cópia de demonstrações financeiras e de ata de assembléia geral), relativa a empresas alheias ao processo (Lei n.º 8.987/95, art. 27, parágrafo único, inciso I); [determinação contabilizada, pois não é subdividida – até aqui, 3 *determinações*]

9.2.2.3. habilitação da empresa PRIMAV EcoRodovias S/A sem a necessária qualificação técnica e com apresentação de capital social mínimo inferior ao valor exigido na licitação para a outorga da concessão (Lei n.º 8.987/95, art. 27, parágrafo único, inciso I); [determinação contabilizada, pois não é subdividida – até aqui, 4 *determinações*]

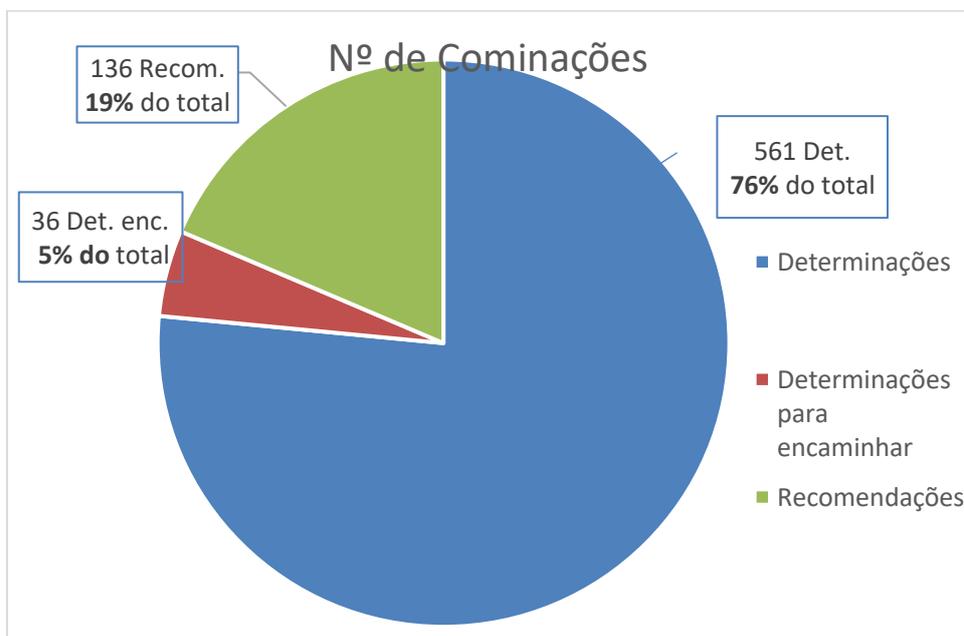
9.3. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres-ANTT que, no prazo de quinze dias após o atendimento do subitem 9.2.2 acima, informe a este Tribunal sobre as respectivas providências adotadas e os seus resultados; (Tornado insubsistente pelo Acórdão 140/2006 Plenário - Ata 07.) [*determinação para encaminhar contabilizada*]

9.4. sobrestar os presentes autos até o cumprimento da determinação inserta no item 9.3. supra; (Tornado insubsistente pelo Acórdão 140/2006 Plenário - Ata 07.)

9.5. enviar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentam, ao Ministério dos Transportes, à Controladoria Geral da União, à Agência Nacional de Transportes Terrestres-ANTT e à empresa ECOSUL” (grifou-se).

Adotando este procedimento de contabilizar as determinações de acordo com os subitens de menor grau, foi possível uniformizar a contagem de comunicações nos diferentes Acórdãos, que possuem diversas variações na forma pela qual são enunciadas as determinações e recomendações.

Feitos esses esclarecimentos, o gráfico abaixo *elenc*a o número total de *determinações, de determinações para encaminhar e de recomendações*, bem como o seu respectivo percentual:

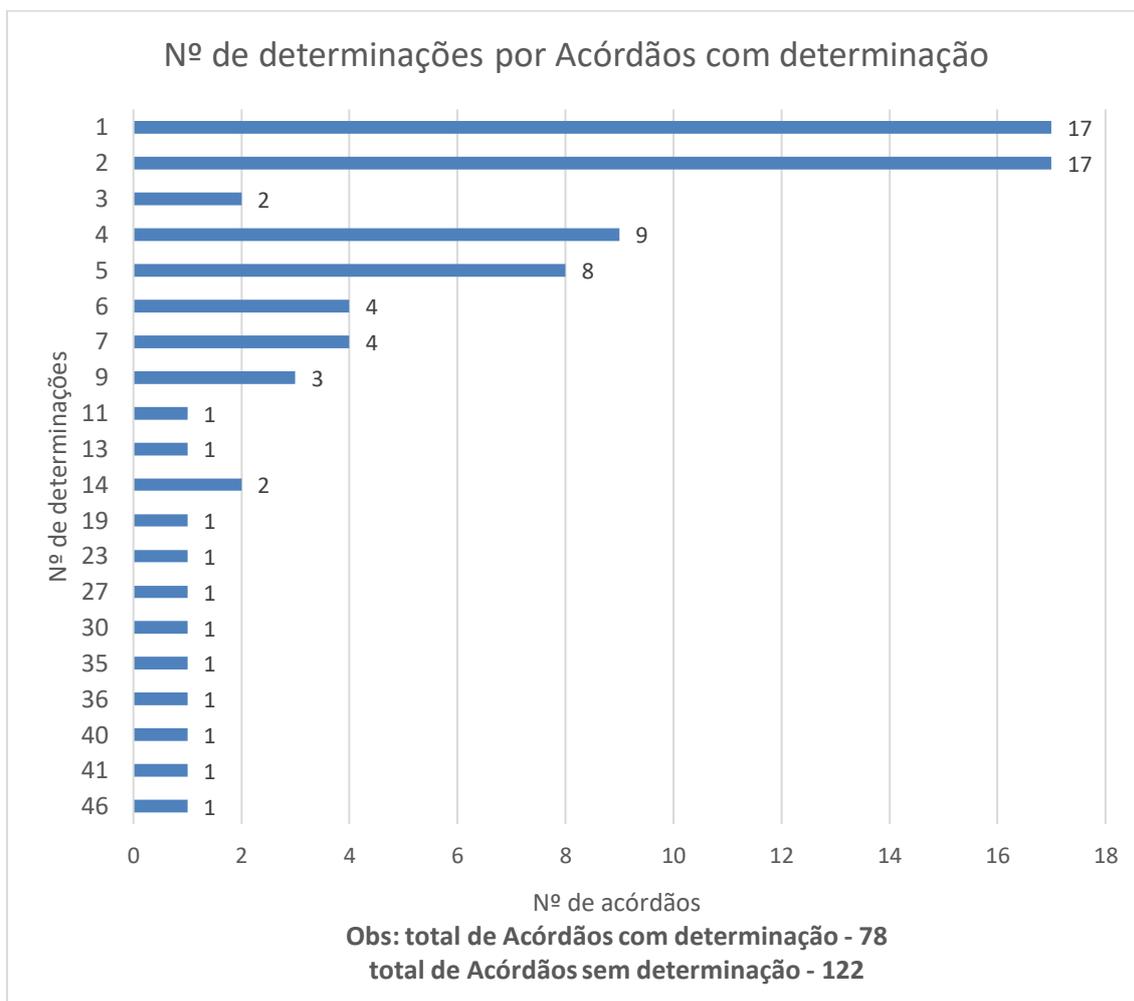
Gráfico 13 – Número de cominações (determinações e recomendações)

Fonte: Elaboração própria.

Assim, verifica-se que há 597 determinações no total, ou 81% das cominações expedidas pelo Tribunal, das quais 36 são determinações para encaminhar e 561 são determinações comuns, e apenas 136 recomendações, ou 19% do total de comandos expedidos pelo TCU em relação à ANTT. Ou seja, em mais de 80% das vezes, o TCU emite comandos que devem necessariamente ser observados pela ANTT, enquanto que as recomendações correspondem a apenas aproximadamente 20% das cominações expedidas pelo TCU em relação à agência.

Tal respectiva relação de *4:1 entre determinações e recomendações* indica que o TCU é muito mais propenso a comandar a ANTT do que sugerir, indicando uma postura muito mais *impositiva* do que *sugestiva* na relação entre estas instituições.

Por sua vez, os gráficos a seguir indicam o número de comunicações por Acórdão, a fim de analisar quantos comandos foram expedidos à ANTT em cada Acórdão.

Gráfico 14 – Número de determinações nos Acórdãos

Fonte: Elaboração própria.

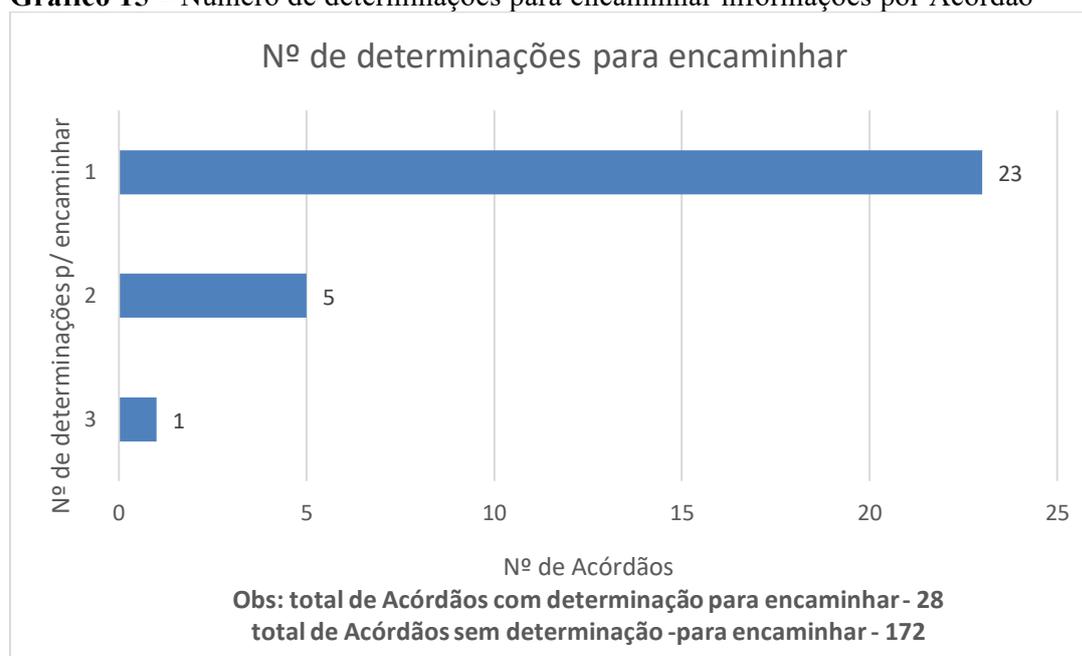
No gráfico acima, como esperado, a maioria dos Acórdãos possui um número relativamente baixo de determinações: 45 deles (mais da metade dos 78 casos em que há determinação) possuem até 4 comandos do TCU ordenando condutas à ANTT.

Não obstante, chama atenção o fato de que há Acórdãos com um número muito elevado de determinações à ANTT: em 13 casos diferentes, o TCU expediu mais de 10 determinações com comando para fazer, chegando até o ponto em que o Tribunal elenca, em 3 Acórdãos diferentes, mais de 40 determinações.

Cumprе ressaltar também que, nesses 13 Acórdãos, o TCU está realizando *o controle de atividades-fim da ANTT*: 9 deles são referentes a concessões rodoviárias, 2 deles são referentes a concessões ferroviárias, 1 a transporte rodoviário de passageiros e 1 a transporte rodoviário e ferroviário de passageiros e cargas. *Isso indica que, sob a perspectiva quantitativa, em casos específicos aparentemente o TCU faz uma análise a fundo das*

escolhas regulatórias da ANTT, entrando em um grau de detalhamento tal que o leva a expedir mais de 10 determinações com fins corrigir o que, na visão do Tribunal, provavelmente foi entendido como irregularidade, a ponto de emitir não recomendações, mas determinações. De forma ainda mais precisa, informa-se que nos 3 Acórdãos em que houve 40 ou mais determinações, 2 são processos de desestatização emitidos à mesma época, nos quais o TCU analisa o projeto de outorga de concessões rodoviárias que seriam da 4ª Etapa do PROCOFE; e 1 é relatório de auditoria sobre a execução de um contrato de concessão rodoviária, no qual o Tribunal analisa a adequação dos valores de pedágio cobrados, acompanha a execução contratual e avalia o seu equilíbrio econômico-financeiro. Ou seja, nesses três Acórdãos há uma análise minuciosa sobre como a ANTT vem exercendo suas competências de órgão regulador, sendo encontradas diversas impropriedades.

Gráfico 15 – Número de determinações para encaminhar informações por Acórdão



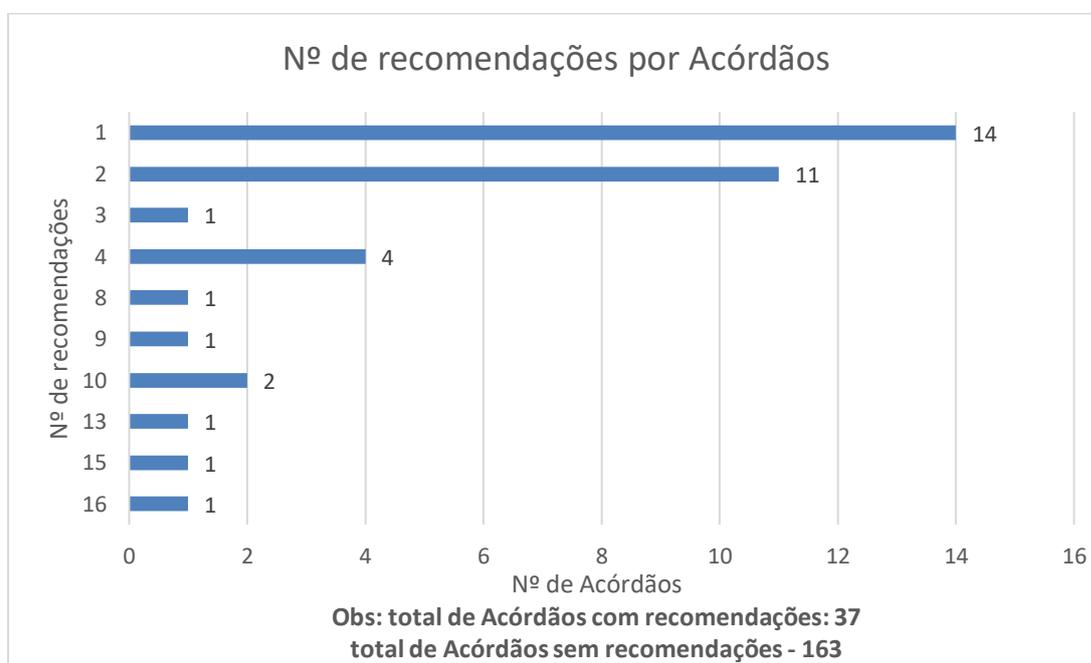
Fonte: Elaboração própria.

Em relação às determinações para encaminhar, que pedem o envio de informações, verifica-se que elas foram encontradas em um número relativamente baixo de Acórdãos, e que não são muitas por Acórdão, chegando a no máximo 3. Não obstante, cumpre ressaltar que em apenas 8 Acórdãos foram expedidas pelo TCU apenas determinações para encaminhar, e que nos demais 20 Acórdãos foram expedidas tanto determinações comuns como determinações para encaminhar. Isso parece sugerir que esse tipo de comando acaba sendo, majoritariamente, não uma forma pela qual o TCU se mantém informado da conduta da ANTT (pedindo o encaminhamento de informações), mas sim uma maneira de *enforcement*

de suas decisões, já que é solicitado informar ao Tribunal o “*plano de ação*” para atendimento ao Acórdão ou o “*resultado/comprovação*” do cumprimento das demais determinações do Tribunal.

Ou seja, ao invés de manifestar algum tipo de deferência à ANTT – por exemplo, com o TCU deixando de manejar um comando propriamente dito para fazer, substituindo-o por um comando para encaminhar o decidido pela ANTT à luz do estabelecido no Tribunal – as determinações para encaminhar, quando utilizadas, parecem-se mais com um *instrumento de conformar a atuação da ANTT ao indicado pelo Tribunal em sua decisão*.

Gráfico 16 – Número de recomendações por Acórdão com recomendação



Fonte: Elaboração própria.

Em relação às recomendações, verifica-se que elas foram emitidas em 37 Acórdãos, ou 18,5% do total, tendo alguma relevância na base de dados. Ademais, observa-se que, em 11 Acórdãos, o TCU expediu 4 ou mais recomendações à ANTT e que, em 5 Acórdãos, foram 10 ou mais recomendações, número relativamente elevado – embora ainda bastante aquém da contagem de determinações. Assim, embora as determinações sejam o instrumento preferido do Tribunal para emissão de cominações à ANTT, as recomendações também possuem sua relevância no controle da agência, como instâncias nas quais o Tribunal, em tese, buscaria exercer um papel mais dialógico e de orientação não vinculante.

É preciso ressaltar que, dos 37 casos em que foram expedidas recomendações, também estão presentes determinações em 32 deles. Ou seja, o TCU maneja normalmente ambos

instrumentos de forma conjunta, utilizando, na maioria dos casos, a forma de determinação e, na minoria, quando enxerga algum espaço de escolha discricionária da ANTT, a forma de recomendação.

Ademais, destaca-se que, *em boa parte dos casos em que houve um número elevado de recomendações, o TCU também expediu alto número de determinações*. De fato, o Acórdão no qual há 15 recomendações também faz 40 determinações; o Acórdão no qual há 13 recomendações faz 41 determinações; e um dos casos em que constam 10 recomendações houve 30 determinações.¹⁹⁵ Isso acaba por reforçar que, nesses casos, o TCU entende que a conduta da ANTT no exercício de suas atividades-fim foi em sua maior parte irregular ou ilegal, eis que o número de recomendações é substancialmente inferior ao de determinações. Exceções são o caso em que há 16 recomendações, em foram expedidas 9 determinações, e o caso no qual há 10 recomendações, em que há apenas 2 determinações.¹⁹⁶

Para finalizar a análise do número de cominações, a tabela abaixo traz o cálculo da *média de determinações e recomendações por Acórdão*:

Tabela 2-Cálculo da média de determinações e recomendações na base de dados

Critério	Número total	Nº de Acórdãos	Média
Determinações (total, incluindo para encaminhar)	597	200	2,985
Recomendações	136	200	0,68
Determinações mais recomendações	733	200	3,665

Fonte: Elaboração própria.

Assim, há uma *média de 2,985 determinações por Acórdão* (praticamente 3); 0,68 recomendações por Acórdão e *3,66 determinações ou recomendações por Acórdão*. Considerando que menos da metade dos Acórdãos contêm cominações, essa média relativamente alta é uma *consequência do elevado número de determinações e recomendações contidas em alguns Acórdãos*, que chegam a mais de 10.

¹⁹⁵ Trata-se, respectivamente, dos Acórdãos 943/2016, 283/2016 e 3346/2012.

¹⁹⁶ Trata-se, respectivamente, dos Acórdãos 3237/2013 e 2047/2006.

Tais dados, por si, não chegam a revelar muito, porém indicam que, na média, analisando os casos de forma global, há quantidade substancial de comandos expedidos pelo TCU no controle da ANTT, de mais de 3,5 por Acórdão.

2.4.3. Incidência das determinações e recomendações sobre as atividades-fim da ANTT

O último critério utilizado para análise de determinações e recomendações é verificar se tais comandos incidem sobre as atividades-fim da ANTT.

Como parâmetro das atividades-fim da ANTT, foram utilizadas aquelas competências previstas na Lei 10.233/2001 em seu art. 22 e incisos (esfera de atuação da ANTT), no art. 24 (“atribuições gerais” da ANTT), com exceção do inciso XV, que trata da elaboração orçamentária e incidência financeira, no art. 25, que se refere às atribuições específicas do transporte ferroviário, e no art. 26, que trata das atribuições pertinentes ao transporte rodoviário.

A proposta é que, toda vez que o Tribunal expede determinação ou recomendação que incida sobre a forma pela qual a ANTT exerce tais atividades, o campo em questão foi marcado como sim. As determinações e recomendações em cada Acórdão foram analisadas de forma global, com a resposta incidindo sobre o conjunto das comunicações em cada caso, e não sob cada uma individualmente.¹⁹⁷

Nos casos em que a determinação e a recomendação não incidem sobre as atividades-fim da ANTT, ou em que há apenas recomendação à ANTT de como agir, foi marcado que não há incidência sobre as atividades-fim da agência. Por exemplo, o Acórdão 735/2005 contém 4 determinações à ANTT, mas todas versam sobre como devem ser os processos de licitação para a compra de *software* e produtos de tecnologia da informação, não tendo relação com a atividade fim. Outro caso é do Acórdão 3204/2014, no qual houve recomendação do Tribunal à ANTT para esta “*definir os trechos prioritários para a execução e 10% das obras*

¹⁹⁷ Por exemplo, no Acórdão 981/2005, processo de desestatização que analise a modelagem e as minutas de editais dos contratos de concessão rodoviária da 2ª Etapa do PROCOFE, o Tribunal determinou à ANTT e ao Ministério dos Transportes que “*se abstenham de publicar os editais para a concessão de trechos rodoviários tratados nesses autos, até ulterior manifestação deste Tribunal sobre os estudos de viabilidade*”. Como isto incide sobre a atividade-fim da ANTT de “*publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão de rodovias federais a serem exploradas e administradas por terceiros*” (art. 26, VI da Lei 10.233/2001), foi marcado que no caso a determinação incide sobre as atividades-fim da ANTT.

O mesmo ocorreu em relação ao Acórdão 290/2018, em processo de representação sobre suposta irregularidade no valor de pedágio de concessão rodoviária, no qual o TCU determinou à ANTT, entre outros, que “*retifique em definitivo, no prazo de 120 dias, a revisão tarifária autorizada pela Resolução 5.339/2017 (...)*”, comando que incide sobre a competência da ANTT de “*proceder à revisão e ao reajusta de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais*” (art. 24, VII da Lei 10.233/2001).

de duplicação, levando em consideração as áreas de maior risco de acidentes (...)”: nele, embora a cominação verse sobre atividade-fim da ANTT, como se trata de uma recomendação e o Acórdão não contém outros comandos, foi marcado que nesse caso não há incidência sobre as atividades-fim da ANTT, pois o Tribunal exerceu apenas uma postura dialógica, sem constranger se e como a agência deveria atuar.

Por fim, em alguns casos limites, em que não restou claro a incidência sobre as atividades-fim, foi *marcado que há incidência parcial sobre o exercício pelo ANTT de suas atividades-fim*. Isso ocorre, sobretudo, quando o Tribunal estabelece obrigações a serem cumpridas pela Agência, mas lhe deixa espaço para decidir como poderá fazê-lo. Por exemplo, no Acórdão 825/2004, há sete determinações à ANTT que elencam pontos a serem examinados pela agência para verificar a correção da execução contratual de concessão rodoviária e o equilíbrio econômico-financeiro, mas o TCU não diz exatamente o que deve ser feito, apenas ordenando à ANTT que *“adote as providências necessárias”*.¹⁹⁸ Outro exemplo ocorreu na Decisão 622/2002, na qual o TCU determinou à ANTT *“que discipline os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros para avaliar a qualidade dos serviços prestados pelas permissionárias de serviços de transporte rodoviário internacional e interestadual de passageiros”*: no caso, o comando incide sobre atividade-fim da ANTT, mas o TCU não fala exatamente *como* a ANTT deve agir, o que traz uma incidência *parcial* sobre as atividades-fim da ANTT, pois lhe cabe responder à determinação do TCU. Logo, nesses casos em que o Tribunal cria obrigações à ANTT, mas ao mesmo tempo não entra em detalhes sobre elas, foi marcado que há *incidência parcial*.

¹⁹⁸ Cf. a parte dispositiva do referido Acórdão: “9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT que:

9.1.1. *adote as providências necessárias com vistas a verificar a correção da execução contratual e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, bem como a pertinência dos valores de tarifas de pedágio nas rodovias federais BR - 116, BR - 293 e BR - 392 (Polo Rodoviário de Pelotas) concedidas à Empresa Concessionária de Rodovias do Sul - ECOSUL, tendo em vista as modificações ocorridas em virtude da sub-rogação do Contrato PJ/CD/215/98 e a posterior celebração do Contrato nº 013/00-MT, verificando e analisando, entre outros, os seguintes pontos relativos à adequação do fluxo de caixa da concessão às premissas e estimativas adotadas para sua elaboração, em consonância com o estabelecido no devido processo licitatório:*

9.1.1.1. *Programa de Exploração da Rodovia - PER;*

9.1.1.2. *estimativa de custos operacionais;*

9.1.1.3. *cronograma de investimentos;*

9.1.1.4. *projeção do volume de tráfego;*

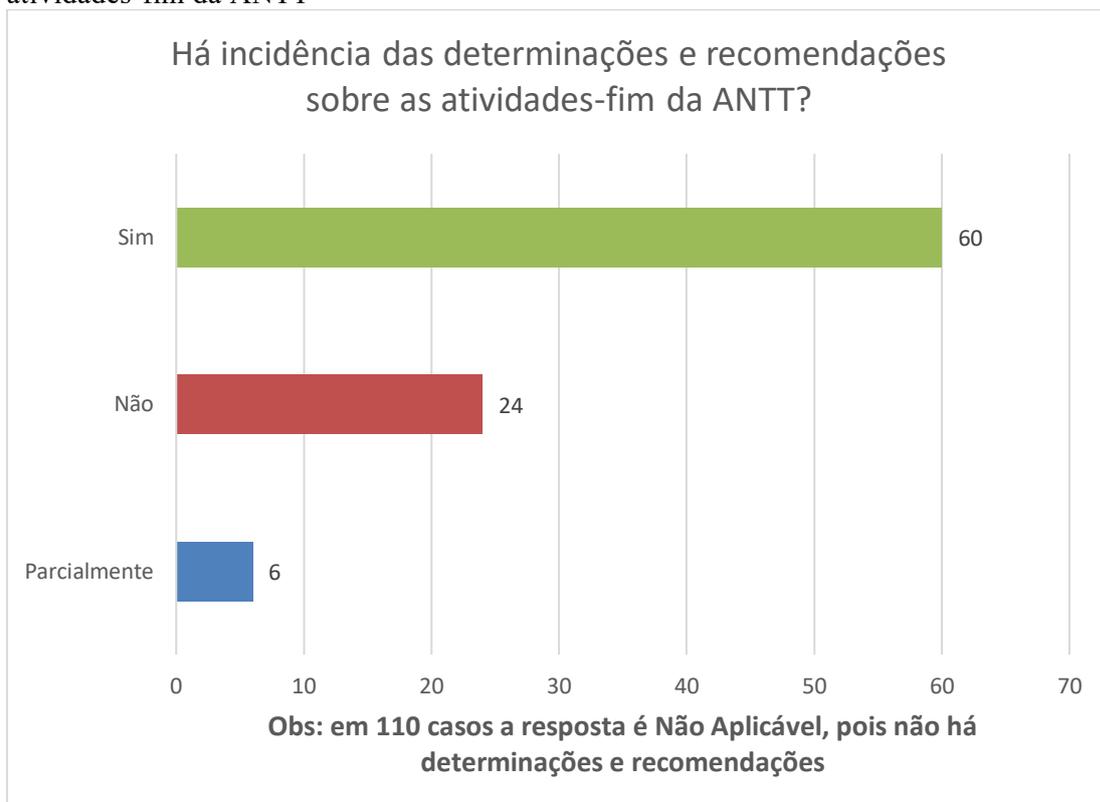
9.1.1.5. *incorporação de aproximadamente 72 km de rodovias ao objeto inicial;*

9.1.1.6. *dilação do prazo da concessão de 15 (quinze) para 25 (vinte e cinco) + 2,33 (dois virgula trinta e três) anos; e*

9.1.1.7. *manutenção da Taxa Interna de Retorno - TIR inicial da concessão após todas as alterações sofridas desde a celebração do contrato nº PJ/CD/215/98 entre o Estado do Rio Grande do Sul e a Concessionária Ecosul;”*

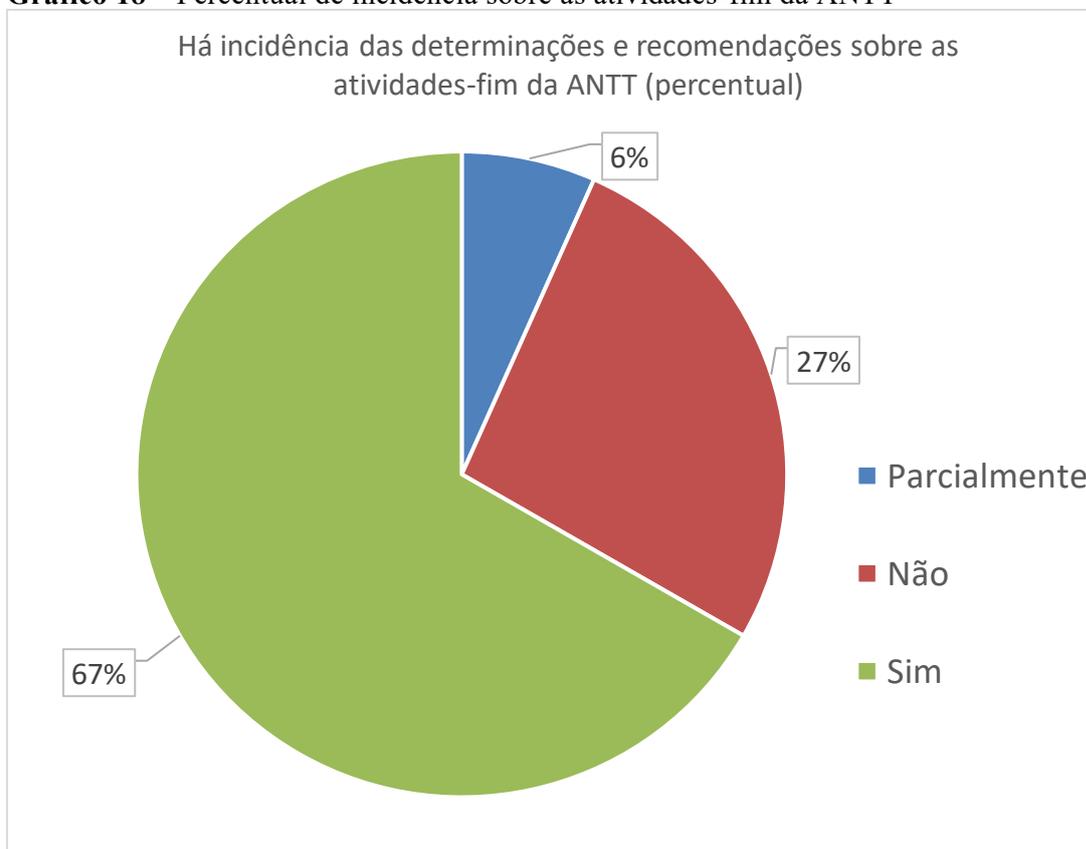
Explicados os critérios adotados, seguem os respectivos gráficos:

Gráfico 17- Número de acórdãos nos quais as determinações e recomendações incidem sobre as atividades-fim da ANTT



Fonte: Elaboração própria.

Gráfico 18 – Percentual de incidência sobre as atividades-fim da ANTT



Fonte: Elaboração própria.

Pelo exposto, fica claro que na maioria dos Acórdãos em que há determinação ou recomendação (67% deles), os comandos expedidos pelo Tribunal dizem respeito *a como a ANTT deve exercer sua atividade fim*. Ou seja, nesses casos é possível verificar que o Tribunal, em alguma medida, agiu condicionando a forma pela qual a ANTT deve atuar, no tocante às atribuições de regulação a ela estabelecidas pela sua Lei de Criação.

Assim, é possível afirmar que 60 dos 200 Acórdãos da base de dados – 30% do total – o TCU em algum grau ou nível *exerceu funções de órgão regulador*, ao emitir comandos sobre como a ANTT deve exercer suas atividades-fim.

2.5. Processo interno de decisão: relação da decisão final com a parecer da unidade técnica e a presença de voto divergente

Esse item analisa o processo interno de tomada de decisão do Tribunal nos Acórdãos integrantes da base de dados, por meio da verificação: (i) da aderência dos julgados do TCU à proposta de encaminhamento apresentada pelas unidades técnicas; e (ii) pela verificação da presença de votos revisores ou divergentes nos julgados, para verificar se há debate entre os ministros em sua apreciação dos casos envolvendo a ANTT.

2.5.1. Relação entre a decisão do Tribunal e a avaliação da Unidade Técnica

Conforme explicado no Capítulo 1, subitem 1.6, a literatura crítica à atuação do TCU no controle das agências reguladoras indica que, na maioria dos julgados, *o Acórdão do Tribunal segue a proposta de encaminhamento apresentada pela unidade técnica*, em muitos casos de forma total e em outros de forma parcial. Assim, para avaliar essa relação no atual levantamento empírico, foi inserida pergunta para avaliar se o Tribunal acolheu a avaliação da unidade técnica.

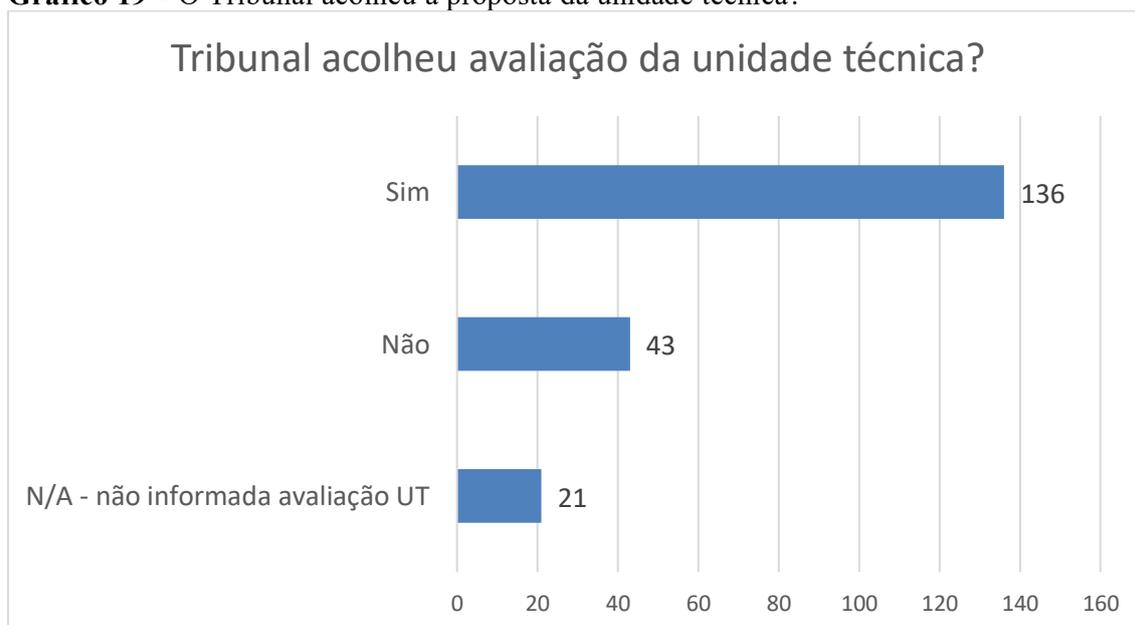
As respostas possíveis são apenas “*sim*” – quando a avaliação da unidade técnica é *totalmente acolhida* pelo Tribunal, com *todos os itens da proposta de encaminhamento propostos pela unidade técnica referendados pelo julgamento do Acórdão*, ou com alterações apenas formais (p. ex., modificações de redação mantendo o mesmo teor ou diferente numeração dos comandos); e “*não*”, quando o Tribunal faz alguma alteração substancial na

proposta de encaminhamento apresentada pela unidade técnica, seja para suprimir algum item, alterá-lo, ou incluir item novo.

Ademais, também foi necessário incluir o campo “N/A – não informada avaliação da unidade técnica”, para os casos em que não é apresentada a proposta de encaminhamento. Isso ocorreu: (i) em Acórdãos de Relação, quando não é dito expressamente que o Tribunal concordou com o parecer da unidade técnica (o que é relativamente raro); ou (ii) nos Acórdãos comuns em que não há manifestação presente da unidade técnica, como ocorre em muitas instâncias de julgamento de *embargos de declaração*, nos quais por vezes não há análise de nenhuma unidade técnica (nem mesmo da Serur, que é responsável por opinar no caso de recursos), ou quando o Tribunal avalia solicitação simples apresentada pela ANTT, como a de prorrogar prazo para atendimento a Acórdão anterior.

Feitos esses esclarecimentos, o gráfico abaixo elenca os resultados encontrados.

Gráfico 19 – O Tribunal acolheu a proposta da unidade técnica?



Fonte: Elaboração própria.

Assim, observa-se que em 136 dos 200 Acórdãos, ou 68% dos casos, o Tribunal acolheu integralmente a proposta de encaminhamento apresentada pela unidade técnica atuante no processo. Isso significa que, na tomada de decisão, a parte dispositiva do Acórdão do Tribunal acabou sendo materialmente idêntica àquela sugerida pela unidade técnica em sua proposta de encaminhamento, com concordância integral e adoção das mesmas razões de decidir. Para um percentual mais preciso do acolhimento integral, excluindo da base de dados os 21 Acórdãos nos quais não é informada a avaliação da unidade técnica, verifica-se que a concordância

integral ocorreu em 136 dos 179 Acórdãos, em um percentual ainda maior de 75,98% dos casos.

Assim, constata-se que a análise empírica ora efetuada referenda o dado levantado pela literatura crítica de que, na maioria dos casos, *quem efetivamente efetua o controle da agência reguladora é a unidade técnica*, ao invés de os Ministros do TCU, com estes acolhendo *avaliação feita por aquela*, ao invés da avaliação feita pelo órgão controlado. Ou seja, este dado aponta para fato de que, se há alguma deferência na tomada de decisão pelos Ministros do TCU, ela é feita em relação à unidade técnica, e não às razões apresentadas pela ANTT nos respectivos processos.

Por outro lado, em uma minoria de 43 Acórdãos – correspondente a 21,50% da base de dados, ou a 24,02% dos 179 Acórdãos nos quais é informada a avaliação da unidade técnica – a decisão do Tribunal não seguiu a íntegra da proposta de encaminhamento da unidade técnica. É importante ressaltar que isso não significa que o Tribunal rejeitou completamente a proposta de encaminhamento apresentada, mas apenas que discordou substancialmente de ao menos um dos pontos apresentados.

Apesar de ser uma minoria de casos, é importante avaliar de que forma a decisão do Tribunal divergiu da unidade técnica.

Para isso, foi inserido um critério de avaliação baseado no *grau de rigor e deferência da decisão tomada* pelo Tribunal, que busca identificar o número de comandos e o quanto a decisão afeta a ANTT.

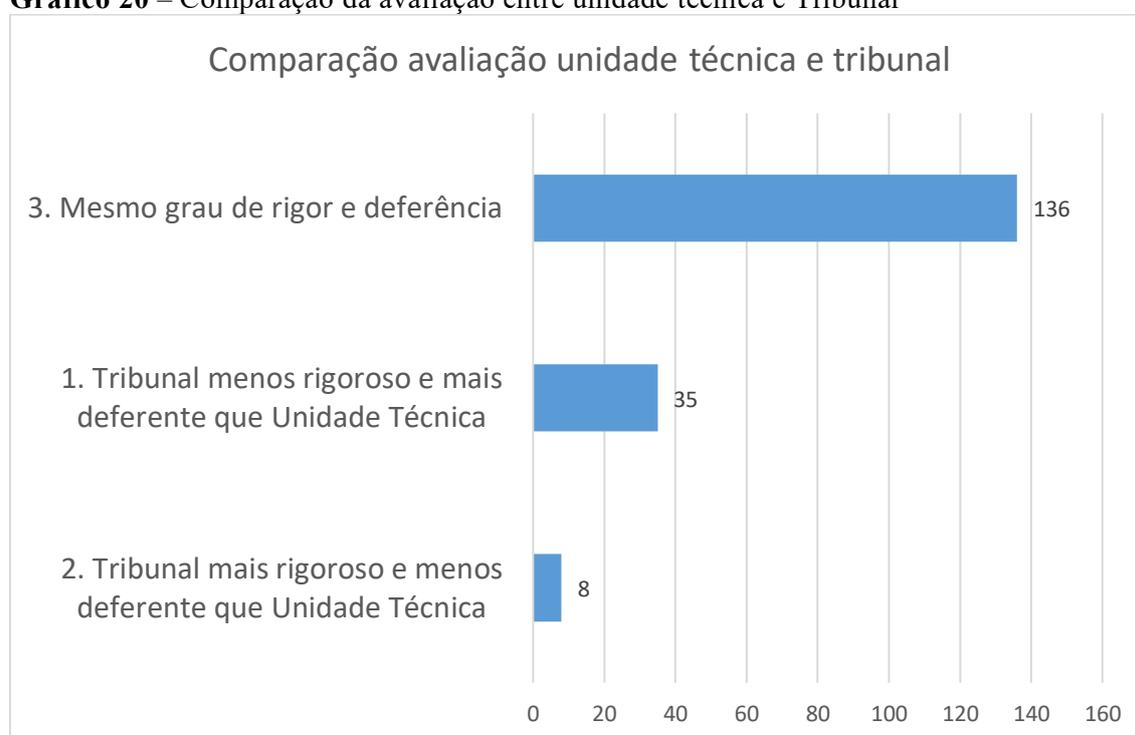
Por exemplo, na hipótese de a unidade técnica determinar à ANTT reavaliar a revisão tarifária de determinado ano em uma concessão rodoviária, para reconsiderar o grau de inexecução das metas contratuais e os efeitos de certa alteração normativa que impactou os custos da concessionária, caso o Tribunal emita comando à ANTT para reavaliar a revisão tarifária com base apenas na reconsideração da inexecução de metas contratuais, o Tribunal estará sendo menos rigoroso e mais deferente do que a unidade técnica, pois diminui o grau de incidência da decisão. Agora, caso na mesma situação, o Tribunal determine reavaliar a revisão tarifária considerando, além da inexecução contratual e a alteração normativa, também os efeitos de que a concessionária incorreu em custos menores do que o previsto na proposta técnica pela falta de execução de determinada atividade (p. ex., construção de obras de arte especiais, como um trecho do tipo diamante) que foi tida como desnecessária pela ANTT, o Tribunal estará sendo mais rigoroso e menos deferente à ANTT do que a unidade técnica.

Outro exemplo está na transformação de determinações sugeridas pela unidade técnica em sua proposta de encaminhamento, ou vice-versa. Se a unidade técnica elenca determinação

a respeito de como a ANTT deve atuar no exercício de suas atividades-fim (por exemplo, exigir determinado requisito de habilitação para participação de proponentes em leilão para a permissão de transporte rodoviário interestadual), mas o Acórdão do Tribunal adota esta cominação como sendo uma recomendação, o Tribunal foi menos rigoroso e mais deferente do que a unidade técnica. Por outro lado, caso a unidade técnica eventualmente proponha uma recomendação no mesmo sentido e o Tribunal a transforme em determinação, ele estará sendo mais rigoroso e menos deferente no controle da ANTT.

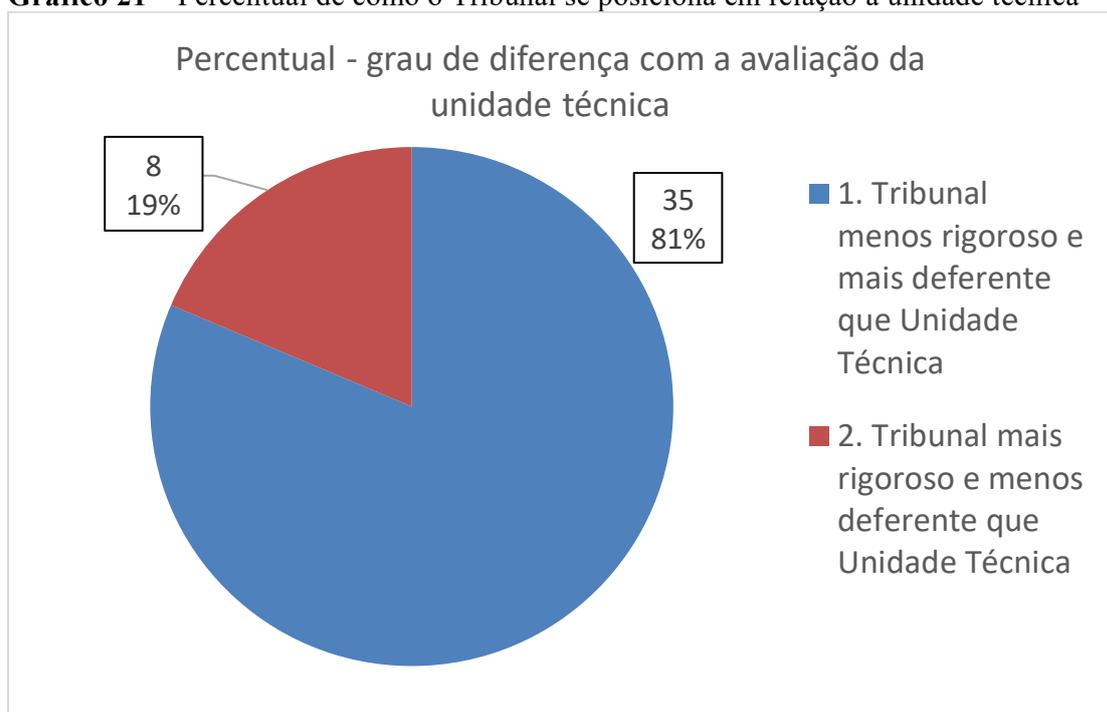
O gráfico abaixo apresenta os dados coletados sobre o tema, confira-se:

Gráfico 20 – Comparação da avaliação entre unidade técnica e Tribunal



Fonte: Elaboração própria.

Dessa forma, *verifica-se que o Tribunal tende a ser menos rigoroso no controle da ANTT do que a unidade técnica*, já que a maioria das alterações por ele propostas acabam por diminuir o grau de severidade da decisão sobre a ANTT. Dos 43 Acórdãos no qual há discordância com a proposta da unidade técnica, em 35 deles o Tribunal acaba por atenuar o Acórdão em relação à proposta de encaminhamento, e em apenas 8 casos ele acaba sendo mais rigoroso. Confirma-se, no gráfico a seguir, apenas os dois dados, para uma avaliação de percentual:

Gráfico 21 – Percentual de como o Tribunal se posiciona em relação à unidade técnica

Fonte: Elaboração própria.

Com isso, é possível concluir que, em 81% dos casos em que não acolhe a proposta da unidade técnica, *o Tribunal acaba exercendo uma moderação na proposta de encaminhamento apresentada*, resultando numa decisão menos incisiva do que a aventada pela unidade técnica.

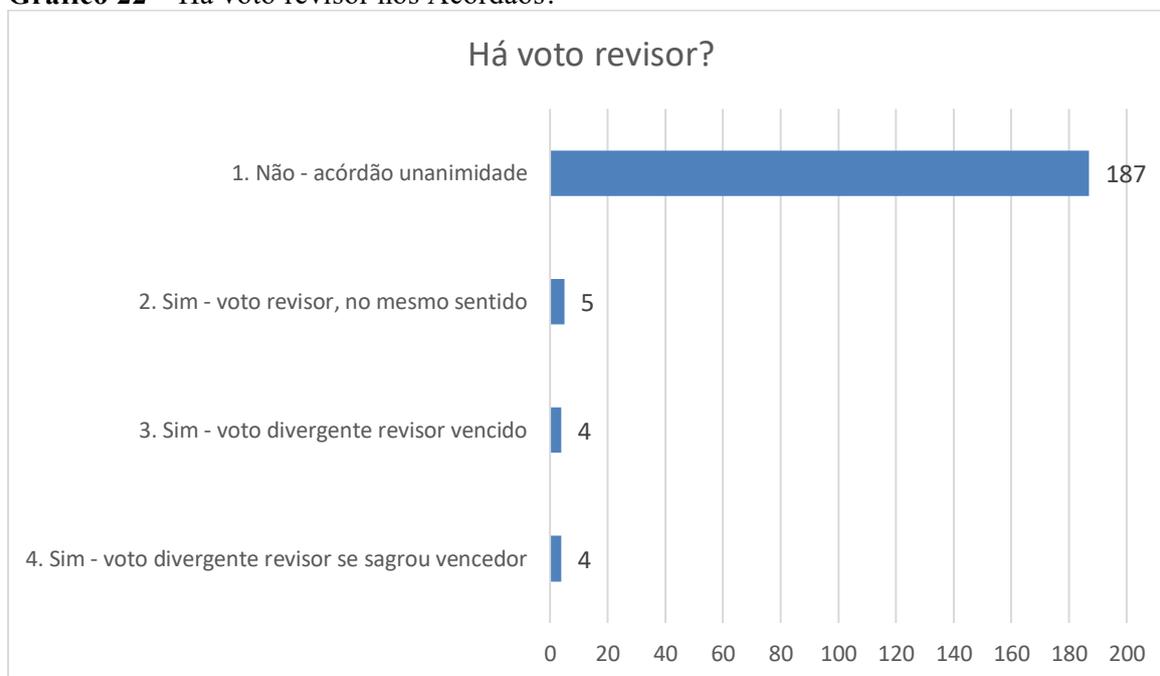
2.5.2. Presença de votos revisores e divergentes

Outro dado relevante para a avaliação do processo interno de tomada de decisão é verificar *se o Acórdão foi aprovado por unanimidade pelo Tribunal*, unicamente com base no voto do ministro Relator, ou se há, no Acórdão, a presença de *voto revisor* apresentado por outro ministro. Nos casos em que *discorda* da proposta de decisão do Relator, o voto revisor será denominado *voto divergente*, que, nesses casos, poderá ser *vencido* – caso não seja adotado pela maioria do colegiado – ou *vencedor* – caso seja adotado pelos demais ministros, suplantando o voto do Relator.

Assim, o gráfico abaixo responde à pergunta *“há voto revisor”* e assinala: (i) se o julgamento foi por unanimidade; (ii) se foi apresentado *voto revisor no mesmo sentido* do colocado pelo relator, complementando seu raciocínio e referendando suas conclusões; (iii) se

foi apresentado *voto revisor divergente* que foi *vencido*, ou se (iv) *há voto revisor divergente* que se saiu vencedor, sendo adotada no Acórdão a proposta nele contida, ao invés da presente no voto do ministro relator. Confira-se:

Gráfico 22 – Há voto revisor nos Acórdãos?



Fonte: Elaboração própria.

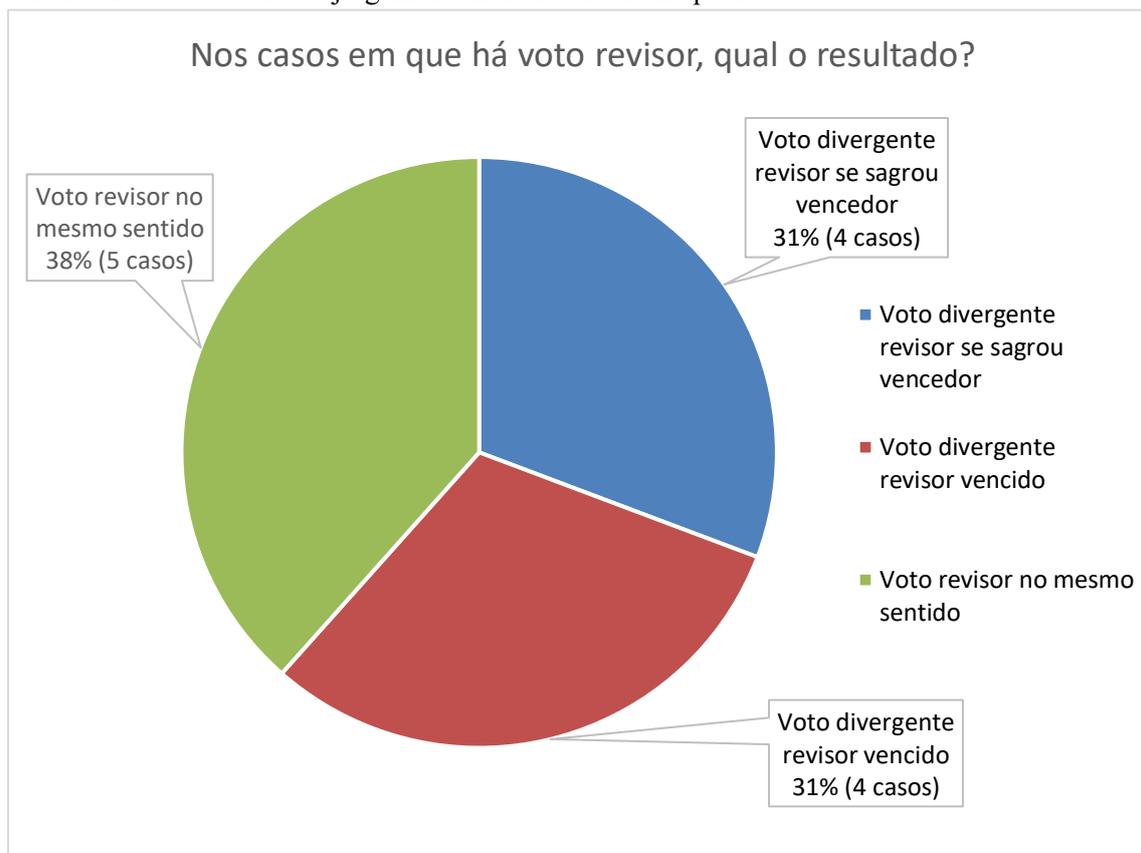
Como acima evidenciado, na grande maioria de 187 Acórdãos (ou 93,5% do total) o julgamento pelo TCU foi por unanimidade, sendo o voto do ministro relator e sua minuta de parte dispositiva do acórdão acolhidos por todos os demais ministros. Assim se verifica que, na maioria dos casos, não há discussão entre os ministros que leve ao registro de posições além daquela do ministro relator.

Ademais, cumpre ressaltar que, em 5 Acórdãos, os votos revisores foram apresentados seguindo a mesma linha do voto do ministro relator, complementando-o, por exemplo, ao trazer novas razões de justificativa ou corroborar as já existentes. O julgamento do TCU foi unânime em 192 Acórdãos, ou 96% do total de casos.

Ou seja, em apenas 8 casos, ou 4% dos Acórdãos, é registrada alguma divergência entre os Ministros do TCU.

Para analisar os 13 Acórdãos (ou 7,5% do total) em que foi apresentado voto revisor, o gráfico abaixo apresenta uma posição proporcional relativa dos Acórdãos nos quais há voto revisor, elencando os três resultados possíveis.

Gráfico 23 – Resultado do julgamento nos Acórdãos em que há voto revisor



Fonte: Elaboração própria.

Logo, observa-se que, dos votos revisores, *um total de 62%* foram divergentes, e exatamente a metade deles (31%) foi acolhida pelo Tribunal em suas razões de decidir, suplantando a opinião original expedida pelo Min. Relator.

Embora esses números sejam baixos, é necessário ressaltar que os *votos revisores divergentes ora identificados são muito interessantes para a análise da forma pela qual o TCU efetua o controle da ANTT*, pois apresentam contrapontos às posições adotadas pelo Tribunal, inclusive com discussões sobre *como* o TCU deve efetuar o controle das atividades-fim da ANTT.

Por esse motivo, alguns dos casos em que há voto revisor divergentes serão abordados com detalhes na análise qualitativa feita no Capítulo 3.

2.6. Uso do poder coercitivo pelo Tribunal: aplicação de sanções e adoção de medidas cautelares

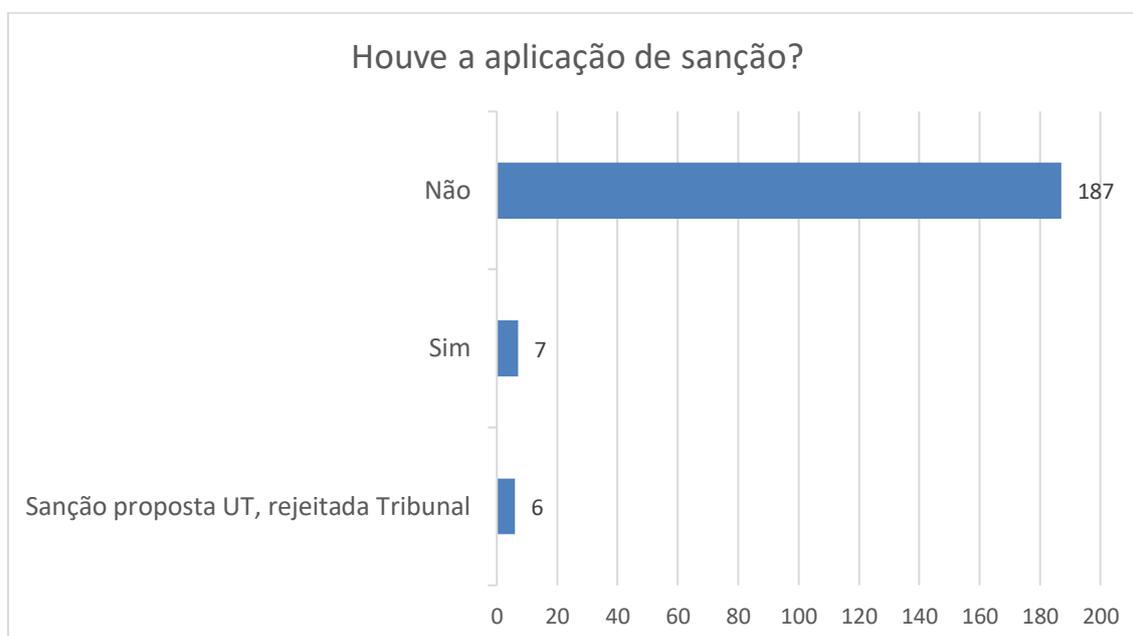
No Capítulo 1, foi explicado que a literatura crítica à atuação do TCU no controle da regulação identifica no *uso de poderes coercitivos*, notadamente a aplicação de sanções e a adoção de medidas cautelares, alguns dos principais instrumentos por meio dos quais o Tribunal conforma o agir das agências reguladoras e atua, ele mesmo, como regulador. Por tais motivos, a pesquisa ora realizada devotou especial atenção para verificar a aplicação de sanções e o uso de medidas cautelares pelo Tribunal em face da ANTT, o que é feito respectivamente nos subitens 2.6.1 (sanções) e 2.6.2 (medidas cautelares) abaixo.

2.6.1. Aplicação de sanções

Para análise sobre esse assunto, os Acórdãos foram classificados em 3 critérios: “*não*”, quando a aplicação de sanção não chegou a ser sugerida no âmbito do Acórdão; “*sanção proposta pela unidade técnica e rejeitada pelo Tribunal*”, quando a sanção foi discutida, sendo proposta pela unidade técnica que atuou no caso, mas terminou rejeitada no julgamento; e “*sim*”, quando o Tribunal aplicou sanção a um agente público envolvido.

Interessante foi constatar que não se notou, em nenhum caso, instância na qual a sanção não foi proposta pela unidade técnica, mas terminou sendo aplicada por iniciativa dos Ministros do TCU e adotada no Acórdão. Isso vai ao encontro do indicado no item 2.5, de que (i) o julgamento e análise feita pelo Plenário ou pelas Câmaras do Tribunal é pautado pela proposta de encaminhamento das unidades técnicas, que dão o tom à avaliação feita pelos Ministros do TCU; e (ii) o fato de os Ministros do TCU terem uma atuação *menos incisiva ou menos rigorosa* no controle da ANTT em comparação com a unidade técnica, por jamais ter partido dos ministros a iniciativa de aplicação de sanção.

O gráfico abaixo indica os resultados encontrados:

Gráfico 24 – Aplicação de sanções

Fonte: Elaboração própria.

Conforme indicado acima, na *maioria esmagadora dos casos* (187 Acórdãos, ou 93,5% do total), a possibilidade de aplicação de sanção pelo Tribunal sequer chegou a ser cogitada na análise efetuada pela Corte de Contas, seja pela unidade técnica ou pelos ministros. Tais dados indicam que a utilização do poder de *aplicação de sanções é pouco cogitado*, aparecendo, na base de dados ora analisada, em apenas 7,5% dos casos.

Como consequência disso, há duas interpretações possíveis. A primeira é que o poder de aplicação de sanções é pouco importante no exercício pelo TCU de suas atividades de controle, por ser manejado poucas vezes. Já a segunda é que o poder de aplicar sanções se manifesta, primeiramente, pelo seu *efeito dissuasório*: não importa propriamente o número de casos em que ele é efetivamente aplicado, mas a simples possibilidade de seu manejo, juntamente com a criação do temor de que isso ocorra.

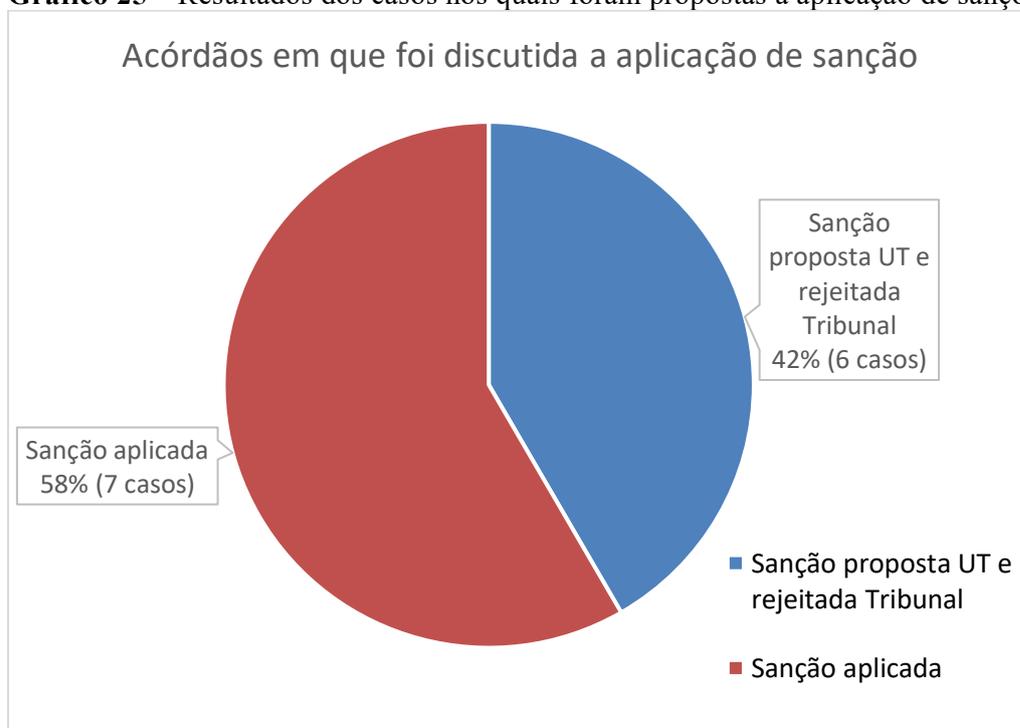
De fato, neste cenário não há como afirmar, com certeza, diante da atual base de dados, qual das interpretações acima delineadas é a correta. *Isso porque, se tratando de algo que não correu, metodologicamente é quase impossível atribuir causas para o fenômeno.*

Não obstante tal limitação, destaca-se que, na visão deste autor, a segunda hipótese parece ser a mais plausível. Isso porque, embora isso não seja verificável com dados objetivos, entende-se a importância da capacidade de aplicação de sanções pela possibilidade de que, em virtude dela, os agentes públicos controlados procurem agir conforme o que o TCU entende como correto. Ou seja, o Tribunal cogitaria, na prática, a aplicação de sanção em poucos casos pois na maioria deles o efeito dissuasório (ou seja, a mera ameaça) já teria

cumprido os seus efeitos. No entanto, justamente por não ser passível de testes objetivos na presente ocasião, tal opinião é apenas uma explicação tentativa –dentre outras possíveis- para o número relativamente pequeno de casos em que foi discutida a possibilidade de aplicação de penalidades no controle da ANTT.

Outro fator de grande interesse é notar que, nos 13 Acórdãos em que aplicação de pena foi sugerida na proposta de encaminhamento elaborada pela unidade técnica, o Tribunal *rejeitou sua aplicação em 6 deles*, ou seja, quase metade. O gráfico a seguir ilustra a proporção desses casos, para melhor visualização:

Gráfico 25 – Resultados dos casos nos quais foram propostas a aplicação de sanções



Fonte: Elaboração própria.

Ou seja, verifica-se que a análise dos Acórdãos feita pelos Ministros do TCU também exerce, aqui, uma postura de moderação em relação às pretensões de punição da unidade técnica, ao rejeitá-la em 42% dos casos em que proposta. Mesmo em casos nos quais o TCU verifica a ocorrência de irregularidade, a conduta do gestor público é mais facilmente escusada pelos Ministros do TCU, seja o Min. Relator¹⁹⁹ ou mesmo Min. Revisor.²⁰⁰

¹⁹⁹ Por exemplo, no Acórdão 2.287/2009, referente à contratação pela ANTT de serviços de transporte aéreo de documentos, na qual o TCU identificou falhas na licitação e execução contratual, a unidade técnica (Secex) identificou falhas e sugeriu a aplicação de penalidades a gestores da ANTT; porém, o Min. Relator decidiu que, embora sua atuação tenha sido ir regulador, pelos valores baixos envolvidos e pelos gestores terem

Nos 7 casos em que sanções foram impostas, todos dizem respeito à aplicação da penalidade de multa, nos valores de R\$ 2.500,00 até R\$ 17.000,00 por servidor. Em três deles, destaca-se que a multa foi aplicada *não a servidor da ANTT, mas sim a ex-Diretores do DNER*, órgão público federal que, até a criação da ANTT, era responsável por atuar como Poder Concedente dos contratos de concessões rodoviárias federais. Isso ocorreu pois os Acórdãos, expedidos nos anos de 2002 e 2004, analisavam fatos anteriores à assunção pela ANTT da função de gestora e reguladora das referidas concessões, sendo as multas impostas para punir irregularidades anteriores a 2001. Em outro Acórdão, a multa foi aplicada a servidor do Ministério dos Transportes. Assim, em apenas 3 dos 7 Acórdãos acima assinalados é que houve aplicação de multas a servidores efetivos da ANTT, todos relacionados a concessões rodoviárias.²⁰¹

2.6.2. Medida cautelar

Assim como o ocorrido em relação às sanções, foram utilizados três campos para classificar os Acórdãos no tocante às medidas cautelares: “*não*”, quando ela sequer é mencionada; “*sim*”, quando é informado que, em algum momento anterior do processo, o Min. Relator ou o órgão julgador (Câmara ou Plenário) aplicara medida cautelar; e “*cautelar*”

posteriormente tomado medidas para rescindir o contrato, não seria necessária a aplicação de multas, pelo princípio da proporcionalidade.

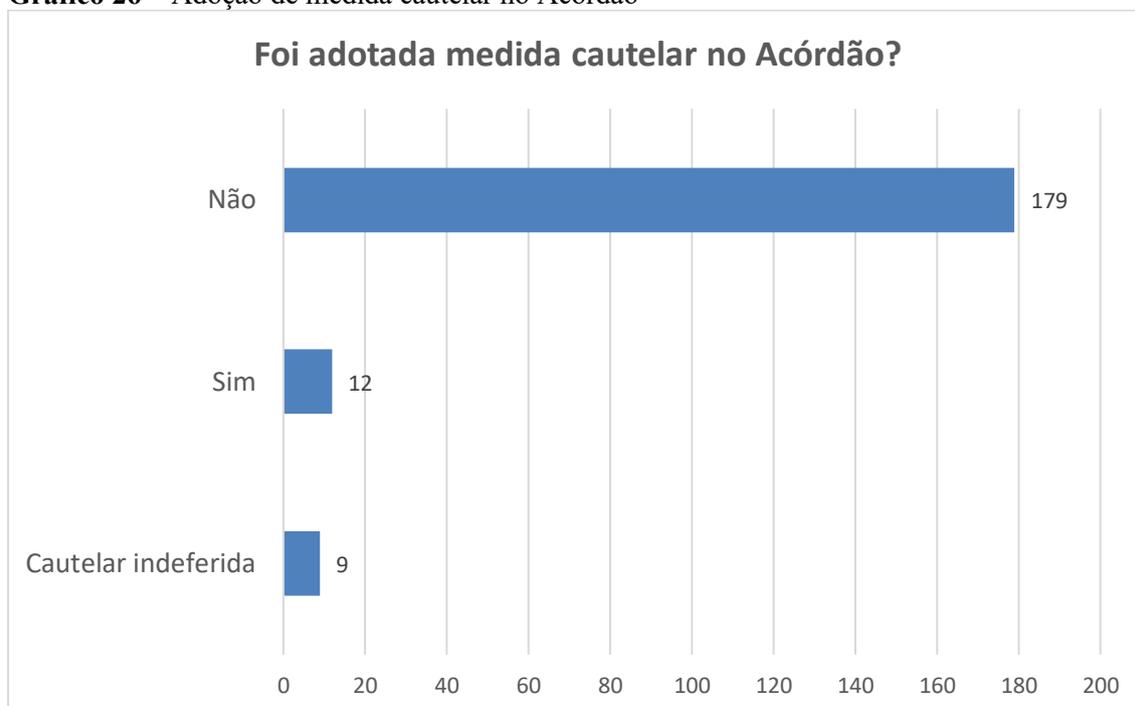
²⁰⁰ Isso ocorreu, por exemplo, no Acórdão 738/2017, que discutiu o caso da **nova subida da serra** na concessão da BR-040/MG-RJ, administrada pela concessionária CONCER: nele, em síntese, foi firmado pela ANTT termo aditivo para a realização de obras não previstas inicialmente no PER de duplicação da subida da serra de Petrópolis, com a existência de pagamentos diretos à Concessionária; porém, o TCU enxergou diversas irregularidades na celebração do aditivo e determinou sua anulação. Para além disso, no citado Acórdão, a unidade técnica (SeinfraRodovia) propôs a aplicação de multa a diversos gestores públicos do Ministério dos Transportes e da ANTT, incluindo todo o Conselho Diretor da Agência; o Min. Relator do caso, Walton Alencar Rodrigues, inicialmente concordou com a proposta de aplicação de sanção a alguns dos integrantes, porém **voto revisor** do Min. Bruno Dantas, que se sagrou vencedor no ponto, considerou que, embora a conduta tomada fosse irregular, considerou “*excessiva a apenação dos dirigentes da agência*”, e ela não foi praticada.

²⁰¹ Dois casos (Acórdão 2061/2015 e Acórdão de Relação 1276/2016) dizem respeito à mesma multa, aplicada em avaliação da execução do contrato da concessionária ViaBahia, pelo TCU ter entendido que a ANTT forneceu a autorização para o início da cobrança de pedágio antes do cumprimento dos requisitos devidos, além de identificar aprovação de obras sem a devida verificação. O terceiro caso (Acórdão 1366/2019) é relacionado à concessionária Autopista Litoral Sul (BR-101/SV e BR 116/376/PR, trecho entre Florianópolis e Curitiba), e diz respeito à ausência de execução do contorno rodoviário de Florianópolis.

indeferida” quando esta fora solicitada ou por representante/denunciante ou pela unidade técnica, mas foi rejeitada pelo Tribunal.

O gráfico abaixo elenca os resultados verificados:

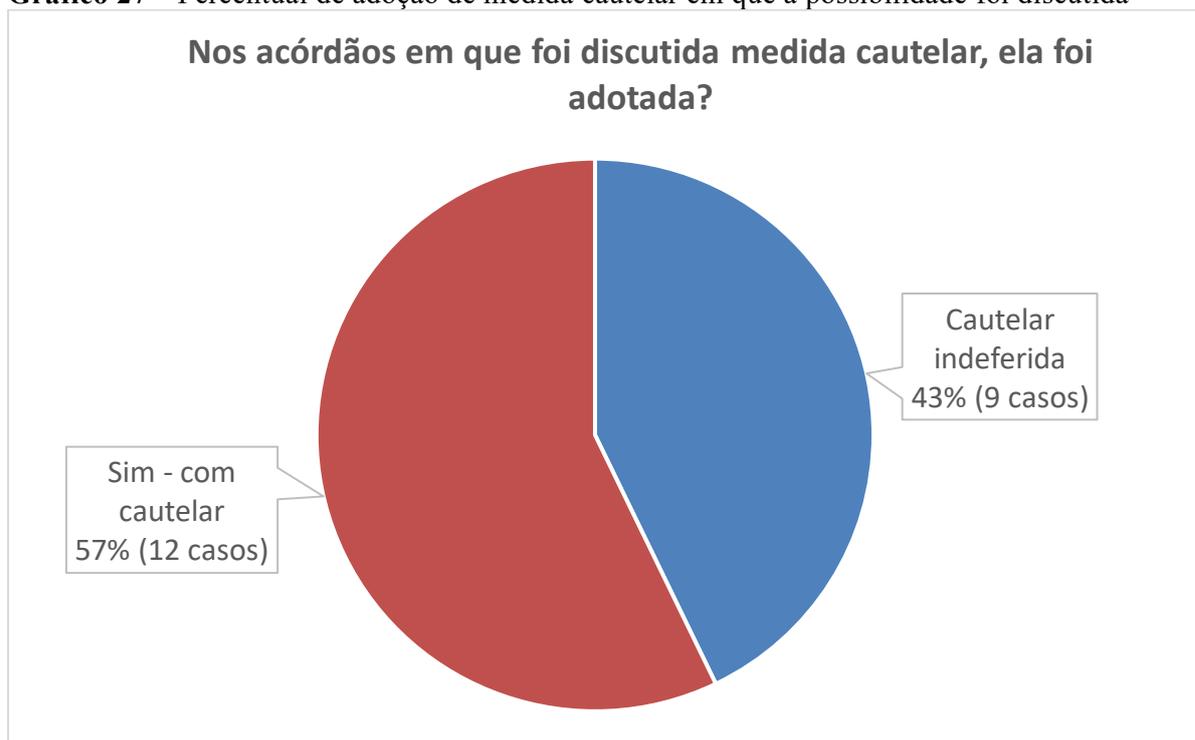
Gráfico 26 – Adoção de medida cautelar no Acórdão



Fonte: Elaboração própria.

Assim, novamente de forma similar ao verificado em relação às sanções, na maioria esmagadora de 179 Acórdãos (ou 89,5% do total), a aplicação de medida cautelar sequer foi cogitada.

Nos demais Acórdãos, foi aplicada medida cautelar em um total de 12 vezes e, em 9 Acórdãos, a proposta de aplicação de medida cautelar terminou sendo rejeitada pelo Min. Relator ou pelo órgão colegiado do TCU. Confira-se, no gráfico abaixo, a proporção de medidas cautelares aplicadas e rejeitadas:

Gráfico 27 – Percentual de adoção de medida cautelar em que a possibilidade foi discutida

Fonte: Elaboração própria.

Na maioria dos 21 Acórdãos em que foi cogitada, a medida cautelar diz respeito à *proposta de suspensão de licitações conduzidas pela ANTT*, seja para celebração de contratos administrativos da agência (atividades-meio), ou para a celebração de licitação para concessões rodoviárias, ferroviárias, ou permissão de transporte rodoviário interestadual. Outros casos dizem respeito a cautelares com o fim de impedir a celebração de termos aditivos contratuais em contratos de concessão rodoviárias, ou para impedir aplicação de revisões tarifárias no valor das tarifas de pedágio, também em concessões rodoviárias. Um único caso diz respeito a cautelar proposta pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas com fim de determinar à ANTT que se abstinhasse de celebrar novos termos de ajustes de conduta com concessionárias.

Nos 9 casos em que a cautelar foi rejeitada, em 5 deles tal ocorreu pelo Tribunal entender que não estariam presentes os requisitos autorizativos para sua concessão, quais sejam, o *periculum in mora* ou o *fumus boni iuris*, por não ter vislumbrado ameaça de dano. Nos demais casos, em 3 Acórdãos o Tribunal decidiu que seria necessária a análise a fundo do assunto; em 1 caso decidiu pela perda de objeto, pois o contrato em questão cuja formação se visava impedir já havia sido assinado.

Por fim, dos 12 Acórdãos que mencionam a existência de cautelar concedida, é importante ressaltar que 5 deles foram expedidos no mesmo processo, que se refere à

avaliação de revisão tarifária feita na Concessionária Eco-101.²⁰² Como 5 Acórdãos mencionam a existência de cautelar anterior, eles foram marcados como “*sim*” na tabela de controle; porém, todos se referem à mesma medida cautelar. O mesmo ocorre em relação a 2 Acórdãos que mencionam a mesma medida cautelar, expedida para suspender leilão de transporte rodoviário de passageiros interestadual.²⁰³ Assim, na verdade, os 12 Acórdãos em questão mencionam apenas *7 medidas cautelares distintas deferidas pelo TCU*, diminuindo ainda mais a representação do número de medidas cautelares efetivamente adotadas pelo Tribunal.

Dessa forma, percebe-se que também *é raro o Tribunal emitir medidas cautelares no controle da ANTT*.

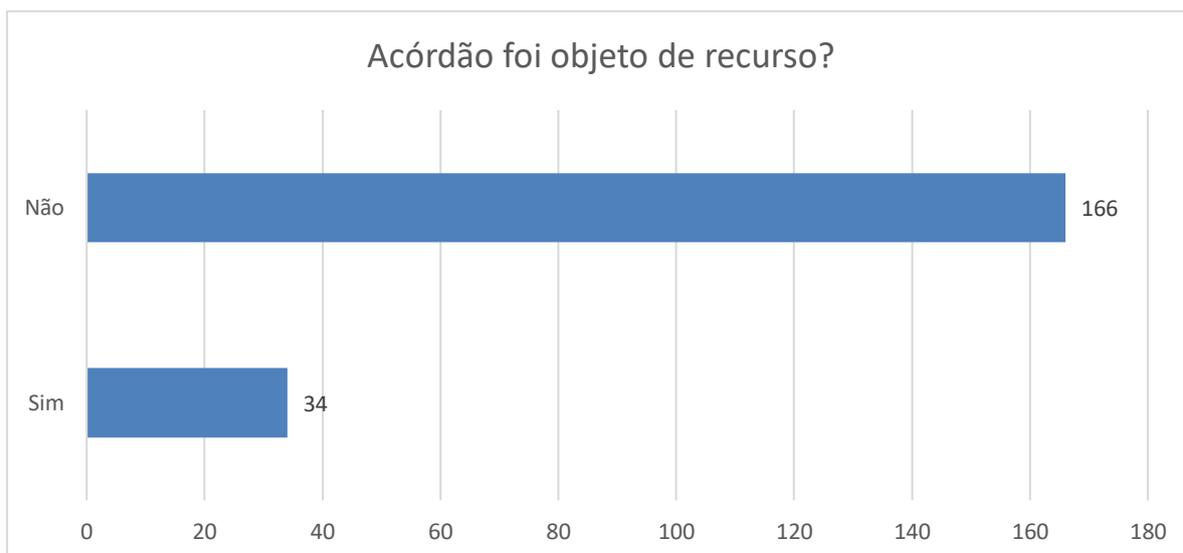
2.7. Recursos apresentados contra as decisões

Por fim, o último dado ora objeto de análise quantitativa é a *apresentação de recursos contra os Acórdãos do TCU*. Cruzando o número dos processos encontrados, foi possível verificar a interposição de recursos pela agência, por particulares afetados pela decisão do Tribunal, ou mesmo pelo Ministério Público junto ao TCU, em face dos Acórdãos avaliados. O gráfico abaixo elenca os dados levantados:

Gráfico 28 – Apresentação de recurso contra os Acórdãos do TCU

²⁰² Processo 012.831/2017-4, no âmbito do qual foram expedidos os Acórdãos 1473/2017, 290/2018, 14161/2018, 1955/2018 e 2175/2019.

²⁰³ Acórdãos 1026/2015 e 2730/2015.



Fonte: Elaboração própria.

Assim, é possível perceber que, dos 200 Acórdãos da base de dados, foram apresentados recursos – quais sejam, embargos de declaração e pedidos de reexame/reconsideração – em face de 34 deles, o que corresponde a 17% do total de Acórdãos.²⁰⁴

Isso significa que, embora na maioria dos casos a decisão tomada pelo TCU não seja questionada, houve irresignação *em número relevante* – 34 Acórdãos – por meio da apresentação de recursos. Ou seja, este é um importante instrumento disponível à ANTT e a outros interessados para reagir em face das cominações determinadas pelo TCU em suas atividades de controle, que será avaliado de forma qualitativa no âmbito do Cap. 3.

2.8. Conclusões parciais da análise quantitativa

Ao longo do presente capítulo, foram apresentados dados quantitativos, extraídos da base de casos, dos quais foi possível extrair interessantes conclusões a respeito de como o TCU exerce o controle da ANTT. Assim, o presente item sintetiza os principais achados, fazendo o seu confronto com as sete hipóteses elencadas na introdução.

O primeiro ponto a ser ressaltado é que, conforme exposto no item 2.2.2, que analisou a distribuição temporal dos acórdãos, *não é possível extrair dos dados que o número de*

²⁰⁴ Há um certo problema de contagem aqui, pois os Acórdãos nos quais foram julgados os recursos apresentados também contam como “Acórdãos” para formar os 200 casos da base de dados. Assim, para o cálculo percentual de Acórdãos “originais”, o mais correto seria extirpar da contagem os 34 Acórdãos emitidos para decidir os recursos ora apresentados. Assim, calculados sobre um total de 166 Acórdãos “originais”, tem-se que 20,48% deles foi objeto de recurso – um ligeiro aumento em seu percentual.

Acórdãos tenha aumentado com o passar dos anos. De fato, de 2002 a 2018, o número de decisões expedidas no controle da ANTT manteve-se relativamente próximo à média de 11,5 Acórdãos por ano. A exceção foi um pequeno pico no número de casos entre 2009 e 2012, onde foram prolatados cerca de 15 a 20 Acórdãos por ano, porém a partir de 2013 o número voltou a ser próximo à média histórica. Não obstante, é preciso ressaltar que, como não foram analisados todos os Acórdãos expedidos pelo TCU no controle da ANTT no período, é possível que em uma análise da íntegra das decisões o resultado seja diferente.

O segundo fato que chama atenção é o de que *o controle exercido pelo TCU se concentra na atividades-fim da ANTT.* Conforme apontado no item 2.3 acima, *85% dos Acórdãos foram expedidos no controle de suas atividades-fim*, com as atividades-meio (como matéria ligada a servidor, contratos administrativos comuns internos da ANTT e orçamento) sendo objeto apenas de 15% do total. E, de todas as atividades exercidas pela ANTT, a mais controlada é a referente às concessões rodoviárias, com 55% do total de acórdãos.

O tipo de processo em que foram exarados os Acórdãos também corrobora que o foco da atuação do TCU são as atividades regulatórias exercidas pela ANTT. Isso fica claro pelo fato de o tipo de processo com mais Acórdãos ser o referente à desestatização, com 52 casos ou 26% do total, nos quais o TCU exerce o controle sobre outorgas de concessões rodoviárias, ferroviárias e de transporte rodoviário de passageiros. O segundo tipo mais comum, processos de representação, com 51 Acórdãos, não permite identificar qual é a atividade desenvolvida pela ANTT objeto de controle, porém o terceiro tipo mais comum, o processo do tipo relatório de auditoria, possui relação estreita com o controle de atividades regulatórias da ANTT. Por outro lado, verificou-se pouca atuação do TCU no controle de gestão de pessoal e no financeiro-orçamentário.

Não obstante o acima destacado, é possível que número relevante de casos referentes ao controle de gestão de pessoal da ANTT esteja *sub-representado*, pela menor proporção de Acórdãos de Relação na base de caso analisada em relação ao total de Acórdãos expedidos pelo TCU no controle da ANTT entre 2002 e 2018. Assim, é necessário fazer essa ressalva.

O terceiro ponto a ser destacado é que, no tocante a determinações e recomendações, em 55% dos Acórdãos analisados o TCU não emitiu esse tipo de comandos à ANTT. Por outro lado, nos 90 Acórdãos em que houve determinações e recomendações, foi identificado um número elevado de cominações, com 561 determinações, 36 determinações para encaminhar informações e 136 recomendações, em um total de 733 comandos à ANTT. Isso faz com que, na média, haja um número relativamente elevado de 3,665 comandos por

Acórdão da base de dados, dos quais 2,985 são determinações e 0,68 recomendações por Acórdão.

A partir disso, é possível verificar que se, por um lado, em mais da metade dos Acórdãos não há comandos do tipo determinação ou recomendação, em muitos Acórdãos nos quais esses comandos estão presentes há um número elevado deles. Destaca-se o fato de que, em 13 casos diferentes, foram identificadas mais de 10 determinações, chegando ao ponto de se registrar 3 Acórdãos com 40 recomendações. Com isso, *conclui-se que, embora o TCU em muitos casos não atue para ordenar ou sugerir condutas em concreto à ANTT, quando ele efetivamente o faz há significativo grau de incidência do Tribunal sobre a agência.*

A proporção relativa de determinações e recomendações, de aproximadamente 4 para 1, com 76% das cominações sendo determinações, 19% recomendações e 5% determinações para encaminhar, *também indica que o TCU atua de forma mais impositiva do que dialógica no controle da ANTT.*

Na sequência, ainda sobre o mesmo tema, o quarto ponto é que a *maioria das determinações e recomendações incide sobre o exercício das atividades-fim da ANTT*, conforme suas competências previstas na Lei 10.233/2001. Dos 90 Acórdãos em que há cominações, 24 não incidem sobre o exercício de atividades-fim da ANTT (ou por serem referentes a atividades-meio, ou pelo TCU não exigir conduta referente à como a ANTT exerce suas atribuições), 6 incidem parcialmente sobre as atividades-fim da ANTT (por serem referentes às atribuições da ANTT, mas, ao mesmo tempo, reconhecerem espaço para a agência atuar da forma que avaliar mais adequada), e 60 incidem sobre as atividades-fim da ANTT (por indicar como a agência deve agir). Ou seja, em dois terços dos casos em que há determinações e recomendações, elas incidem sobre a forma pela qual a ANTT executa suas atribuições, corroborando que o Tribunal foca sua atuação em matéria regulatória, como indicado pela atividade controlada.

O quinto ponto verificado é que, no processo interno de decisão, o Tribunal *na maioria dos casos acolhe integralmente a avaliação da unidade técnica*: dos 179 Acórdãos em que o parecer da unidade técnica foi informado ou disponibilizado, em 136 Acórdãos, ou 75,98% dos casos, o Tribunal acolheu integralmente a proposta de encaminhamento por ela apresentada. Assim, é possível confirmar na prática o apontado pela literatura crítica, que ressalta a importância da atuação da unidade técnica no controle exercido pelo Tribunal sobre as agências reguladoras.

Contudo, destaca-se também que, em 35 dos 43 casos em que o Tribunal discordou da avaliação da unidade técnica, ou 81% deles, os Ministros do TCU adotaram uma postura de

menor rigor no controle e maior deferência à agência, por discordar de medidas mais duras sugeridas pela unidade técnica – por exemplo, expedindo um número menor de determinações, transformando-as em recomendações, ou alterando a proposta da unidade técnica para ser menos interventiva. Isso aponta que o Tribunal exerce, de certa maneira, nos casos em que não é acolhida integralmente a proposta de encaminhamento da unidade técnica, *uma função moderadora sobre sua atuação*, diminuindo o grau de intervenção realizado.

No mais, o sexto ponto a ser destacado é a baixíssima presença de votos revisores exarados pelos Ministros do Tribunal nos Acórdãos envolvendo a ANTT e um número menor ainda de votos revisores divergentes. Os dados são expressivos, visto que 187 dos Acórdãos foram julgados por unanimidade e, dos 13 restantes, apenas 8 tiveram voto revisor divergente.

Como sétimo ponto, foi possível verificar que, ao contrário do inicialmente imaginado, o Tribunal *utiliza em poucas ocasiões seus poderes coercitivos para aplicação de sanções e adoção de medidas cautelares*. Quanto às sanções, elas só foram discutidas, por sugestão da unidade técnica, em 13 dos 200 Acórdãos (7,5% do total), sendo efetivamente aplicadas em apenas 7 e rejeitas nos demais. Já no tocante às medidas cautelares, elas foram discutidas em 21 dos 200 Acórdãos (10,5% do total), sendo adotadas em apenas 12 deles, e indeferidas pelo Ministro Relator nos demais.

Por último, como oitavo ponto, foi possível perceber um número não desprezível Acórdãos proferidos em recursos apresentados *contra decisões do TCU*: 34 dos 200 Acórdãos (17% do total) dizem respeito a pedidos de reexame, embargos de declaração e agravos contra decisões cautelares, mostrando que os recursos são manejados pela ANTT e por outros interessados em um número significativo de casos.

Diante dos dados acima, *passa-se a confrontá-los com as 7 hipóteses* elencadas na introdução e retomadas ao final do Capítulo 1, para verificar se são capazes de comprová-las ou refutá-las, ao menos parcialmente. Para melhor verificação, os achados são organizados na tabela a seguir.

Tabela 3 – Teste das hipóteses no tocante à análise quantitativa

Hipótese	Resultado	Explicação
(i) O TCU, na maioria dos Acórdãos relativos ao controle de atividades-fim da ANTT, expede determinações que afetam o exercício de suas competências regulatórias, denotando postura	Parcialmente refutado, no tocante à análise quantitativa.	A maioria dos Acórdãos, inclusive os referentes ao controle das atividades-fim, não contém recomendações ou determinações . Por outro lado, nos Acórdãos em que o TCU efetivamente expede cominações, é possível verificar um número elevado delas, em sua maioria no tocante ao exercício de

proativa.		atividades-fim da ANTT. Verificou-se que em 60 Acórdãos, ou 30% do total, as determinações incidiram diretamente sobre as competências regulatórias da ANTT, número que, embora não constitua a maioria dos Acórdãos , ainda assim é expressivo.
(ii) Há certa incongruência entre o discurso adotado pelo Tribunal segundo o qual ele realiza um “controle de segunda ordem” sobre as agências, e a prática verificada da análise da jurisprudência do TCU.	Não verificável pela análise quantitativa.	A verificação da hipótese depende da análise qualitativa.
(iii) O controle do TCU sobre a ANTT intensificou-se ao longo do tempo, quando comparado os primeiros anos da agência até o atual período, pelo número de Acórdãos expedidos.	Refutado, no tocante à análise quantitativa	Salvo pico ocorrido entre 2009 e 2012, o número de Acórdãos por ano expedidos pelo TCU no controle da ANTT manteve-se relativamente estável entre 2002 e 2018, não sendo possível identificar aumento progressivo. Não obstante, é necessário ressaltar que nem todas as decisões expedidas pelo TCU no controle da ANTT foram analisadas, sendo possível que uma análise integral leve a resultados diferentes.
(iv) No processo interno de tomada de decisão do TCU envolvendo a ANTT, o julgamento do Plenário do Tribunal segue quase sempre a proposta de Acórdão expedida pela respectiva unidade técnica.	Confirmado em absoluto.	Na grande maioria dos Acórdãos (136 deles, ou 75,98% dos casos em que foi informada a avaliação da unidade técnica) o TCU adotou integralmente a proposta de encaminhamento da unidade técnica. Ademais, nos casos em que houve discordância, na maioria deles ela foi parcial e não total.
(v) É comum a aplicação de sanção a gestores e a tomada de medidas cautelares pelo Tribunal no controle sobre a ANTT, indicando o uso de poderes coercitivos pelo TCU no controle da agência.	Refutado em absoluto	Foi comprovado o baixo número de aplicação de sanções pessoais a gestores, visto que elas só foram discutidas em 13 casos (6,5% do total), e aplicadas em 7 (3,5%). Algo similar ocorre em relação às medidas cautelares, outro poder coercitivo identificado como relevante.
(vi) A própria ANTT não contesta o controle exercido pelo TCU, aceitando expressa ou tacitamente os seus comandos, não sendo verificada postura de resistência na própria agência.	Não condizente com a análise quantitativa.	O número relevante de Acórdãos expedidos no julgamento de recursos, em um total de 34 deles – considerando que em apenas 90 Acórdãos foram expedidas determinações e recomendações à ANTT, que em tese abrem espaço para eventual irrisignação – indica a prática pela ANTT de interpor recursos

		<p>contra decisões do Tribunal que incidem de forma mais incisiva sobre suas atividades. Embora nem todos os 34 recursos sejam de sua lavra, fato é que a ANTT é responsável por número significativo deles. Assim, a hipótese não condiz com os dados da análise quantitativa sendo necessário, contudo, que o ponto seja confrontado na análise qualitativa.</p>
<p>(vii) O diagnóstico da literatura mais recente de caráter crítico ao TCU, a qual aponta a atuação do Tribunal como um verdadeiro regulador, conformando as decisões das agências reguladoras à sua própria visão discricionária, encontra-se correto em relação à ANTT, quando confrontado com uma base de casos maior.</p>	<p>Embora haja indícios nesse sentido, não é possível afirmar apenas pela análise quantitativa, pois depende de grau de apreciação subjetiva.</p>	<p>Os seguintes indícios favoráveis a esta hipótese foram identificados: (i) a maior parte dos Acórdãos (85%) se refere ao controle de atividades-fim da ANTT; (ii) os tipos processuais indicam controle de atividades-fim da ANTT; (iii) o elevado número de determinações e recomendações expedidas, com a expressiva prevalência de determinações entre os comandos exarados; e (iv) em 2/3 dos casos com determinações e recomendações, elas incidem sobre competências regulatórias da ANTT.</p> <p>Por outro lado, como indícios contrários a este diagnóstico, podem-se citar (a) na maioria dos Acórdãos não há determinação ou recomendação; e (b) o baixo número de casos onde o TCU utilizou os poderes coercivos de sanção e aplicação de medidas cautelares.</p> <p>No mais, esta hipótese depende da análise qualitativa e envolve julgamento subjetivo, de maneira que não é passível de teste apenas quantitativo.</p>

Fonte: Elaboração própria.

A seguir, a análise qualitativa do Capítulo 3 permitirá um teste mais acurado das hipóteses, com se passará a discutir.

3. ANÁLISE EMPÍRICA QUALITATIVA – ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO TCU NO CONTROLE SOBRE A ANTT TIDOS COMO DE MAIOR RELEVÂNCIA

Após a análise quantitativa dos julgados feita no Capítulo 2, este capítulo se destina a efetuar análise qualitativa dos julgados considerados de maior importância para compreensão a atuação do TCU no controle da ANTT. Por meio da discussão mais detalhada de alguns casos, adentrando-se na leitura da íntegra dos julgados – principalmente os relatórios das áreas técnicas e os votos proferidos pelos Conselheiros do TCU – o objetivo é verificar *se e de que forma* o Tribunal efetivamente se comporta *como regulador* no setor de transportes terrestres.

Para realizar análise qualitativa, do universo de 200 julgamentos do TCU presentes na base de dados, foram selecionados alguns deles, com base na importância e representatividade dos temas abordados nos Acórdãos, a fim de realizar uma análise mais aprofundada de como o Tribunal exerce o controle sobre a ANTT.²⁰⁵ Assim, há uma divisão de casos que serão apresentados em cinco grupos diferentes.

O primeiro grupo de casos é relativo ao controle das atividades-meio da ANTT, sendo esta análise feita no item 3.1 a seguir. A ideia é verificar de que forma a ANTT é controlada pelo TCU no exercício de suas atividades-meio – para, na sequência, verificar se há alguma diferença no controle exercido pelo TCU em relação às atividades-fim.

Todos os grupos seguintes de casos analisados, assim, voltam-se ao controle exercido pelo TCU das atividades-fim da ANTT, quais sejam, sua atuação como entidade regulatória no âmbito das concessões rodoviárias (a grande maioria dos casos), nas concessões rodoviárias, nas concessões e permissões para transporte rodoviário de passageiros e em sua atuação regulatória geral. Assim, a ideia é verificar de que forma o TCU exerce o controle sobre as atividades-fim da agência; se ao exercer esse controle, é claro o exercício direto pelo Tribunal de atribuições próprias da ANTT; e como a ANTT se coloca diante da atuação do TCU.

Nesta seara, o mais importante é entender como o TCU entende suas competências para o controle das atividades-fim da ANTT. Assim, esta análise é feita no segundo tópico

²⁰⁵ A seleção dos Acórdãos a serem abordados ocorreu em três etapas subsequentes. A primeira foi quando da realização da primeira leitura dos Acórdãos, sendo eles divididos em 4 (quatro) níveis de importância, por terem pontos que chamam a atenção. A segunda foi a divisão desses Acórdãos pré-selecionados nos 5 (cinco) grupos de temas selecionados. Por fim, a terceira foi durante o processo de escrita do presente capítulo, a fim de evitar que ele se tornasse repetitivo.

(3.2), destacando os Acórdãos nos quais o TCU discute qual a sua competência e como ele deve exercer o controle das atividades-fim da ANTT.

Na sequência, avalia-se também como crucial analisar a postura adotada pela ANTT diante das ações do TCU: ou seja, se agência entende que o TCU estaria atuando dentro de suas competências ou se ela, ao contrário, confronta a atuação do Tribunal, apresentando recursos contra suas decisões e questionando seus entendimentos. Outra postura possível é a capitulação da Agência – ou seja, ela adotar uma postura de *buscar prever e diretamente acatar* as orientações e indicações do Tribunal, de modo a evitar um maior controle *a posteriori*. O assunto é tratado no item 3.3, que versa sobre a reação da ANTT verificada nos Acórdãos perante as decisões do TCU.

Seguindo na análise, reputou-se relevante chamar a atenção a algumas técnicas utilizadas pelo Tribunal para exercer o controle da ANTT, e garantir que a agência observe seus entendimentos e cumpra seus acórdãos. Assim, sobre o título de “*mecanismos de controle utilizados pelo Tribunal*”, o subitem 3.4 analisa os seguintes assuntos verificados na pesquisa: (i) monitoramento efetuado do cumprimento pela ANTT de suas decisões, incluindo a fixação de prazo para atendimento às suas determinações (ii) expedição de medidas cautelares pelo Tribunal; e (iii) aplicação de multas.

Chamada a atenção para estes pontos específicos, o item 3.5 seguinte busca analisar, os casos em que o Tribunal *atuou de forma incisiva sobre as atividades-fim da ANTT*, expedindo uma série de comandos nesta seara, de forma que é possível afirmar que o Tribunal adotou nestes casos, uma *postura regulatória de fato*.

Por fim, o item 3.6 apresenta as conclusões parciais da análise qualitativa, já buscando responder à pergunta sobre se e de que forma o TCU efetivamente é uma entidade regulatória com controle das atividades-meio exercidas pela ANTT, como é apontado pela literatura crítica ao Tribunal analisada no Cap. 1 desta dissertação.

3.1 Análise sobre o controle das atividades-meio da ANTT

Conforme evidenciado no levantamento quantitativo feito no capítulo anterior, trata-se de apenas 30 dos 200 Acórdãos analisados (ou seja, 15% da base de dados). Não obstante, segue a análise de alguns deles, que se voltam majoritariamente ao controle de contratos administrativos firmados pela ANTT e à sua prestação de contas.

Acórdão 304/2004 (24/03/2004) - Rel. Min. Marcos Vinicius Vilaça

Este caso se refere ao controle de licitação feita pela ANTT, na modalidade pregão, para a prestação de serviços de apoio administrativo e auxiliares. Ou seja, trata-se de contratação ligada à terceirização de atividades auxiliares. O processo foi instaurado por representação apresentada por uma cooperativa de profissionais liberais contra ato que a desclassificou do respectivo pregão, em razão de não ter incluído em sua proposta econômica os percentuais legais de recolhimento de FGTS e INSS. O argumento principal foi que sua desclassificação frustrava a competitividade do pregão, pois, por ser uma sociedade cooperativa, não há vínculo empregatício entre ela e seus cooperados, o que inviabilizaria o cumprimento do requisito de habilitação relativo ao recolhimento de FGTS e INSS. O pregão foi vencido por outra empresa, que firmou a contratação em 2002.

Em sua análise sobre o caso, em vez de se focar na representação feita pela entidade cooperada – ou seja, se seria cabível a exigência de recolhimento de FGTS e INSS como requisito de habilitação para a contratação – o Tribunal passou a analisar a regularidade da contratação em si efetuada pela ANTT, para obtenção de serviços voltados às atividades de apoio administrativo. Ou seja, o foco da atuação do Tribunal foi verificar se a ANTT poderia realizar a terceirização dessas atividades por meio de contratação de empresa via pregão, ou se, diversamente, esta seria uma terceirização indevida.

Sobre o assunto, o Tribunal entendeu pela irregularidade da contratação realizada pela ANTT, por se tratar de terceirização de serviços não autorizada pelo Decreto Federal 2.271/1997 (que regulava, à época, hipóteses de terceirização Administração Pública Federal).²⁰⁶ Assim, determinou à ANTT que se abstinhasse de prorrogar a contratação em questão, caso estivesse em vigor, entendendo que as funções auxiliares a ela correspondentes, por envolver atividades que exigiriam subordinação a servidores da agência, deveriam ser solucionados por meio de concurso público ou contratação temporária. Ademais, determinou as seguintes regras para os próximos editais de licitação para a prestação de serviços: (i) em caso de personalidade, habitualidade ou subordinação na prestação dos serviços, deveria ser vedada a participação de cooperativas; (ii) se o serviço licitado for incompatível com o objeto

²⁰⁶ O Decreto Federal 2.271/1997 dispunha sobre a “*contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.*” e foi revogado em 2018.

social da cooperativa, ela deverá ser inabilitada para sua execução; e (iii) se houver a presença concorrente dos três requisitos anteriores (subordinação, pessoalidade e habilidade), a terceirização será ilícita, devendo a ANTT prover o cargo por meio de concurso próprio ou contratação temporária, ainda que suas funções digam respeito a atividades-meio da ANTT.

No julgamento, o Tribunal divergiu inclusive de sua unidade técnica, cuja análise, por não vislumbrar inviabilidade de terceirização dos serviços em questão, voltava-se propriamente a estabelecer critérios para a participação de cooperativas neste tipo de licitação, não lhes aplicando o mesmo tipo de exigências que às demais sociedades. Diversamente da decisão do Tribunal, a área técnica apenas afirmou a necessidade de observância de enunciado do TST sobre o tema de terceirização (Enunciado 331), não chegando a determinar a inviabilidade de prorrogação da contratação, nem que os serviços deveriam ser providos mediante concurso público ou contratação temporária. Ou seja, sua análise foi muito mais próxima ao teor da representação apresentada.

Dessa forma, *o Acórdão chama atenção porque o Tribunal, ao julgar um caso, foi além do solicitado na representação em si e analisou a própria possibilidade de terceirização de serviços realizada pela ANTT, ao final reduzindo de forma substancial o âmbito em que considera possível sua realização, ao declarar a contratação em si como irregular e determinar à ANTT que se organizasse de forma diferente. Assim, o caso denota um controle bastante estrito desta atividade-meio da ANTT, além do que seria inicialmente imaginado.*

Acórdão 735/2005 (08/06/2005) -- Rel. Min. Valmir Campelo

Este Acórdão é referente ao controle de contratação de *software* pela ANTT, na modalidade de pregão, sendo originado de representação feita pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU). Em síntese, o MPTCU alegou a existência de irregularidades na licitação, por inobservância das determinações fixadas pelo TCU em Acórdão anterior (o Acórdão 1.521/2003), que estabeleceria parâmetros para a contratação de produtos de informática pela Administração Pública Federal (especificamente da empresa *Microsoft*), em processo envolvendo outro órgão público diverso da ANTT (a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça).

No julgamento, o voto do Relator (aprovado em Plenário por unanimidade) concordou com os termos da representação, avaliando que a ANTT “*não realizou o planejamento prévio e minucioso preconizado pelo Acórdão 152 – Plenário TCU* (sobre os procedimentos a serem

seguidos na contratação de *softwares* e produtos de informática) e nem incorporou o resultado desse planejamento ao projeto básico”. Ainda, o Relator entendeu que não houve motivação adequada para escolha da marca “*Microsoft*” no processo administrativo de contratação via pregão, devendo a ANTT demonstrar que esta escolha seria a mais razoável na licitação.

De especial atenção para a presente dissertação é que o Relator destacou que os atos em questão praticados pela ANTT eram de “*natureza vinculada*”, acrescentando estar “*configurada a inobservância da Lei 8.666/93 e da Constituição Federal*”, não sendo caracterizados como “*atos discricionários*”. Em seguida, afirma ser “*pertinente o Tribunal formular determinações à ANTT com o objetivo de corrigir as irregularidades detectadas*”. Ou seja, *esta linha de raciocínio*, ao atrelar a vinculação do ato à expedição de determinações, *deixa subtendido que, se os atos fossem referentes a matéria sujeita a juízo discricionário da ANTT, o Tribunal teria menor espaço para a formulação de determinações*.

Assim, no dispositivo do Acórdão foram expedidas determinações sobre a forma pela qual a ANTT deveria conduzir as licitações para contratação de licenças de uso de *software* da Microsoft, para observar diretrizes fixadas pelo TCU em decisão anterior (Acórdão 1521/2003, que não envolve a ANTT).

Acórdão 2213/2006 (22/11/2006) - Rel. Min. Augusto Nardes

Este Acórdão também se refere a contratação efetuada pela ANTT, desta vez de serviços de contagem eletrônica do volume de tráfego e classificação de veículos automotores, sendo originado de representação de licitante, com fins de suspender a respectiva licitação (na modalidade de Concorrência Pública) realizada em 2005. O caso possui interesse pois nele o TCU acolheu o pedido de medida cautelar para suspensão da licitação, formulado pelo representante.

O mérito do caso questionava a possibilidade de a licitação ser realizada com o critério de julgamento por “*técnica e preço*”. O TCU entendeu que o critério de julgamento envolvendo “*técnica*” não poderia ser utilizado neste tipo de licitação, que seria cabível apenas em casos de serviço de natureza intelectual – o que não era o caso da contratação em

questão, devendo a licitação ser realizada apenas por “*menor preço*”.²⁰⁷ Assim, por entender inadequado o critério utilizado, a representação foi conhecida e provida a medida cautelar, sendo determinada a suspensão da concorrência.

Ocorre que, devido à medida cautelar, a ANTT terminou por revogar o próprio Edital da licitação. Assim, quando o caso foi efetivamente a julgamento, restou ao TCU tão-somente (i) revogar a medida cautelar, pois perdera o efeito; e (ii) considerar prejudicado o julgamento do processo, por perda de objeto. Assim, o processo foi arquivado sem julgamento de mérito por perda de objeto da Representação.

O caso é interessante justamente por *demonstrar a força das medidas cautelares*. Em sua manifestação, registrada no voto do relator, a ANTT apresentou justificativa discordando do entendimento do TCU acerca da inadequação do critério por ela adotado, mas mesmo assim, antes do julgamento final, revogou a licitação e providenciou a elaboração e publicação de novo Edital, já observando o entendimento que o TCU reputou como correto.²⁰⁸

Ou seja, mesmo discordando da avaliação do TCU e antes do julgamento efetivo do caso, a ANTT – com base no entendimento prolatado em sede cautelar – adotou o que o Tribunal sinalizara como correto. Este não foi o único caso, na análise efetuada, em foi detectada claramente a reação de capitulação da ANTT para adotar o entendimento do TCU, sendo de fato uma postura relativamente comum em face de medidas cautelares expedidas pelo Tribunal.

Acórdãos 1055/2009 (20/05/2009) e 2297/2009 (30/09/2009) - Rel. Min. Raimundo Carreiro (ambos)

Os Acórdãos dizem respeito a processo administrativo no qual também há controle de contratação feita pela ANTT, referente a serviços de transporte aéreos para entrega rápida de documentos, sendo o processo iniciado por representação de um dos licitantes, desclassificado por sua proposta de preços ter sido considerada inexecutável. Tais Acórdãos são de interesse

²⁰⁷ Além dessa questão central, foram tratados outros pontos laterais, relativos a quais os critérios adotados pela ANTT na respectiva licitação.

²⁰⁸ Cf. trecho do voto do relator no citado processo: “4. *As razões de justificativa apresentadas pelo Diretor-Geral da ANTT (fls. 96/102), embora enfatizem o entendimento daquela Agência no sentido de que os serviços objeto da Concorrência nº 5/2005 são de natureza técnica e especializada, justificando-se, dessa forma, a utilização do tipo “técnica e preço” para licitá-los, dão notícia de que a Autarquia tornou sem efeito o Edital da referida Concorrência, tendo providenciado a elaboração e publicação de novo edital, no qual serão observadas as recomendações do TCU.*”

pois neles o Tribunal rejeitou a proposta feita pela unidade técnica para aplicação de multa aos servidores da ANTT, ou seja, adotou postura de menor intervenção e maior deferência, quando comparada à proposta da unidade técnica – sendo este o padrão verificado na maioria dos casos em que o Tribunal discordou da avaliação da unidade técnica. Ademais, os Acórdãos também demonstram a postura de capitulação da agência face ao TCU, tendo a ANTT rescindido o contrato assinado sem que o Tribunal tenha feito determinação nesse exato sentido.

Em síntese, no Acórdão 1055/2009 (o primeiro), o Tribunal – em consonância com a avaliação da unidade técnica - identificou uma série de irregularidades no respectivo pregão para contratação dos serviços de transporte aéreo de documentos, ligadas ao termo de referência adotado, que não permitiriam a “*aferição segura da melhor proposta*”.²⁰⁹ Na avaliação do TCU, isto configurava violação a diversos dispositivos da Lei 8.666/93 e da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão). No relatório do caso, a unidade técnica (SECEX) sugeriu a rejeição das razões de justificativa da ANTT e a determinação para anulação do respectivo contrato. Por sua vez, o Tribunal adotou postura de menor intervenção, determinando sua limitação a um máximo de 12 meses, vedando prorrogações para além deste período, por entender que a anulação de contrato de serviços continuados “*poderia gerar transtornos à administração contratante, às vezes maiores que o benefício esperado com a nova licitação*”.

Fato interessante do primeiro caso é que, requerida medida cautelar para suspender a licitação, ela foi improvida pelo fato de que, quando a representação foi realizada, o contrato já fora assinado. Assim, a medida cautelar postulada não foi adotada por perda de seu objeto – e não pelo TCU de fato discordar de seu cabimento.

Além da limitação do contrato, o Tribunal determinou a audiência e apresentação de defesa de três servidores da ANTT tidos como responsáveis pela contratação irregular. No âmbito do TCU, tal chamamento significa que está sendo cogitada a aplicação de sanções individuais aos servidores, sendo esta a oportunidade para o exercício do contraditório e ampla defesa.

O segundo Acórdão (2287/2009) avaliou as defesas apresentadas e as acolheu parcialmente. Em suas razões de justificativa, além de tentar descaracterizar sua culpa

²⁰⁹ Tais irregulares seriam referentes à: (i) adoção de planilhas de custos estimativos com composição de preço global sem previsão dos respectivos quantitativos específicos de cada componente dos custos; (ii) ausência de critérios objetivos de aceitabilidade dos preços unitários para aferição de melhor preço; (iii) divergência entre itens da estimativa para definição de preços máximos e os itens modelo adotados na planilha de preços para a licitação, levando à caracterização de objeto imprecisa; e (iv) desclassificação de dois licitantes por propostas imprecisas.

individual pelo ocorrido, os servidores alegaram que a ANTT decidiu por rescindir, por iniciativa própria, o contrato em questão. Para a unidade técnica, os argumentos apresentados não seriam suficientes para elidir a aplicação de penalidade, sendo proposta a aplicação individual de multas.

No entanto, ao analisar o caso, o Min. Relator considerou que, apesar de as condutas dos responsáveis serem aptas, de fato, a ensejar sua punição, *in casu* caberia seu afastamento por dois motivos (a) a modicidade dos valores pagos em razão do respectivo contrato; e (b) justamente pela ANTT ter atuado de forma a rescindir o contrato, o que demonstraria a boa-fé dos agentes públicos em questão. Em relação ao ponto (a), o Relator ponderou que o contrato vigorou por 4 meses, tendo gerado pagamentos de apenas R\$ 7.300,00 à contratante. Já em relação ao ponto (b), foi assinalado que a ANTT deliberou pela rescisão unilateral do contrato, em procedimento iniciado antes da prolação do primeiro Acórdão e concluído menos de uma semana após sua publicação. Assim, diante destes fatos, “*em respeito do princípio da proporcionalidade*”, o Relator afastou a aplicação de multas, acolhendo parcialmente as defesas apresentadas.

Ou seja, *para deixar de aplicar multas, o TCU considerou o quão rápido a ANTT se moveu para rescindir a contratação em questão*, adequando-se assim ao entendimento reputado correto pelo Tribunal. Como este fator foi relevante para não aplicação das multas, é possível cogitar que, se a ANTT não tivesse realizado a anulação do Contrato, o Min. Relator não verificaria a “*boa-fé*” dos administradores da ANTT, sendo possível conjecturar que, nesta hipótese, haveria chances relevantes de aplicação de sanções pessoais.

Esse tipo de *ratio* adotada na decisão acima acaba criando incentivos relevantes para os administradores da ANTT acatarem o mais rápido possível o entendimento que o TCU avalia correto (ou, ao menos, a percepção da ANTT sobre qual seria este entendimento), para evitar o risco de sanções. Com base no verificado neste caso, é possível conjecturar a existência de certa pressão para a ANTT *conformar-se à visão do Tribunal*, antes mesmo de este examinar o mérito de determinado processo. Não é possível afirmar com certeza se essa é uma prática comum do TCU, mas o fato dela ser verificada no presente caso destacou-se na análise realizada.²¹⁰

²¹⁰ Havendo este precedente no tocante às atividades-meio da ANTT, cabe avaliar se situação semelhante é detectada no controle exercido sobre as atividades-fim da ANTT, o que, caso verdadeiro, vai ao encontro das constatações realizadas pela literatura crítica à atuação do Tribunal.

Acórdão de Relação 3559/2012 (26//06/2012) - Rel. Min. José Múcio Monteiro

Este Acórdão se refere igualmente à contratação de serviços de informática pelo TCU, na modalidade de pregão, tendo sido realizada representação contra licitação realizada pela agência. Porém diversamente dos demais casos, *a representação foi considerada improcedente pelo Tribunal*, não sendo expedido comando de suspender a licitação ou anular a contratação em questão. Assim, o caso é citado apenas para deixar claro que há Acórdãos em que o TCU decide não agir, mantendo a contratação.

Apesar disso, o Tribunal aproveitou a ocasião para alertar sobre uma irregularidade encontrada em alguns itens do Edital do Pregão em questão: segundo o TCU, os requisitos de qualificação técnica nele descritos seriam excessivos, pois exigiriam a comprovação de experiência prévia em quantitativo superior às reais necessidades da ANTT. Ao invés de tomar medidas mais drásticas, o Tribunal optou por apenas “*dar ciência à ANTT*” sobre a constatação desta irregularidade.

Com este caso, busca-se alertar para a existência de Acórdãos em que o TCU optou por não agir, escolhendo não intervir em como a ANTT desenvolve suas atividades – no caso, atividade-meio de contratação de serviços de informática. Ao invés disso, o Tribunal apenas deu ciência à ANTT sobre a forma de atuação que ele entende como correta, no que parece ser a pretensão de exercício de uma de “função educativa” sobre o assunto.

3.2 Como o TCU se pronuncia nos Acórdãos sobre a forma pela qual ele deve exercer o controle das atividades-fim da ANTT?

Este item se volta a analisar as discussões, registradas nos Acórdãos, sobre *como o Tribunal deve controlar o exercício das atividades-fim da ANTT*. O ponto central desta análise é o paradigmático *Acórdão 1703/2004*, já citado no Capítulo 1, no qual o Tribunal fixou as linhas-mestras de seu entendimento acerca da forma que reputa adequada para este tipo de controle, fazendo as distinções entre *determinações* – cabíveis no caso de ilegalidades manifestas, que vinculam a ANTT; e *recomendações* – cabíveis quando se está diante do âmbito de escolha discricionária da ANTT, não sendo vinculantes. O tema é retomado em todos os acórdãos posteriores, que partem desta distinção e da constatação, feita neste caso, de que “*não cabe ao TCU adentrar no jogo regulatório*”.

Os acórdãos foram extraídos das atividades-fim da ANTT controladas pelo TCU, sendo a maioria deles referente a concessões rodoviárias, que compõem mais de metade da base de dados. Assim, os itens a seguir analisam os Acórdãos individualmente, com foco em suas principais características.

Acórdão 168/2004 (03/03/2004) - Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues

Neste Acórdão, expedido no âmbito de relatório de inspeção sobre as concessões rodoviárias, o TCU acompanha o cumprimento pela ANTT de decisão anterior (a Decisão 567/2002) relativa à *revisão tarifária dos contratos de concessão rodoviárias*. Esta Decisão 567/2002 foi expedida em face do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, responsável pelas concessões federais de rodovias até a criação da ANTT em 2002.

Na decisão anterior, o TCU havia determinado a revisão dos contratos de concessão rodoviária então existentes para incluir diversos pontos. O principal deles teve o objetivo de compensar ganhos considerados indevidos das Concessionárias, ligados à revisão tarifária aprovada pelo DNER decorrente do início da cobrança de ISSQN (imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência municipal) sobre as concessões rodoviárias.

A questão é a seguinte: o ISSQN só passou incidir sobre os serviços de exploração de rodovia (ou seja, a cobrança de pedágio) a partir da Lei Complementar Federal nº 100, de 22 de dezembro de 1999 (“LC nº 100/1999”). Assim, por se tratar de um encargo tributário superveniente às concessões, que gera ônus às concessionárias na forma do art. 9º, §3º da Lei Federal 8.987/1995 (Lei de Concessões),²¹¹ o DNER, acatando solicitações legítimas das concessionárias, realizou o reequilíbrio econômico-financeiro contratual por meio de revisão tarifária, aumentando a tarifa de pedágio cobrada pelas Concessionárias, de modo a compensar a nova incidência do ISSQN.

Ocorre que, sendo um imposto municipal, o TCU constatou que diversos municípios não chegaram a estabelecer, na prática, a cobrança do ISSQN sobre os pedágios das

²¹¹ “Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...)”

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.”

concessões logo após sua autorização pela LC nº 100/1999. Com isso, para o Tribunal, houve aumento de tarifa (correspondente ao reequilíbrio pela incidência do ISSQN), sem que as concessionárias estivessem efetivamente arcando com o ônus do ISSQN – ou seja, para o TCU ocorreram ganhos indevidos das concessionárias, correspondentes à revisão tarifária sem o efetivo ônus que esta deveria compensar.²¹² Assim, *na Decisão 567/2002, o Tribunal determinou à ANTT a revisão dos contratos de concessão rodoviária*, para que os valores indevidamente arrecadados a título de ISSQN fossem desconsiderados.

Pois bem, o presente Acórdão 168/2004 monitora o cumprimento da decisão anterior, para verificar se, de fato, a ANTT considerou em sede de revisão tarifária os ganhos tidos como indevidos relativos ao ISSQN. Em síntese, o Tribunal (apoiado no relatório de sua unidade técnica, a SEFID), concluiu que a ANTT não havia realizado de forma apropriada esta atividade e, em resposta, passou a dispor com detalhes sobre a forma pela qual a ANTT deveria efetuar o cálculo relativo a este benefício indevido, com instruções específicas sobre cada uma das quatro concessões rodoviárias analisadas. Assim, foram expedidas ao final 27 (vinte e sete) determinações sobre a forma pela qual a ANTT deveria efetuar a revisão tarifária e rever os fluxos de caixa das concessionárias, sendo fixado o prazo de 30 (trinta) dias para a ANTT realizar tais cálculos, além de 1 (uma) determinação adicional fixando o dever de informar o TCU sobre o resultado do trabalho em 30 (trinta) dias.

O julgado é de interesse para a reflexão do controle exercido sobre as atividades-fim da ANTT pois, embora a matéria não seja tratada de forma específica no caso, o Min. Relator reconheceu que o Tribunal estava executando competências da ANTT – ao orientar a forma pela qual a agência deveria realizar as revisões tarifárias – *mas justificou essa atividade sob o argumento de auxiliar na “estruturação da ANTT”*. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do voto:

No âmbito deste Tribunal, auditorias específicas têm sido realizadas com o objetivo de acompanhar *pari passu* as revisões e readequações ocorridas, a fim de manter permanentemente atualizada a memória dos fatos. Tais análises, por certo, podem contribuir com o trabalho da ANTT de acompanhar a execução contratual das concessões rodoviárias e, até mesmo, suprir essas deficiências iniciais. Não obstante, a ANTT deve ser estruturada no mais curto espaço de tempo para cumprir, de forma autônoma, suas atribuições legais.

²¹² A questão possui níveis maiores de complexidade, incluindo também discussão sobre a diferença entre o reajuste autorizado pelo DNER e a alíquota de cobrança do ISSQN, bem como uma discussão anterior sobre a possibilidade de cobrança de ISSQN sobre concessionárias antes da edição da LC nº 100/1999. No entanto, como este não é o foco do presente trabalho, foi feita a simplificação acima.

O TCU estaria, portanto, ajudando a ANTT em suas atribuições de acompanhar a execução contratual e efetuar as revisões tarifárias necessárias, pois avaliou que a ANTT ainda tinha deficiências em sua estruturação, não estando apta para “*cumprir, de forma autônoma, suas atribuições legais*”.

Dessa forma, verifica-se certo “*paternalismo*” do Tribunal em face da ANTT: já que, na avaliação do TCU, a agência não demonstrava condições de exercer adequadamente sua atribuição de efetuar a revisão contratual das concessionárias entendida como devida, o Tribunal estaria *ajudando-a, ao orientar como ela deveria fazê-lo*. Nesse sentido é compreendida a atuação do TCU em ordenar à ANTT o recálculo de revisões tarifárias anteriores, esta que, no entender da autarquia, é uma de suas principais funções como órgão regulador das concessões rodoviárias.

Acórdão 825/2004 (30/06/2004) – Rel. Min. Adylson Motta

Este Acórdão foi expedido em processo de desestatização, que acompanhava a concessão de rodovia federal no Rio Grande do Sul, a concessão rodoviária do polo Pelotas/RS (concessionária Ecosul). A concessão fora outorgada pelo Governo Federal ao Estado do Rio Grande do Sul em 1998, porém, após uma série de problemas contratuais, o Estado a devolveu ao Governo Federal, e com isso seu poder concedente passou do DER/RS (Departamento de Estradas e Rodagens do RS) para a ANTT. Neste contexto, o Acórdão faz 7 (sete) determinações para a ANTT acompanhar a adequação do fluxo de caixa da concessão real às premissas e estimativas da licitação, determinado a verificação de diversos pontos (custos operacionais, cronograma de investimentos, incorporação e trechos adicionais rodoviários ao objeto contratual) e realização da revisão tarifária correspondente, com o fim de manutenção da Taxa Interna de Retorno – TIR inicial da Concessão, após todas as alterações contratuais havidas.

O caso é interessante pois, apesar de verificar indícios de inconformidades no âmbito da execução contratual, o TCU buscou não atuar diretamente para saná-los (o que ocorreria, p. ex., com determinações mais específicas), mas sim determinou que a ANTT fizesse as adequações que entendesse como necessárias, observando os aspectos apontados pelo Tribunal. *Ou seja, ao invés de atuar diretamente, o TCU reconhece a atribuição da ANTT como órgão regulador e sua primazia em atuar*, determinando à agência encaminhar em 180 (cento e oitenta) dias relatório com as modificações realizadas.

Nesse sentido, o voto do Min. Relator afirma expressamente que a ação direta do Tribunal sobre a concessão seria a exceção e não a regra, e que o *TCU deveria atuar por intermédio da agência*. Assim, embora reconheça que o Tribunal pode, de fato, atuar diretamente quando necessário – inclusive citando casos concretos –, pontua que isso deve ocorrer em casos excepcionais, devendo o procedimento ordinário do Tribunal *analisar a atuação da ANTT*. Cf. o seguinte trecho do voto do Relator:

O TCU deve atuar, preferencialmente, por intermédio da Agência. Uma ação direta deste Tribunal sobre a concessão (fiscalização junto à empresa concessionária) justifica-se: por Solicitação do Congresso, Denúncia ou Representação formuladas a esta Corte, ou, quando o Ministro-Relator entender pertinente, em virtude, inclusive, de indícios de irregularidade ou deficiência ou omissão na atuação do órgão regulador. [...]. Assim, embora esta Corte possa fiscalizar diretamente os contratos de concessão de rodovias federais, esta atuação direta deve se dar em casos especiais, como foi visto. Cabe, inicialmente, uma atuação da Agência para dirimir as questões suscitadas no parágrafo 14 desta instrução e outras que a ANTT achar pertinentes, haja vista ser ela a reguladora do setor. Após a sua atuação e justificadas todas as alterações implementadas na concessão sob análise, deve esta Corte se pronunciar sobre o resultado final, que deve ser encaminhado pela Agência a este Tribunal.

As reflexões contidas neste voto são interessantes, podendo ser sintetizadas desta forma: (i) o TCU reconhece que a ANTT é competente para realizar a regulação e as adequações necessárias no Contrato de Concessão; mas também (ii) estabelece que cabe ao TCU acompanhar e fiscalizar como ANTT está atuando, pronunciando-se sobre o resultado final, que a agência deve reportar ao TCU; e (iii) observa claramente que, quando há “*indícios de irregularidade ou deficiência ou omissão na atuação do órgão regulador*” – detectados “*quando o Ministro Relator entender pertinente*”, o TCU poderia adotar uma *ação direta sobre a concessão* – ou seja, determinar o que deve ser feito.

Assim, se, por um lado, o TCU reconhece que é a ANTT que detém a competência para acompanhar a execução dos contratos de concessão rodoviária, por outro, ele *cria um ônus de a ANTT justificar suas ações ao TCU* – que deve considerá-las corretas – e estabelece a possibilidade de o TCU atuar diretamente, no caso de lhe serem apresentadas denúncias ou provocações por órgãos externos (como o Congresso Nacional) ou percebidas pelo próprio Tribunal falhas ou omissão da ANTT. Logo, apesar de o Tribunal aparentar alguma deferência à ANTT ele, na prática, coloca-se na atribuição de rever como a agência fiscaliza a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões rodoviárias, o que acaba por restringir o espaço de atuação da própria ANTT.

Acórdão 1.703/2004 (03/11/2004) – Rel. Min. Benjamin Zylmer

Esta decisão, que já foi referenciada no Capítulo 1, é aquela que veio a se tornar- o *paradigma sobre o entendimento do TCU acerca do controle exercido sobre agências reguladoras*, com o voto do Min. relator *Benjamin Zylmer fixando a distinção entre determinações e recomendações* e apresentando considerações sobre a competência do TCU para fiscalizar a atuação finalística das agências.

O Acórdão é expedido em processo do tipo “relatório de auditoria” sobre a concessão da rodovia BR-116/RJ (Concessionária Rio-Teresópolis), no âmbito de pedido de reexame apresentado pela concessionária em face do Acórdão 988/2004.

O objeto da auditoria era a análise do valor de pedágio na BR-116/RJ, com o TCU na decisão anterior verificando diversas “*impropriedades*” no fluxo de caixa das revisões tarifárias efetuadas anteriormente (revisões 1 a 9 do contrato de concessão), a maioria feita pelo antigo DNER e as mais recentes feitas já pela ANTT. Com o intuito de corrigir as irregularidades identificadas, o TCU expediu um expressivo número de 46 determinações (o maior na base de casos ora analisada), a grande maioria tratando de aspectos específicos das revisões tarifárias anteriores, com um número que varia de 1 a 7 determinações para cada revisão tarifária. Ou seja, as determinações incidiram diretamente sobre as atividades-fim da ANTT, no que diz respeito à sua competência de fixar o valor da tarifa das concessões rodoviárias.

Os comandos expedidos variam desde aplicação tida como inadequada do efeito do ISSQN (questão tratada no Acórdão 168/2004, apresentado acima), passando por correção de valores de investimentos e indo até a matriz de tráfego a ser considerada.²¹³ Ademais, neste

²¹³ Nesse sentido, confirmam-se, p.ex., as 6 (seis) determinações para correção da revisão tarifária 2:
“9.2 - com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92, c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que, no prazo de 30 (trinta) dias: (...)
9.2.5 - adote providências com vistas a corrigir as seguintes impropriedades no fluxo de caixa da revisão 2:
9.2.5.1 - o cálculo do adicional do Imposto de Renda (IR) não observou o estabelecido no art. 11 da Lei nº 9.065/95;
9.2.5.2 - investimentos no total de R\$ 651.969,62 foram incluídos indevidamente no fluxo de caixa (valor maior que o aprovado);
9.2.5.3 - os períodos de incidência considerados para cálculo da CPMF não foram atualizados, haja vista o prazo de vigência do tributo - 23/1/1997 a 22/1/1999 - e a duração do ano concessão - de março a fevereiro;
9.2.5.4 - a matriz de tráfego utilizada para cálculo da receita após a redução dos multiplicadores de tarifas das categorias 3 e 5 não foi atualizada;

acórdão o TCU determina a *aplicação da TIR não-alavancada* (ou seja, sem considerar os efeitos dos financiamentos obtidos pela Concessionária), *no lugar da TIR alavancada* (aquela que considera os efeitos de financiamentos, incluindo juros e amortizações) que vinha sendo utilizada pela ANTT como parâmetro do equilíbrio econômico-financeiro. O efeito prático disso é o seguinte: TIR-não alavancada acaba sendo menor que a alavancada (de 23,29% contra 17,99%), o que termina por diminuir a remuneração da concessionária. Por fim, no Acórdão 988/2004 o TCU também aplicou multa em relação a ex-diretor do DNER.

Em seu recurso, a Concessionária CRT postula a utilização da TIR alavancada, defendendo que ela é o parâmetro contratual para o equilíbrio econômico-financeiro previsto no Edital, e que o TCU não teria competência para decidir o tipo de TIR a ser utilizada.

Um fato a ser destacado é que, quando da apresentação de pedido de reexame, o processo é alocado a outro ministro para atuar como relator. No Acórdão 988/2004, o relator era o Min. Adylson Mota, enquanto, no ora analisado Acórdão 1.703/2004, o relator passou a ser o Min. Benjamin Zymler. A diferença é importante, pois o Min. Adylson Mota apresentou voto defendendo o desprovimento do recurso e a manutenção da decisão anterior, entendendo que o TCU “*não pode abrir mão de uma faculdade constitucional e legal*” e deixar de sanar irregularidades. Contudo, tal voto restou vencido, com o Plenário do Tribunal adotando o voto do novo relator.

Em seu voto, o Min. Benjamin Zymler concordou no mérito com a avaliação da unidade técnica, exarada na decisão anterior, sobre a correção da utilização da TIR não alavancada. No entanto, ele passou a traçar considerações sobre como o TCU deve finalizar as atividades-fim das agências reguladoras, diferenciando casos em exame da análise sobre a atividades-meio da ANTT. Confira-se trecho do voto:

13. Superada a discussão sobre o mérito das determinações dirigidas à ANTT, cumpre analisar a competência do TCU para expedir determinações relativas às atividades finalísticas das agências reguladoras. Ressalto não

9.2.5.5 - não houve ajuste na receita da concessionária para considerar, não só o atraso no reajuste de 1997, mas também o decorrente do arredondamento da tarifa a ser cobrada e a utilização de índice provisório;

9.2.5.6 - a exclusão do ISSQN ocorreu a partir de data diversa da determinada pela Portaria MT nº 278/99;”

haver dúvida quanto à competência desta Corte no que concerne à atuação da área-meio dessas entidades. Assim, não está em questão, por exemplo, a possibilidade de este Tribunal determinar a adoção de um procedimento referente a uma licitação para a aquisição de bens de consumo ou à concessão de uma determinada vantagem salarial aos servidores desses entes reguladores.

Após considerar a importância do arranjo político-institucional instaurado pela criação das agências reguladoras, no contexto de reforma do Estado brasileiro, e ressaltar o seu papel para a prestação de serviços adequados, *afirma que o controle externo é importante para “verificar a eficiência e economicidade da atuação das agências reguladoras”*. Na sequência, defende que o TCU pode emitir pareceres técnicos para esclarecer questões controvertidas afeitas à regulação e destacou a consagração do princípio da eficiência no art. 37 da Constituição da República, bem como o enfoque gerencial da Administração Pública Contemporânea e a importância do Tribunal para o controle social das agências, como maneira de compensar a sub-representação dos usuários.²¹⁴ Como decorrência desse raciocínio, enxergou ser necessária a atuação do TCU para análise dos atos das agências e de seus resultados, concluindo que o Tribunal pode atuar no controle de suas atividades-fim, sendo a verdadeira questão quais os limites desse papel do TCU: *“25. Com fulcro nessas breves considerações, entendo ter ficado patente que o TCU possui competência para fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras. Entretanto, cumpre analisar a forma como o Tribunal deve atuar e os limites dessa atuação.”*

Para o ministro, a atuação do TCU deve ser *“complementar à ação das agências reguladoras”*, que suplementa a fiscalização da prestação dos serviços públicos delegados pela agência. Ao mesmo tempo, destaca que *“a Corte de Contas não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição”*, nesse momento proferindo a frase que é muitas vezes repetida em outros Acórdãos de que *“a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda ordem”*, não devendo *“versar sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado.”*

²¹⁴ Confira-se este argumento: *“24. Finalmente, deve-se considerar que a atuação do Tribunal de Contas da União, analisando detalhadamente os atos praticados pelas agências e divulgando o resultado de seus trabalhos, facilita sobremaneira o exercício do controle social. Afinal, os usuários dos serviços públicos não dispõem de assessoria profissionalizada para fazer frente aos interesses dos grupos mais organizados. Ressalto que um dos desafios das democracias modernas é a construção de um modelo de governo baseado no controle exercido pela sociedade civil sobre os detentores do poder político. Aliás, nesse sentido, nossa Lei Maior previu a participação do usuário na Administração Pública direta e indireta.”*

O próprio ministro reconheceu que, no passado, o Tribunal exerceu funções típicas de órgão regulador e que essa atuação é indevida; porém, que ela só foi realizada quando as agências estariam se estruturando. Assim, a tendência implícita no voto é que, *com o passar do tempo e a consolidação das agências, o TCU restringiria a sua atuação*. Com isso, há o pressuposto de quanto mais desenvolvida e estruturada a agência, menor seria a intensidade do controle exercido pelo Tribunal. Pela sua importância, cita-se todo o parágrafo:

27. Ressalto que, em várias ocasiões, o Tribunal exerceu funções típicas de órgão regulador. Essa atuação, que pode ser considerada indevida, foi necessária quando as agências reguladoras, por se encontrarem em sua fase inicial de implantação, ainda não dispunham das condições necessárias para exercer plenamente as respectivas competências. Ocorre que essa fase está se encerrando, pois a maior parte das entidades reguladoras está se estruturando, inclusive no que concerne à formação de seus quadros de pessoal. Aduzo que, se esta Corte de Contas invadir o âmbito de competência das agências reguladoras, ainda que movida pela busca do interesse público, o TCU contribuirá para o incremento da ‘incerteza jurisdicional’, que gera o receio de que os contratos não serão cumpridos na forma em que foram celebrados e implica o incremento do custo indireto de transação dos investimentos internacionais, consoante lembrado pelo ilustre Procurador-Geral. Assim sendo, entendo que, daqui por diante, o TCU deve procurar restringir sua atuação de forma a adequá-la aos parâmetros constitucionais e legais.

No mais, é apontado que: (a) a atuação do TCU é justificada pela excelência técnica do Tribunal, obtida por este ter visão sistêmica sobre diferentes agentes reguladores; (b) o TCU “*não pode assumir a condição de defensor de quaisquer dos grupos em disputas*”, devendo atuar em defesa de estabilidade das regras e do cumprimento dos contratos; e (c) não poderia haver de parte do Tribunal preocupação exclusiva com a modicidade tarifária, pois isso poderia inviabilizar a prestação de serviços públicos adequados.

Arrematando o voto, é feita a célebre e posteriormente consagrada distinção entre *determinações e recomendações*, afirmando que as primeiras são cabíveis em um *ato vinculado*, enquanto que a *segunda seria a maneira adequada para controle de atos discricionários*. Contudo, caso na prática de ato discricionário fosse detectada algum vício de legalidade, o TCU também poderia expedir determinação para sua correção. Confira-se a justificativa, pelo voto:

31. Finalmente, ressalto que, no exercício do controle externo das concessões de serviços públicos, o TCU se defronta com dois tipos de atos

praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários. Quando os atos supostamente irregulares forem do primeiro tipo, ou seja, quando as entidades reguladoras tiverem violado expressa disposição legal, o Tribunal pode determinar a esses entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas. Por outro lado, quando se tratar de atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, esta Corte de Contas pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas por ela mais adequadas. Afinal, nessa última hipótese, a lei conferiu ao administrador uma margem de liberdade, a qual não pode ser eliminada pelo Tribunal de Contas da União.

32. Contudo, caso o ato discricionário sob enfoque contenha vício de ilegalidade, esta Corte de Contas será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão.

33. Com espeque nesses argumentos, entendo que compete a este Tribunal recomendar a adoção das providências que se fizerem necessárias para tornar mais eficiente a atuação finalística e discricionária das agências reguladoras. De maneira semelhante a que se verifica nas auditorias operacionais, agora tão frequentes nesta Corte, o produto final das auditorias realizadas nessas atividades deve ser um conjunto de propostas e recomendações, cuja implementação propiciará uma maior qualidade na prestação de serviços públicos. Porém, quando for detectado o descumprimento de uma norma jurídica, o TCU pode e deve determinar a adoção das medidas tendentes a ilidir essa irregularidade.

Ao final, o relator deu parcial provimento ao recurso, para *transformar algumas determinações em recomendações*. A principal delas foi, ao invés de *determinar a adoção da TIR não-alavancada* como parâmetro do equilíbrio econômico-financeiro da Concessão, o TCU recomendou à ANTT que “*analise a conveniência e a oportunidade de reavaliar os índices de correção utilizados nas revisões 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8, considerando a Taxa Interna de Retorno - TIR resultante do fluxo de caixa não-alavancado da proposta (17,28%)*”, para o contrato da concessionária CRT.

Ademais, algumas determinações foram excluídas e, em outras, o TCU alterou a sua linguagem. Ao final, o número total de determinações do Acórdão foi diminuído, de 46 (quarenta e seis) para 35 (trinta e cinco), sendo criadas duas recomendações. Assim, a ANTT logrou êxito parcial com o recurso, diminuindo o grau de intervenção do TCU sobre suas atividades neste contrato de concessão em específico.

Conforme acima explicado, *este Acórdão 1703/2004 tornou-se o paradigma no TCU para o controle de atividade-fim das agências reguladoras e de atos discricionários*, sendo

seu entendimento constantemente referendado pelo Tribunal, principalmente a distinção entre recomendações e determinações.

Acórdão 150/2006 (15/02/2006) – Rel. Min. Lincon Magalhães da Rocha

O Acórdão, expedido no âmbito de pedido de reexame, é destacado por nele ter sido apresentado *voto revisor divergente*, o qual defendeu uma atuação *mais restrita no controle da ANTT*, com maior espaço de deferência do Tribunal às decisões tomadas pela agência. Contudo, esse voto acabou vencido, acompanhando a maioria o relator pelo desprovimento do pedido de reexame.

Os fatos que levaram à decisão são os seguintes: em meados dos anos 90, o Governo Federal firmou com o Estado de Santa Catarina convênio para delegar àquele estado o poder de gerir concessão da rodovia federal BR-470/SC. Assim, houve licitação e o Estado de Santa Catarina firmou, em 1998, contrato de concessão com a concessionária denominada “Ecovale”. Contudo, com o passar do tempo, havendo diversas disputas entre o Estado de Santa Catarina e a concessionária em questão, bem como controvérsias sobre eventuais irregularidades praticadas quando da licitação, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina expediu determinação para o DER/SC (Departamento de Estradas de Rodagem daquele estado, que atuava como poder concedente) *anular* o contrato de concessão e *denunciar o convênio de delegação firmado com a União*, e o DER/SC assim o fez. Na sequência, a Concessionária Ecovale recorreu ao TCU buscando reverter a decisão do TCE/SC e do DER/SC, sob o argumento, entre outros, de que apenas a União poderia anular o contrato de concessão e que, como o Estado de SC estaria atuando por delegação, seria ilegal sua tentativa de anulação.

Contudo, no Acórdão 514/2005, o TCU negou provimento ao recurso, entendendo que a Corte de Contas Federal não seria instância revisora de decisões de Tribunal de Contas do Estado nem de órgãos de outros entes federativos. O TCU consignou, ainda, que a União e a ANTT não poderiam se sub-rogar na posição contratual do Estado de Santa Catarina para continuar com a concessão e, por conseguinte, foi determinado ao Ministério dos Transportes e à ANTT que *declarassem nulidade* do contrato de concessão em questão no prazo de 15 (quinze) dias, tomando as medidas adequadas para seu encerramento. Insatisfeita com a decisão, a Concessionária Ecovale apresentou pedido de reexame no caso, julgado pelo Acórdão 150/2006.

A decisão do relator, que foi adotada pelo plenário e acompanhada por declaração de voto do Min. Benjamin Zymler, *indeferiu o recurso no mérito*, entendendo que a decisão anterior não tinha vício processual nem irregularidade a ser sanada. Assim, foi mantida a determinação à ANTT e ao Ministério dos Transportes para estes declararem a nulidade do contrato de concessão em questão.

Contudo, foi apresentado voto divergente pelo Min. Augusto Nardes, no sentido de rever a decisão anterior e desconstituir a obrigação da ANTT de anular o contrato de concessão em questão. *Para o ministro revisor, a decisão sobre o que fazer naquela situação era dos órgãos competentes do governo federal – a ANTT e o Ministério dos Transportes, não podendo o TCU adotar medida restritiva de sua atuação, considerando como regular apenas caso o órgão atue como o Tribunal acredita ser necessário.*

Nesse sentido, o ministro revisor afirmou que “*o TCU deve deixar espaço de decisão para as agências*” e que *o TCU não pode substituir-se ao gestor público*, inclusive fazendo referência ao Acórdão 1.703/2004.²¹⁵

No entanto, o voto revisor foi vencido, com os demais ministros acompanhando o relator. O próprio Min. Benjamin Zymler, autor do Acórdão 1.703/2004 acima citado, afirmou em seu voto que o TCU possui competência para decidir sobre a licitude do contrato de concessão em questão, pois entende que estava em análise *a legalidade de determinado contrato*.²¹⁶ Assim, como entendeu que o TCU não estava analisando ato discricionário – ou

²¹⁵ Cf. nesse sentido, trechos do voto do min. revisor: ““34. Permito-me, nesse ponto, registrar minha preocupação com a atuação do TCU na solução do presente imbróglio. Acredito que o Tribunal já cumpriu importante papel institucional à frente da presente questão e que deve, agora, deixar outros atores participarem da solução do evento. *Melhor dizendo, penso que, neste momento, o TCU deve deixar certo espaço de decisão para o Ministério e para a Agência.*”

35. Acredito que, por se tratar de concessão de rodovias, o Tribunal pode promover a desconstituição do Item 9.1 do Acórdão vergastado, *mas não deve tomar, para si, a discussão e a solução final do imbróglio*. Creio que, assim, o TCU estará pugnando pela aplicação de sua jurisprudência mais recente, ou seja, estará exercendo controle de segunda ordem, de modo a permitir que a ANTT, como órgão regulador, e até mesmo o Ministério dos Transportes, como órgão administrativo formulador da política de transporte, encontrem a melhor solução jurídico-administrativa para a questão.

36. Esse, aliás, tem sido o entendimento mais recente adotado pelo TCU, em casos tais como o ora examinado. Basta lembrar que, em casos que envolvem a atuação discricionária, frise-se ‘discricionária’, de agências reguladoras em contratos de concessão de serviços públicos, *o Tribunal tem pugnado pelo exercício da chamada fiscalização de segunda ordem*, em consonância com entendimentos registrados, por exemplo, nos Acórdãos 1.703/2004 e 1.756/2004 proferidos pelo Plenário.. (...)

42. É certo que, no exercício da chamada função pedagógica, o TCU deve buscar orientar órgãos e entidades da administração pública, com vistas à consecução da melhor prática administrativa. *Todavia tal procedimento não pode resultar na substituição do órgão gestor, nem da agência reguladora pelo Tribunal, sob pena de aquela função desnaturar o pleno exercício das demais funções inerentes a esta Corte, tais como a judicante, a fiscalizadora, a sancionadora (...)*” (grifou-se)

²¹⁶ Cf. trecho da declaração de voto do Min. Benjamin Zymler no Acórdão 150/2006, com as afirmações relatadas: “2. Meu entendimento encontra supedâneo em dois argumentos principais: a ausência da oitiva do

seja, ao entender que não haveria espaço para a ANTT decidir se se sub-rogaria ao DER/SC no caso concreto – o TCU poderia ordenar à agência e ao Ministério dos Transportes que promovessem sua anulação.

Dessa forma, *observa-se que já houve proposta, dentro do Tribunal, inclusive de ministro do TCU, em direção a uma maior limitação sobre as competências do Tribunal, para este atuar de forma mais contida. Contudo, essa proposta terminou rejeitada, como indica o julgamento do Acórdão 150/2006 em questão.*

Acórdão 965/2006 (21/06/2006) – Rel. Min. Valmir Campelo

No Acórdão 965/2006 aconteceu algo bem semelhante ao Acórdão 150/2006 acima analisado: a apresentação de voto revisor divergente, também pelo Min. Augusto Nardes, opinando por *limitar o grau de ingerência do TCU sobre as atribuições da ANTT*. Contudo, assim como no caso anterior, *seu voto também restou vencido*.

O Acórdão em questão apreciou pedido de reexame apresentado por concessionária da BR-116/RJ/SP (concessionária Nova Dutra) em face da Decisão 1.652/2002, sobre o remanejamento de cabines de pedágio. Na decisão recorrida, o TCU entendeu que a alteração da localização de cabines de pedágio trouxe ganhos imprevistos e indevidos à Concessionária e solicitou à ANTT que alterasse o contrato de concessão para que os ganhos advindos dessa alteração fossem repassados à modicidade tarifária, com base em futura norma que o TCU

Ministério dos Transportes não caracterizou vício insanável e o TCU possui competência para, neste caso concreto, manifestar-se sobre a licitude do contrato de sub-rogação e rerratificação nº 36/2002-MT. (...)

7. No que concerne ao segundo argumento, esclareço que, ao defender que o TCU deve atuar de forma complementar à ação das entidades reguladoras, estou me referindo aos atos discricionários praticados pelas agências reguladoras no exercício de atividades diretamente ligadas à regulação. Como exemplo típico dessa hipótese, pode ser citada a fixação de normas técnicas.

8. Ora, no caso presente, trata-se de avaliar a adequação ao ordenamento jurídico de um determinado contrato. Assim sendo, entendo que, na hipótese em exame, o Tribunal de Contas da União pode e deve determinar a adoção das medidas que entender cabíveis para garantir a aderência dos atos praticados pela ANTT e pelo Ministério dos Transportes ao ordenamento jurídico.

9. Merece destaque, ainda, o fato de que a própria agência entendeu ser necessária a manifestação desta Corte. O que demonstra que a deliberação ora recorrida não violou a competência da ANTT.

Com espreque no acima exposto, concordando com a unidade técnica, o Ministério Público junto ao TCU e o eminente Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha, Voto por que o Plenário aprove o Acórdão proposto pelo ilustre Relator.”

determinou que a ANTT editasse para disciplinar esse tipo de situação.²¹⁷ Inconformada, a concessionária apresentou recurso visando sua reforma parcial, explicando que a alteração na localização das cabines de pedágio fora feita para impedir a evasão tarifária por rotas de fuga dos trechos com pedágio. De forma específica, solicitou que a ANTT *não fosse obrigada a repassar 100% dos ganhos com a alteração em vistas da modicidade tarifária*, buscando que o valor extra eventualmente auferido também fosse utilizado para outras finalidades, como, por exemplo, compensar novas obras e investimentos não previstos originalmente no Programa de Exploração Rodoviária – PER, ou mesmo que parte dos ganhos fossem auferidos pela própria concessionária, haja vista a finalidade precípua da alteração de impedir a evasão tarifária.

O Min. Relator Valmir Campelo, em conjunto com a maioria do plenário, decidiu pela rejeição do pedido de reexame e manutenção integral da Decisão recorrida. Em sua visão, a concessionária assumiu o risco de tráfego, não tendo direito à demanda projetada. Assim, como a alteração das cabines de pedágio favoreceu a concessionária ao aumentar a demanda, sem que a própria concessionária tivesse tomado ações para isso (ficando implícito que ela não “mereceria” o aumento de arrecadação decorrente dessa alteração), ela não teria direito aos ganhos decorrentes da alteração.

Contudo, o Min. Revisor Augusto Nardes divergiu. Acompanhando parecer do Ministério Público junto ao TCU, que sustentava ser indevido ao Tribunal determinar o destino de toda a arrecadação extra, o ministro revisor defender que a própria ANTT é quem deveria escolher como empregar os recursos, podendo tomar a escolha legítima de os destinar a outras finalidades dentro da concessão. Nesse sentido, o voto divergente entende que o Tribunal *estaria impondo à ANTT a adoção de determinada forma de compartilhamento de ganhos*, o que, por ser questão referente a escolhas regulatórias discricionárias da agência,

²¹⁷ Confira-se a parte dispositiva da Decisão 1.652/2002 ora recorrida: “O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: (...)

8.2 - encaminhar à ANTT a solicitação de alteração no contrato de concessão da Rodovia Presidente Dutra, com vistas à instalação e funcionamento de quatro cabines avançadas de cobrança de pedágio na BR-465, próximo à interseção com a Rodovia Presidente Dutra, para análise com base na norma a ser elaborada por aquela agência reguladora para disciplinamento das alterações contratuais dessa natureza, conforme deliberação proferida pela Tribunal no dia de hoje, nos autos do TC 014.824/2000-8;

8.3 - determinar à ANTT que, caso autorize a operação das cabines avançadas mencionadas no item anterior:

8.3.1 - celebre termo aditivo ao Contrato PG-137/95-00, definindo os exatos termos do ajuste com a concessionária NovaDutra, inclusive quanto à ausência de risco de tráfego para as cabines avançadas;

8.3.2 - implemente ações, em conjunto com a concessionária, de forma a evitar a imposição de ônus injustificados aos usuários que utilizam regularmente a BR-465 como via de acesso às suas residências e locais de trabalho, assegurando a isenção da tarifa a esses usuários;

8.3.3 - encaminhe ao Tribunal, no prazo máximo de quinze dias após a assinatura, cópia das alterações contratuais realizadas;”

escaparia às competências do TCU. Para fundamentar seu posicionamento, novamente citou o Acórdão 1.703/2004, o qual entendera que o Tribunal não poderia expedir determinações no caso de atividades discricionárias da agência.²¹⁸

No entender do Ministro Revisor, o TCU estaria atuando fora de suas competências ao determinar o tipo de alocação de recursos. Por isso, sua proposta de decisão foi determinar que a ANTT se manifestasse, em 120 (cento e vinte) dias, sobre a solicitação de alteração contratual em questão, decidindo de forma justificada sobre a destinação dos valores auferidos pela alteração das praças de pedágio, podendo destiná-los a modicidade tarifária, a investimentos e à própria concessionária.²¹⁹ A ideia, portanto, era conferir um prazo para a agência decidir sobre o uso dos valores excedentes que entendesse como mais adequada, ao

²¹⁸ Pela sua importância, confira-se trechos do voto vencido:

“7. Nada obstante, vislumbro a necessidade de trazer à discussão deste Colegiado uma importante questão levantada nos autos, concernente à competência do TCU para atuar no feito, em função da qual me permito sugerir um encaminhamento diferente ao recurso em exame, conforme passo a expor.

8. Uma das alegações apresentadas pela recorrente refere-se ao fato de que este Tribunal, ao determinar a destinação, obrigatória e exclusiva, à redução da tarifa do pedágio, da receita adicional advinda da instalação de novos postos de cobrança de pedágio na Rodovia Presidente Dutra, estaria assumindo a administração do contrato de concessão e, portanto, exercendo típico ato de gestão, de cunho estritamente discricionário e atribuição privativa do poder concedente, no âmbito de suas exclusivas competências constitucional e legal. (...)

15. Os argumentos apresentados pela recorrente e pelo Ministério Público me levam ao convencimento de que não compete a este Tribunal a decisão sobre a repartição da receita oriunda da instalação de novos postos de cobrança de pedágio, seja em favor da arrecadação da concessionária, seja em favor da promoção da modicidade tarifária e/ou da realização de melhorias na rodovia, uma vez que essa decisão está inserida no âmbito do poder discricionário da ANTT. É que, no plano institucional, não cabe ao TCU substituir-se à administração federal, decidindo sobre possíveis omissões existentes no edital e no contrato, pois cabe à Agência Reguladora resolver, em primeiro plano, tais inconsistências.

16. Nesse sentido, a competência deste Tribunal para fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras deve ser sempre de segunda ordem, sob pena de, ao substituir o órgão regulador, atuar de forma exorbitante das normas constitucional e legal.

17. De fato, no âmbito federal, a decisão de mérito acerca de revisões, alterações contratuais e reajustamento das concessões é atribuição da Agência Nacional de Transportes Terrestres. Tal exegese decorre da própria Lei nº 10.233/2001, que criou a autoridade reguladora. (...)

20. Ora, se foi criada uma agência técnica com a atribuição para decidir sobre tais processos, não se faz adequado que o Tribunal, que deveria agir somente no controle de segunda ordem, tente atenuar o espectro de atuação da ANTT.”

²¹⁹ Confira-se trecho da proposta de encaminhamento por ele apresentada: “*Ante o exposto, com as vênias de estilo por divergir, em parte, do nobre Relator, Voto por que o Tribunal adote o seguinte Acórdão, que ora submeto a este Colegiado:*

‘9.1. com fundamento nos arts. 33 e 48 da Lei nº 8.443/1992, conhecer do presente Pedido de Reexame para, no mérito, conceder-lhe provimento parcial;

9.2. atribuir ao Item 8.4 da Decisão 1.654/2002-TCU-Plenário a seguinte redação:

‘8.4. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres que se manifeste conclusivamente, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, acerca da solicitação de alteração contratual mencionada no subitem 8.2 acima, inclusive no que tange à destinação das vantagens econômicas que serão auferidas e à adoção, ou não, de regra de proporcionalidade para a reversão dos valores à concessionária e/ou aos usuários do serviço público, informando a este Tribunal, ao término do aludido prazo, sobre a deliberação adotada e, destarte, sobre as alterações contratuais porventura promovidas;’”

invés de o próprio Tribunal ordenar que eles fossem integralmente repassados à modicidade tarifária.

Portanto, ao rejeitar este entendimento, o TCU não emprestou maior deferência à ANTT.

Acórdão 2.047/2006 (08/11/2006) – Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues

Este Acórdão é de interesse pelo fato de o recurso de reexame nele julgado, apresentado pela ANTT, ter sido julgado parcialmente procedente, restringindo o Tribunal sua atuação sobre a ANTT, ao transformar a maioria das determinações anteriormente exaradas em recomendações. No caso, o Min. Rel. Walton Alencar Rodrigues apoiou-se no precedente por ele estabelecido no Acórdão 1.703/2004 para substituir 10 (dez) determinações anteriormente exaradas por recomendações, tendo a ANTT alcançado, dessa forma, sucesso parcial no seu recurso.

O caso tratava da análise pelo TCU dos estudos de viabilidade e das minutas de edital e contratos para a outorga de concessões rodoviárias correspondentes à 2ª Etapa do PROCOFE. Na decisão recorrida, o Acórdão 2.229/2005, o TCU havia exarado 13 (treze) determinações para correção de pontos que reputara inadequados, condicionando a publicação dos editais de licitação ao seu atendimento pela ANTT. As determinações tratavam sobre aspectos específicos da modelagem e dos estudos contratuais, sendo de natureza técnica, como para corrigir a “*superestimativa dos preços dos veículos orçados para os investimentos operacionais*”, “*incorrecção nos procedimentos adotados para o estabelecimento da Taxa Interna de Retorno*” e “*condicionar o início da cobrança de pedágio à aprovação de cadastro do passivo ambiental existente*”, entre muitas outras.

No recurso, a ANTT questionou de forma específica as determinações, apresentando relatórios e explicações no processo, incluindo novas planilhas, e argumentou que efetuara algumas alterações no estudo de viabilidade. No parecer da unidade técnica e no voto do Min. Relator, há diversos elementos que apontam para uma interlocução próxima entre a ANTT e a unidade técnica (SEFID), incluindo alterações feitas pela ANTT nos estudos de viabilidade,

que esclareceram alguns pontos de divergência.²²⁰ Assim, ocorreu algum grau de concordância da unidade técnica com o recurso.

O voto do relator acolheu a alteração de posicionamento da unidade técnica e foi além, excluindo algumas das propostas de recomendação por ela apresentadas. No mais, manifestou seu entendimento de que não cabe ao Tribunal se substituir à ANTT e a importância de resguardar o poder de escolha discricionário desta. Ao mesmo tempo, registrou que cabe ao TCU apontar as falhas e inconsistências nos estudos técnicos de viabilidade das concessões, assinalando a importância do papel do Tribunal. Confira-se:

Acerca dessas alterações, merece destaque a substituição do caráter cogente das medidas saneadoras detalhadas nos subitens 9.2.1 a 9.2.9 do acórdão recorrido, voltadas à correção dos estudos de viabilidade, por recomendações. A mudança resguarda o poder discricionário da ANTT para escolher as melhores alternativas à solução dos problemas anotados, tendo em vista as complexas e multivariáveis questões envolvidas nos procedimentos de concessão ora examinados.

O respeito e reconhecimento do Tribunal ao poder discricionário da agência não exime seus gestores do dever de sanear, nos estudos de viabilidade das concessões, as falhas e inconsistências indicadas nos processos de acompanhamento, com destaque para a correção do orçamento dos custos atribuídos às futuras concessionárias.

Ou seja, ao mesmo tempo em que é afirmado que o TCU deve respeitar o espaço de escolha discricionária, é registrado que o Tribunal tem o dever de “revisar” as premissas e dados dos estudos de viabilidade da concessão, para a correção de “*falhas e inconsistências indicadas nos processos de acompanhamento*”. Com isso, é criada uma certa *ambiguidade* na atuação do Tribunal, na qual ele diz respeitar o espaço de escolhas discricionárias e atuação da ANTT, ao mesmo tempo que se arroga na *condição de revisor*, no detalhe, *destas mesmas escolhas, abrindo assim espaço para sua atuação na correção de toda e quaisquer irregularidades* por ele identificadas.

²²⁰ Nesse sentido, cf. trechos do voto do Relator: “Na instrução do recurso, foram analisadas diversas informações adicionais, devidamente fornecidas pela ANTT, bem como realizadas profícuas interlocuções entre a agência e a área técnica deste Tribunal.

Os novos elementos ofertados pela ANTT, conforme bem anotou a Sefid, “transformam a base de informações que dão suporte ao Acórdão n.º 2.299/2005-TCU-Plenário.” (item 204 da instrução transcrita no Relatório). (...) Com efeito, as detalhadas análises da Sefid, com o auxílio criterioso da Secob, demonstram a necessidade de adequar a decisão recorrida ao real contexto em que se processam os estudos de viabilidade das concessões em foco.”

No mais, chama atenção que o recurso foi provido após prévio ajuste entre a unidade técnica e a ANTT. Com isso, é possível conjecturar que, na ausência deste alinhamento, eventualmente o Min. Relator poderia deixar de transformar as determinações em recomendações.

3.3 Reação da ANTT frente às decisões do TCU: questionamentos e conformação

Analisado no tópico anterior o entendimento do TCU acerca de seus poderes para exercer o controle das agências reguladoras, e como se manifesta certa dissonância entre o discurso e a prática do Tribunal, neste item é apresentado como a ANTT reage em face ao controle exercido.

Notam-se duas posturas adotadas pela agência: (i) questionamento das decisões do Tribunal, revelada pela apresentação de recursos administrativos em face dos Acórdãos, e (ii) conformação com o controle exercido, quando se notam, no âmbito da decisão, indícios de que a ANTT optou por tomar as ações possíveis dentro de seu controle para atender ao entendimento do Tribunal. Essas duas posturas são apresentadas, respectivamente, nos tópicos 3.3.1 e 3.3.2 abaixo.

3.3.1 Confronto pela ANTT em relação às decisões do Tribunal: Acórdãos prolatados em sede de recursos apresentados pela agência

Para analisar as vezes em que a ANTT questiona as decisões do Tribunal, este subitem apresenta casos em que aquela discordou da abordagem feita por este, seja pela apresentação de recursos contra decisões do TCU, seja por manifestar sua discordância em manifestações anteriores aos Acórdãos que foram neles registradas.

Nesses casos, nota-se que a ANTT questiona *a competência do Tribunal para a tomada de alguns tipos de decisões*, afirmando interferência indevida sobre atividades e questões sujeitas ao juízo discricionário da própria agência, em seu poder de tomar decisões de cunho *regulatório* relacionadas às suas atividades fim. *O tema é abordado nos 4 (quatro) casos abaixo*, que se passa a explicar.

Acórdão 1.369/2006 (09/08/2006) – Rel. Min. Valmir Campelo

Esta decisão, proferida em processo de Relatório de Auditoria, refere-se a pedido de reexame apresentado pela ANTT e por associação de empresas de transporte rodoviário de passageiros em face do Acórdão 1926/2004. Nele, o TCU, após auditoria operacional ampla sobre a regulação feita pela ANTT no setor de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, expediu 23 (vinte e três) determinações à ANTT, a maioria sobre como deveriam ser modeladas as futuras licitações para a delegação da prestação desses serviços.

Irresignada, a ANTT apresentou recurso questionando diversas das determinações expedidas, argumentando, dentre outras questões, que vários itens tratam de matéria “*atinentes a atos discricionários da agência*”, e por isso “*descaberia ao TCU fixar referidas determinações*”.²²¹ A ANTT ponderou, ainda, que outros comandos expedidos fugiriam à sua competência, sendo em verdade questões referentes à atuação da Administração Pública Federal centralizada. A ABRATI – Associação das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros²²² também apresentou recurso questionando o mérito da decisão, com argumentos similares. Ambos os recursos invocam como precedente o supramencionado Acórdão 1.703/2004 do Min. Benjamin Zymler, paradigma sobre a atuação no TCU no controle das agências reguladoras.

Os recursos foram *parcialmente providos*, com o Tribunal excluindo 2 (duas) determinações feitas à ANTT no Acórdão recorrido, transformando 3 (três) determinações em recomendações e alterando a redação de outras 2 (duas). As determinações excluídas eram referentes ao critério de julgamento a ser adotado nas licitações e à inserção de cláusula nos contratos de permissão prevendo sua rescisão unilateral sem necessidade de indenização, enquanto que aquelas transformadas em recomendações diziam respeito a critérios de qualificação econômico-financeira a serem exigidos e ao tipo de veículo a ser utilizado no transporte rodoviário.²²³ Não obstante o provimento parcial, outros pontos suscitados pela ANTT restaram desprovidos.

²²¹ Acórdão 1.3969/2006, item 11 do Voto do Relator.

²²² As empresas Auto Viação Catarinense Ltda. e Viação Cometa S/A. também recorreram, mas em face apenas de itens pontuais do Acórdão que lhes afetaram. Por não ter maior importância para a presente dissertação, esses recursos não serão avaliados.

²²³ Confira-se as determinações suprimidas do Acórdão 1926/2004 pela decisão no Acórdão 1.369/2006: “9.6. determinar à ANTT, tendo em vista o disposto no inciso III do art. 24 c/c o inciso I do art. 26, todos da Lei nº 10.233/2001, que para as futuras licitações; e

Para chegar a esta decisão, o Min. Relator acatou o precedente fixado no Acórdão 1.703/2004, entendendo que a atuação do Tribunal na fiscalização das atividades finalísticas das agências reguladoras é de “*segundo plano*”. Assim, foi fixado na ementa do julgamento que, no tocante aos atos discricionários, o TCU só pode “*recomendar a adoção de providências consideradas mais adequadas*”, porém podendo determinar providências necessárias ao cumprimento da legislação “*em se tratando de atos vinculados em que a agência tenha agido em violação à disposição legal ou tenha se omitido na prática de ato que lhe incumbe executar*”. Ou seja, apenas na violação a disposição legal ou omissão de dever legal é que o TCU poderia expedir determinações.

A sutileza do argumento encontra-se na parte final acima destacada: a *capacidade de o próprio Tribunal avaliar quais atos a ANTT tem o dever de praticar*, para assim julgar a ocorrência de “*omissão*”.²²⁴ Esse foi, inclusive, o argumento utilizado pelo Relator para manter diversas determinações presentes no Acórdão recorrido, que haviam sido questionadas pela Concessionária. À parte da exclusão de 2 (duas) determinações, transformação de 3 (três) em recomendações e alteração da redação de duas delas, outras 16 (dezesesseis) determinações continuaram com a mesma formulação.

Em seu raciocínio, é ressaltado que a ilegalidade também se mostra “*quando ocorre omissão do gestor ao não executar as atribuições que a lei lhe incumbe*”, tendo o Tribunal

9.6.10. *inclua na minuta de contrato a ser utilizada em futuras licitações de outorga de permissão cláusula prevendo a rescisão unilateral do contrato, em razão da precariedade do instituto, bem como suprimir a previsão de indenização ao permissionário*”.

Já as determinações transformadas em recomendações foram as seguintes: “9.6.3. *reveja os critérios de qualificação econômico-financeira, adequando-os aos termos do § 3º do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666/93, no intuito de ampliar a concorrência e promover a modicidade tarifária;*

9.6.4. *reveja os critérios de qualificação econômico-financeira relativos às garantias exigidas por ocasião da assinatura do contrato, previstas no § 2º do art. 56 da Lei nº 8.666/93, limitando-se esse montante ao valor total de investimentos previsto para o empreendimento; (...)*

9.6.9. *suprima da minuta de contrato a ser utilizada em futuras licitações o tipo de veículo necessário para operação do serviço, por restritivo, mantendo-se em anexo, conforme estabelece o inciso II do art. 23 da Lei nº 8.987/95, o esquema operacional, estabelecido em procedimento licitatório, no qual constará o modo, forma e condições de prestação do serviço;*”

²²⁴ Por outro lado, pode-se entender também que a identificação das omissões é uma faculdade intrínseca a qualquer órgão regulador – eis que, para corrigir uma omissão, é necessário previamente que ela seja identificada.

dever de expedir determinação ao ente regulador, para que a ANTT cumpra adequadamente com suas atividades.²²⁵

Temos, portanto, que nesse caso a ANTT obteve sucesso parcial em alterar a decisão do TCU, diminuindo o grau de intervenção e incidência do Tribunal sobre o desenvolvimento das atividades relativas à regulação do transporte rodoviário de passageiros. Contudo, ao mesmo tempo, o TCU manteve a maior parte das determinações questionadas, reservando-se o poder de corrigir as ilegalidades por ele identificadas, seja por ação, seja por omissão da ANTT.

Recursos apresentados contra decisões do TCU que impediram a publicação de editais referentes a concessões rodoviárias da 3ª Etapa: (a) Embargos de declaração julgados pelos Acórdãos 1444/2010, 1445/2010 e 1446/2010 (todos de 23/06/2010) – Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues e (b) Pedidos de reexame julgados pelos Acórdãos 1125/2011 e 1126/2011 (ambos de 04/05/2011) – Rel. Min. Raimundo Carreiro

Este grupo de Acórdãos diz respeito à análise dos editais e modelagem contratual de concessões rodoviárias referentes à 3ª Etapa do PROCOFE, quais sejam, (i) o projeto de concessão da BR-116/MG, trecho entre Divisa Alegre e Além Paraíba (não licitado); (ii) da BR-040 entre Brasília (DF) e Juiz de Fora (MG) (licitado no final de 2013 e com contrato de concessão assinado em 2014, sob gestão da concessionária Via 040), e (iii) o projeto de concessão da BR-381/MG, trecho entre Belo Horizonte e Governador Valadares (também não licitado).

O TCU acompanhou o 1º estágio desses três projetos de concessões rodoviárias, com base na IN nº 46/2004, respectivamente nos Acórdãos 682, 683 e 684/2010, todos de Relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues e expedidos em 07/04/2010. Neles, o TCU fez determinações para: (a) correção de itens dos estudos de viabilidade, para exigir a *elaboração de projeto básico pela ANTT*, em consonância com o disposto no art. 7º, §2º, I, Lei Federal 8.666/93,²²⁶ (b) impedir a ANTT de publicar os respectivos editais até realizar as correções

²²⁵ Cf. trecho do voto relator no Acórdão 1.369/2006.

²²⁶ “Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência: (...) § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;”

solicitadas, além de (c) expedir determinações e recomendações a serem seguidas pela ANTT nas próximas concessões rodoviárias.

Em face dos Acórdãos, a ANTT apresentou embargos de declaração, julgados em 23/06/2010 nos Acórdãos 1444/2010, 1445/2010 e 1446/2010, de Relatoria do mesmo Min. Walton Alencar Rodrigues, todos desprovidos na íntegra. Na sequência, a ANTT apresentou pedidos de reexame nos casos (i) BR-116/MG e (ii) BR-040, julgados respectivamente nos Acórdãos 1125/2011 e 1126/2011, já sob a relatoria do Min. Raimundo Carreiro, também desprovidos. A ANTT deixou de apresentar pedido de reexame no caso (iii) da BR-381/MG. Ao final, nos dois primeiros casos a ANTT efetuou os ajustes determinados pelo TCU, sendo os respectivos editais e estudos de viabilidade aprovados pelo Tribunal.

Sobre o mérito das decisões, tanto nos embargos de declaração quanto nos pedidos de reexame, a ANTT defende que não caberia ao TCU exigir a presença de projeto básico das obras a serem realizadas nas concessões rodoviárias em questão, por ser aplicável a Lei 8.987/1995 (Lei de Concessões) que, ao prever no art. 18, XV apenas a presença de “*elementos do projeto básico*”,²²⁷ dispensaria a apresentação do projeto básico em si no âmbito dos estudos de viabilidade. Assim, argumenta que o TCU estaria exigindo, para contrato de concessão, o cumprimento de requisito da Lei 8.666/93, referente a contratos simples de obras públicas.

Na mesma linha, argumenta que caberia à *própria ANTT* estabelecer o grau de detalhamento de descrição das obras de engenharia referentes às concessões rodoviárias sujeitas a seus atos de outorga, e não ao TCU. Assim, alega que o TCU estaria *exorbitando de sua competência ao fazer esse tipo de exigência*, indo de forma contrária a seus próprios precedentes – notadamente, o Acórdão 1.703/2004 – ao fazer *determinação referente ao exercício de suas atividades finalísticas regulatórias, sem a presença de ilegalidade*.

Ademais, a ANTT postula que não poderia o TCU condicionar a publicação do Edital à implementação de determinações exaradas pelo próprio Tribunal, pois isso não estaria dentro de suas competências de controle externo. Ou seja, a ANTT questiona o poder da Corte de Contas Federal, em grande parte auto atribuído com base em instruções normativas como a IN nº 46/2004, de efetuar o controle prévio de editais de licitação.

²²⁷ “Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: (...) XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;”

Nas decisões sobre os embargos de declaração (Acórdãos 1444, 1445 e 1446/2010), o Min. Relator não analisou os argumentos da ANTT, alegando que eles trariam discussão sobre o mérito da decisão, não se destinando a corrigir obscuridade, contradição ou omissão. Ainda, registrou que não haveria contradição possível entre a doutrina jurídica apresentada pela ANTT sobre a falta de exigência de projeto básico para as concessões e a decisão do Tribunal, entendendo que a contradição deve ser interna. Assim, os três embargos foram rejeitados por argumentos formais.

Nos pedidos de reexame, a ANTT aprofundou a argumentação já levantada nos embargos, defendendo que as decisões do TCU e as determinações nela contidas: (i) desconsideraram o campo de atuação da agência como órgão regulador; (ii) substituem a agência na tomada de suas próprias decisões, ressaltando que o próprio TCU já se manifestou formalmente que não deve substituir os entes controlados; e afirmando reconhecer que, no caso de ilegalidades e irregularidades, o TCU pode tomar medidas para evitar danos ao erário, sustentou (iii) que no caso em tela não haveria ilegalidade nem ameaça de danos ao erário, não podendo o Tribunal tomar as decisões de determinar a reavaliação dos estudos de viabilidade para a inclusão de projeto básico e sustar a publicação do Edital até o seu cumprimento.

Em resposta, nos Acórdãos 1125/2011 e 1126/2011, o Min. Relator Raimundo Carreiro expõe que não se confundem as competências e atribuições do TCU e da ANTT no processo de concessões de rodovias. Segundo o exposto nos votos, enquanto a ANTT promove a modelagem contratual e faz escolhas regulatórias, bem como fiscaliza o cumprimento de cláusulas contratuais, o TCU, como órgão de controle externo, fiscaliza o processo de concessão e a licitação para verificar não só a “*conformidade às normas e princípios a que se vincula*” mas também “*sua eficiência, economicidade e legitimidade, de acordo com os arts 70 e 71, IV da Constituição*”. Em sua visão, ao invés de substituir ao órgão regulador, cabe ao Tribunal verificar a fundamentação apresentada para a concessão e o atendimento aos princípios da “*legalidade, eficiência economicidade e da razoabilidade*”. Ou seja, a atuação do TCU é fundamentada *sobretudo em princípios jurídicos, reconhecendo o próprio Tribunal que grande parte da análise por ele realizada é principiológica.*

O outro argumento apresentado no voto é a função de o Tribunal analisar cada estágio do processo de concessão, com base em sua *IN n° 46/2004*, que estabeleceu roteiro para a controle da outorga de concessões rodoviárias. *Ou seja, sua atuação é fundamentada também em ato normativo estabelecido pelo próprio Tribunal.*

No mais, quanto à suspensão da publicação dos editais até cumprimento de determinação do Tribunal, este invoca a presença de seu “poder de cautela”, que teria base no art. 45 da Lei Federal 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), com a finalidade de evitar lesão ao que seria o interesse público. Assim, ao impedir a ocorrência da licitação com base em pressupostos inadequados, o TCU estaria cumprindo sua missão de proteger o erário e toda a coletividade, ressaltando a importância de seu papel no controle das outorgas de contrato de concessão.

Dessa forma, para rechaçar a alegação de que estaria exorbitando de suas competências, o TCU se apoia em três argumentos; (i) o cumprimento de princípios jurídicos; (ii) em poderes estabelecidos por instrução normativa editada pelo tribunal; e (iii) no poder geral de cautela, em salvaguarda ao interesse público. Com isso, o TCU afirmou que não estava realizando intromissão indevida nas atividades da ANTT, e a agência *não logrou sucesso nos recursos apresentados*, tendo de cumprir as determinações do Tribunal para levar adiante os processos de concessão rodoviários – dos quais, ao final, apenas um foi licitado.

Acórdão 2927/2011 (09/11/2011) – Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues

O presente caso diz respeito a processo de *representação*, iniciado por solicitação da unidade técnica do TCU – a Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação 1 (Sefid-1), sobre o equilíbrio econômico-financeiro das concessões rodoviárias correspondentes à 1ª Etapa do PROCOFE, cujos contratos foram assinados no final dos anos 1990. Em síntese, a Sefid-1 defende que a *TIR desses contratos seria demasiadamente elevada*, principalmente ao compará-los com os contratos de concessão rodoviária referentes à 2ª Etapa do PROCOFE, licitados e assinados ao longo dos anos 2000. Assim, sustenta que os contratos estariam em desequilíbrio econômico-financeiro e prejudicando os usuários pela presença de tarifas mais elevadas, postulando a área técnica a necessidade de revisão tarifária e ajuste na TIR de referência das concessões da 1ª Etapa.

Este Acórdão 2927/2011 difere dos citados acima pois a discordância da ANTT é apresentada ao longo do processo que levou à sua prolação, e não por pedido de reexame.

Para se contrapor às alegações da unidade técnica, a ANTT alega que não teria condições de alterar a TIR de referência de contrato de concessão durante sua execução, pois este seria um pressuposto de modelagem contratual que embasou a proposta econômica.

Assim, sustenta que as revisões tarifárias foram efetuadas de forma adequada, considerando as condições iniciais formadas quando da licitação e assinatura do Contrato de Concessão.

De fato, ressalta-se que, no período de formação das concessões da 1ª Etapa do PROCOFE (1994 até o final da década de 90), a taxa de juros padrão aplicável ao mercado era mais elevada e o risco do país era mais alto, o que, no entender da agência, justifica as taxas então adotadas, na faixa de 16% a 24%. Assim, a ANTT defende que não caberia a comparação feita pela Sefid-1 com a TIR dos contratos da 2ª Etapa do PROCOFE, firmados entre 2005 e 2009 em um ambiente de menor incerteza econômica e melhores taxas de juros, que foram muito menores – de cerca de 7%. Tal diferença, em verdade, corresponde a variações do cenário macroeconômico e redução do custo do custo de capital, e não a suposto desequilíbrio contratual.

Apesar destes argumentos, a proposta da unidade técnica foi determinar que a ANTT *(i) reavaliasse as revisões tarifárias anteriores das concessões da 1ª Etapa, efetuando uma espécie de “reequilíbrio econômico-financeiro retroativo” para adequar a TIR e diminuir o valor das tarifas de pedágio, considerando indevidos os ganhos tidos pelas concessionárias ao longo dos anos; e (ii) o fizesse a partir de determinada metodologia que seguisse o determinado pelo TCU, conforme os cálculos realizados pela Sefid para os ajustes entendidos com devidos sobre a rentabilidade contratual expressa pela TIR.* Assim, a proposta encaminhada pela unidade técnica foi para que a ANTT efetuasse, a partir destes parâmetros, novas revisões tarifárias em um prazo de 120 (cento e vinte) dias, de modo a corrigir o alegado desequilíbrio econômico-financeiro que favoreceria as concessionárias.

Por sua vez, o plenário do TCU discordou parcialmente das propostas da unidade técnica. Por um lado, ele concordou com sua avaliação de que os contratos se encontravam em desequilíbrio econômico-financeiro, com uma TIR mais elevada. Por outro, reputou que não seria possível revisitar as revisões tarifárias anteriores para sua adequação. Ao invés disso, entendeu que os ajustes deveriam ser feitos de forma a ajustar apenas os novos investimentos não originalmente previstos, inseridos nos contratos de concessão da 1ª Etapa por meio de aditivos contratuais, para que estes considerassem uma nova TIR, que reflita as condições econômicas existentes no momento de sua celebração. Isso deveria ser feito tanto de forma prospectiva, para os futuros aditivos, como em relação aos aditivos anteriores – mas apenas no tocante àqueles que inseriram novos investimentos nas concessões. Ainda, o TCU concordou com a ANTT no ponto de que isso seria aplicável somente a efetivos *novos investimentos*, mas não a remanejamento ou substituição de investimentos já previstos.

Assim, o TCU *determinou à ANTT que, em relação aos ativos que inseriam novos investimentos nas concessões, adotasse a metodologia para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro referente ao fluxo de caixa marginal, prevista na Resolução ANTT 3.651/2011*. Em síntese, a proposta do fluxo de caixa marginal é que, quando da inserção de novos investimentos não originalmente previstos na concessão (por exemplo, uma obra de duplicação em trecho crítico de tráfego), leve-se em consideração não os parâmetros originais da contratação, mas sim as condições existentes quando da celebração do aditivo. No mesmo sentido, determinou que os contratos de concessão da 1ª Etapa fossem alterados para inserir esta metodologia de reequilíbrio econômico-financeiro, que não era neles previstas.

Interessante notar que o voto do Min. Relator observou expressamente que, ao contrário do solicitado pela unidade técnica, o TCU não poderia terminar uma metodologia específica para recompor o desequilíbrio identificado em relação ao passado. Nesse sentido, ponderou que a própria ANTT deveria considerar a melhor forma de sanar as irregularidades apontadas, decorrentes da inserção ao longo do tempo de novos investimentos considerando as premissas originais dos contratos de concessão.²²⁸

No mais, chama atenção no caso o voto revisor do Min. Raimundo Carreiro, no mesmo sentido do voto relator, que destacou a impossibilidade de impor à ANTT novas regras bem como a revisão de decisões pretéritas da agência referentes a revisão tarifária, ressaltando a necessidade de preservação da segurança jurídica.²²⁹

²²⁸ Cf. trecho do voto do Min. Walton Alencar Rodrigues, com considerações nesse sentido: “Entendo que a decisão a respeito da data a partir da qual deve ser efetuado o reequilíbrio, bem como a decisão a respeito da forma de realização dessa revisão, constituem escolhas regulatórias que se inserem no âmbito decisório da ANTT, não do TCU.

Cabe à Agência efetuar as recomposições do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, em relação aos eventos decorrentes de inserções de investimentos não previstos originalmente nos encargos das concessionárias, e do remanejamento, com aumento de valor, de investimentos originalmente previstos, mediante escolhas regulatórias adotadas em regular procedimento, em que suas opções sejam devidamente fundamentadas.

Assim, ao contrário da proposta consignada pela unidade instrutiva, não se pode determinar à ANTT a adoção de qualquer metodologia específica, muito menos a aplicação retroativa da Resolução ANTT 3.651/2011. Cabe à Agência definir a melhor metodologia para recompor o desequilíbrio identificado.

Ante o exposto, com as ressalvas apresentadas, acolho os argumentos registrados nos pareceres da unidade instrutiva, sobre a necessidade de restituir a proporcionalidade entre as receitas e os encargos das concessionárias ali indicadas, e voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.”

²²⁹ Cf. trecho do voto revisor: “Assim, em consonância com o que tenho defendido em outros processos desta Corte, aqui ressalto também que não podemos ficar indiferentes à insegurança jurídica. A imposição de novas regras aos contratos de concessão, frise-se, em plena vigência, somente podem ser efetivadas após existir uma intensa discussão acerca da matéria e um entendimento jurisprudencial firme, sob pena de ferir de morte o sagrado princípio da segurança jurídica, aplicável aos contratos da espécie, bem como a toda relação jurídica dentro de um Estado de Direito.”

O Min. Raimundo Carreiro também defendeu a regularidade em relação aos atos já praticados e a necessidade de preservar as condições originárias de formação da proposta econômica. Ao final, concordou com a proposta de

Ou seja, ao final, a ANTT obteve sucesso parcial, pois não foi obrigada a rever revisões tarifárias pretéritas com base em nova TIR, *mas sim a aplicar a metodologia do fluxo de caixa marginal para novos investimentos*. Não obstante, o TCU concordou com a avaliação da unidade técnica de que os contratos de concessão da 1ª Etapa do PROCOFE estariam em estado de desequilíbrio e determinou a inserção de cláusula para que fosse feito o seu reequilíbrio, de modo a considerar que, em relação aos novos investimentos não previstos inseridos por termos aditivos, sua recomposição fosse feita de acordo com as condições econômicas da época de sua celebração, e não mediante a TIR do contrato.

Recursos apresentados pela ANTT em face de decisão do TCU contra revisão tarifária praticada na concessão da ECO-101: (a) embargos de declaração julgados no Acórdão 1461/2018 (26/06/2018) – Rel. Min. Augusto Nardes e (b) pedido de reexame julgado no Acórdão 2175/2019 (11/09/2019) – Rel. Min. Bruno Dantas

Este caso diz respeito a processo de representação, iniciado por deputado federal, **sobre alegadas irregularidades em revisão tarifária referente à concessão da BR-101/ES/BA (concessão ECO 101)**. A decisão foi expedida no Acórdão 290/2018, que será analisado com detalhes no item 3.5.2 abaixo. O caso trata de supostas irregularidades praticadas na revisão tarifária aprovada pela Resolução ANTT nº 5.339/2017 em virtude da Lei 13.303/2015 (Lei dos Caminhoneiros), que, em seu art. 16, aumentou o limite de peso bruto por eixo de caminhões, acarretando assim o futuro desgaste do pavimento e os respectivos custos de manutenção a serem incorridos pela concessionária. Na decisão do Acórdão 290/2018, o Min. Relator determinou à ANTT que reavaliasse a revisão tarifária concedida, não utilizasse custos médios gerenciais do DNIT como parâmetros para o acréscimo dos custos de manutenção do pavimento, e retificasse demais revisões tarifárias já concedidas com fundamento na Lei dos Caminhoneiros.

aplicação da metodologia do fluxo de caixa marginal para reequilíbrio econômico-financeiro por novos investimentos, conforme metodologia proposta pela ANTT na Resolução 3.651/2011.

Em face do Acórdão 290/2018, a ANTT apresentou primeiro embargos de declaração, avaliados no Acórdão 1461/2018, e depois pedido de reexame, julgado no Acórdão 2175/2019. Os embargos foram acolhidos parcialmente, apenas para aumentar o prazo de cumprimento da decisão, e o pedido de reexame foi negado.

São de interesse os argumentos apresentados pela ANTT, que não alega a incompetência do TCU para tratar de questões relativas ao exercício de suas atividades-fim, como feito em casos anteriores. Ao invés disso, a Agência afirma que, ao realizar a revisão tarifária em questão, estaria atendendo a determinações do TCU exaradas em Acórdãos anteriores. Logo, por sua atuação estar adequada ao que o Tribunal decidiu anteriormente, não caberiam as determinações realizadas.

Ou seja, a ANTT tenta se defender no mérito utilizando julgamentos anteriores do próprio Tribunal, ao invés de buscar questionar a competência do Tribunal e reforçar sua autonomia.

Na argumentação dos embargos, a ANTT sustenta que o TCU estaria se colocando de forma contraditória a decisões anteriores que determinaram a utilização do fluxo de caixa marginal, metodologia fixada pela *Resolução nº 3.651/2011*, determinada em outros Acórdãos (como o supracitado 2927/2011) para reequilibrar impactos de novos investimentos. Assim, a ANTT argumenta que, ao efetuar a revisão tarifária, estaria apenas aplicando metodologia de reequilíbrio econômico-financeiro já referendada pelo próprio Tribunal. No mais, *solicita prazo superior para atender aos ajustes indicados no Acórdão embargado*, eis que estaria desenvolvendo novos estudos com pareceria de universidade federal (UFRGS) para calcular os reais impactos da alteração legal sobre os custos de manutenção da concessionária.

Na decisão dos embargos de declaração, o voto do Min. Relator no Acórdão 1561/2018 afirma que não determinara à ANTT a utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal neste caso – mas sim que, no supracitado Acórdão 2.927/2011, fora decidido que ela seria adequada para os contratos de Concessão da 1ª Etapa, e não para as demais etapas (a concessão da Eco101 é da 3ª Etapa do PROCOFE) e para questões estranhas a novos investimentos, como a então comentada, referente a incremento de custos de atividades já previstas no PER.²³⁰ Ou seja, verificou-se no julgamento de uma espécie de duelo de razões

²³⁰ Confira-se trecho do voto do Min. Relator Augusto Nardes: “De acordo com o exposto naquele voto, [no Acórdão 290/2018] este Tribunal, por intermédio do Acórdão 2.927/2011-Plenário, de relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues, determinou a utilização da Resolução ANTT 3.651/2011 para os contratos de concessão da 1ª Etapa, de maneira que aquela determinação não se aplica a este concreto, que é uma concessão da 3ª Etapa.

sobre o que TCU efetivamente decidira anteriormente, e sobre qual seria o parâmetro então aplicável, prevalecendo, evidentemente, a avaliação do próprio Tribunal.

Ademais, também foi considerada inadequada a utilização dos custos médios gerenciais do DNIT previstos na tabela SICRO, conforme disposto na Resolução 3.651/2011, entendendo o Relator que deveriam ser considerados *os custos de manutenção presentes nas propostas econômicas das licitantes vencedoras*, ou seja, os custos efetivamente considerados pela concessionária.

Já no pedido de reexame, a ANTT detalha questões de mérito relativas à regularidade do procedimento de revisão tarifária por ela escolhido. Entre os argumentos levantados, chama atenção o fato de a ANTT afirmar que *“a utilização discricionária do fluxo de caixa marginal, ou das condições da proposta, a depender do resultado mais favorável à Administração, constitui violação do dever de coerência e gera insegurança jurídica.”* Ou seja, ela sustenta que não poderia considerar em algumas revisões tarifárias o fluxo de caixa marginal, que parte das condições de mercado, como o Tribunal determinara em relação às concessões da 1ª Etapa do PROCOFE, e em outras os parâmetros de custos da proposta original, como o Tribunal estava então determinando em relação à 3ª Etapa do PROCOFE, no qual propostas apresentadas foram muito mais agressivas, pela boa expectativa em relação ao cenário macroeconômico e taxas de juros baixas, gerando uma TIR de contrato bem inferior. Assim, afirma que a modulação pretendida pelo Tribunal, de levar em consideração em cada caso o que é mais barato e vantajoso ao Poder Concedente e aos usuários, seria uma violação das regras do jogo regulatório, inaplicável.

Além disso, a agência reguladora, em 29/5/2014, alterou a Resolução-ANTT 3.651/2011 por intermédio da Resolução-ANTT 4.339/2014, ampliando o alcance daquele normativo aos demais contratos de concessões, inclusive, aos da 3ª fase, e possibilitando a utilização de critérios de mercado, não somente para a inclusão de investimentos e serviços não previstos na proposta inicial, mas também na hipótese de incremento de valores de itens já existentes no Programa de Exploração Rodoviária (PER).

Tendo em vista os resultados deletérios dessa alteração normativa provocada pela ANTT nos contratos de concessão, conforme mencionei nos subitens 55 e 56 do voto da deliberação ora recorrida, reforço meu entendimento de que os ajustes de custos de itens já previstos no plano de negócios com a utilização de preços de mercado somente devem ser efetivados após estudos da ANTT que demonstrem claramente a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e das condições inicialmente contratadas pelo Poder Público, o que não ocorreu neste caso sob análise.”

Apesar da argumentação apresentada, no Acórdão 2175/2019 o Min. Relator Bruno Dantas negou o pedido de reexame. Na primeira parte de seu voto, negou a aplicação dos custos médios gerenciais do DNIT, que não poderiam ser um parâmetro aplicável em todos os casos, por não considerar os custos unitários incorridos pela Concessionária. Ponderou, ainda, faltar razoabilidade ao reequilíbrio econômico-financeiro concedido, visto que o acréscimo de custos calculado corresponderia a 21% de todos os custos de manutenção estimados pela ANTT para todo o período da Concessão. Na segunda parte, afirmou que o TCU não vedou a aplicação em definitivo da metodologia do fluxo de caixa marginal, mas sim a incidência no caso concreto, eis que a ANTT não cumprira com o dever de justificar a adequação da metodologia utilizada. No mesmo sentido, não vislumbrou violação a decisões anteriores do TCU, pois nelas foi determinada a aplicação da Resolução 3.651/2011 a circunstâncias distintas.

Por fim, o seu voto dá bastante ênfase ao afirmar que seria “*temerário*” que o Tribunal determinasse *previamente à ANTT a metodologia aplicável para o reequilíbrio econômico-financeiro*.²³¹ Assim, fica implícito que cabe à ANTT averiguar a metodologia que entende aplicável e apresentá-la fundamentadamente ao TCU, para posteriormente averiguar sua razoabilidade e adequação.

Dessa forma, o presente caso indica: (i) que, mais recentemente, a ANTT fundamenta mais sua defesa no cumprimento de determinações pretéritas do Tribunal, ao invés de buscar questionar diretamente sua competência de expedir esse tipo de determinação; e (ii) que, embora o TCU afirme que não lhe cabe fixar a metodologia aplicável para o reequilíbrio econômico-financeiro, ele se coloca numa função de *análise das justificativas e da adequação da decisão da ANTT*, ou seja, atuando como se fosse um revisor responsável por expedir um juízo sobre a juridicidade da decisão tomada.

²³¹ Trecho no Acórdão 2175/2019: “Inexistentes os mencionados estudos, considero inviável determinar a priori a metodologia a ser empregada no processo de revisão tarifária, até mesmo porque o contrato é contraditório a esse respeito:

Nesse contexto, repiso, caberá à Agência, de posse desses estudos, tomar decisão fundamentada a respeito, inclusive demonstrando que a eventual adoção dos custos apresentados no plano de negócio da concessionária ocasionaria desequilíbrio econômico-financeiro.

Ainda sobre esse ponto, entendo que seria temerário o Tribunal, após considerar que inexistente demonstração do efetivo desequilíbrio econômico financeiro da avença, decidir previamente à Agência, desprovido dos resultados dos aludidos estudos, hipótese em que poderia restar configurada a subtração de competência da ANTT.”

3.3.2 Capitulação da ANTT: casos de cumprimento voluntário pela agência de questões abordadas pelo Tribunal

Nos próximos casos, diferentemente do que foi exposto acima, é apontada uma outra postura da ANTT perante o controle exercido pelo Tribunal: ao invés de confrontar e questionar as decisões referentes ao exercício de suas atividades-fim, a ANTT procura adequar voluntariamente sua atuação aos parâmetros indicados pelo Tribunal – muitas vezes durante a instrução do respectivo processo de controle, ou seja, antes de o TCU expedir Acórdão sobre a situação. *Nota-se, nesse cumprimento voluntário pela ANTT, a estratégia de evitar problemas com o Tribunal ao atender ao que lhe é solicitado, ao invés de defender as posturas questionadas pelo Tribunal.*

Amostras desse tipo de estratégia serão expostas nos casos abaixo, que se passa a apresentar.

Acórdão 391/2008 (12/03/2008) – Rel. Min. Marcos Vinicius Vilaça

O presente Acórdão foi prolatado em processo de relatório de auditoria sobre concessão rodoviária da 1ª Etapa do PROCOFE, a BR 290/RS (Concessionária CONCEPA), com o objetivo de “*verificar a adequação dos valores da tarifa de pedágio*”, bem como “*acompanhar a execução do contrato de concessão e avaliar seu equilíbrio econômico-financeiro*”.²³² Ou seja, trata-se de mais um processo no qual o TCU vai fixar o equilíbrio econômico-financeiro de concessionária rodoviária, por conta de alegações de atraso no início da operação na concessão, questionamento sobre revisões tarifárias realizadas e inclusão de aditivo contratual.

O interessante nesse caso é que a ANTT voluntariamente decidiu cumprir e executar as propostas exaradas pela unidade técnica competente, a SEFID, antes mesmo do julgamento do processo pelo plenário do TCU.

Pelo exposto no Acórdão, aconteceu o seguinte: o relatório de auditoria elaborado pela unidade técnica (SEFID) foi finalizado em meados de 2003, tendo detectado irregularidades na atuação da ANTT e apresentado uma “proposta de encaminhamento” (ou seja, sugestão de

²³² Os trechos citados foram extraídos do sumário do Acórdão 391/2008 disponibilizado pelo próprio TCU (uma espécie de ementa do julgamento).

parte dispositiva do Acórdão) com 10 (dez) determinações e 4 (quatro) recomendações. Este relatório foi encaminhado à ANTT, que, a princípio, não adotou nenhuma conduta.

Contudo, quando, em 2008, o processo foi incluído na pauta de julgamento do TCU, a ANTT criou grupo de trabalho para implementar as propostas do relatório da unidade técnica, antes da decisão do Tribunal. Ainda, a ANTT elogiou, em manifestação acostada no processo, o trabalho da SEFID e informou que estaria fazendo todo o possível para atender às propostas de encaminhamento apresentadas. A questão foi, inclusive, ressaltada no voto do Min. Relator 391/2008, que destacou a “demora” da ANTT em acatar a proposta da SEFID:

4. Quanto ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ocorrido nas diversas revisões e adequações de tarifas, a Sefid constatou um grande número de impropriedades, detalhadas nas instruções que integram o Relatório precedente, a serem corrigidas tomando como base o novo modelo do plano econômico-financeiro sugerido pela Unidade Técnica.

5. Submetido o relatório aos comentários da concessionária e da agência reguladora, a ANTT não apenas manifestou sua concordância com as conclusões obtidas pela Sefid, mas elogiou a qualidade e profundidade do trabalho, o que indica uma salutar convergência de pontos-de-vista e referenda a minuciosa análise técnica realizada pela equipe do Tribunal. [...]

9. Quero ressaltar que louvo sempre quando a Administração Pública procede, por iniciativa própria, independentemente de deliberação desta Corte, a correção de rumos, conforme indicado pelas propostas das nossas unidades técnicas. *Notei, no presente caso, todavia, que isso só veio a ocorrer mais de quatro anos após a produção do relatório pela SEFID e, ainda assim, só depois do processo ter sido incluído em pauta.* (grifou-se)

Como parte da conduta de adotar e cumprir o indicado pela SEFID no caso, a ANTT editou, em 06/03/2008 (cerca de uma semana antes da sessão de julgamento), portaria construindo grupo de trabalho para implementar as sugestões, com prazo de 100 (cem) dias para conclusão dos trabalhos.

Assim, diante do cumprimento voluntário, o TCU não expediu no Acórdão nenhuma determinação ou recomendação à ANTT. Ao invés disso, apenas deliberou que a SEFID monitorasse a implementação do resultado do grupo de trabalho, verificando a adequação das medidas adotadas pela agência em face do apurado pela unidade técnica. Ao final, a ANTT parece ter tido sucesso em satisfazer a unidade técnica, visto que o único outro Acórdão expedido pelo TCU no âmbito deste processo (processo 005.605/2002-9) é um Acórdão de Relação, que procedeu ao seu arquivamento, juntamente com 2 (duas) determinações pontuais (Acórdão de Relação 1904/2009).

O fato de a ANTT ter passado a cumprir os pontos assinalados pela SEFID somente após a inclusão do processo em pauta do julgamento *sugere que esta estratégia foi adotada como forma de evitar uma intervenção mais dura do Tribunal sobre suas atividades*, e não em razão de a ANTT necessariamente concordar com o mérito da avaliação efetuada. De qualquer forma, *a estratégia aparentemente foi bem-sucedida*, pois ao invés de receber uma decisão mais dura com determinações e recomendações, o Tribunal expediu uma decisão muito mais branda, no qual foi tão-somente determinado o acompanhamento das ações da ANTT pela SEFID.

Ademais, o fato de o controle ter sido feito integralmente pela unidade técnica – já que não houve decisão de mérito do Tribunal sobre o tema – corrobora alegações da literatura crítica que o verdadeiro controle de atividades reguladas é feito não pelos ministros do TCU, mas sim por suas unidades técnicas.

Pedido de Reexame julgado no Acórdão 2950/2012 (31/10/2012) – Rel. Min. Raimundo Carreiro

O Acórdão 2950/2012 consiste no julgamento de pedido de reexame apresentado pela ANTT em face do anterior Acórdão de Relação 312/2012, tratando o processo em questão de auditoria sobre as ferrovias concedidas. Na decisão originária, decidira-se fixar prazos para a ANTT atender a cerca de 13 (treze) determinações e uma recomendação, a maioria delas relativas à elaboração de relatórios sobre os trechos ferroviários e sobre os bens relacionados ao transporte ferroviário.

Aqui, chama atenção o fato de que, em seu recurso, a ANTT, longe de questionar o mérito das determinações do TCU, apenas pede mais tempo para cumprir com os comandos exarados pelo Tribunal, apresentando argumentos para justificar a inviabilidade de atender aos prazos fixados. Além disso, informa que não seria capaz de cumprir com determinações pontuais do Tribunal, como a de definir unidade administrativa encarregada de acompanhar e fiscalizar os registros contábeis de concessionárias de transporte ferroviário, por falta de quórum de membros no seu Conselho Diretor, dado que esta atribuição de responsabilidade dependeria de decisão da diretoria da agência.

Ao final, contrariando parcialmente a proposta de encaminhamento da unidade técnica, que discordou de parte da justificativas apresentadas sobre a inviabilidade de cumprir os prazos originários, o Plenário do TCU deu parcial provimento ao recurso, acompanhando o

voto relator para prorrogar em 360 (trezentos e sessenta) dias o prazo originalmente estabelecido para o cumprimento das determinações exaradas. Com isso, a estratégia adotada pela agência de buscar atender ao Tribunal foi cumprida, sendo evitadas novas determinações ou mesmo consequências mais graves para os seus gestores, como eventual aplicação de penalidades pelo descumprimento de decisão da Corte de Contas Federal.

Adiamento da licitação no caso do Trem de Alta Velocidade (TAV) Rio-São Paulo - Acórdão 2052/2014 (06/08/2014) – Rel. Min. Benjamin Zylmer

Este Acórdão foi exarado no âmbito do processo instaurado para análise da proposta de outorga via concessão patrocinada da implantação e operação do Trem de Alta Velocidade – TAV entre Rio e São Paulo, projeto de infraestrutura estudado pelo Governo Federal desde meados de 2006, com destaque na agenda governamental e na mídia, que ao final *terminou sendo abandonado pela Administração Pública Federal*, muito por conta das diversas dificuldades encontradas para viabilização do projeto. O TCU atuou amplamente na análise da proposta de modelagem de concessão, tendo expedido de 2007 a 2014 pelo menos 6 (seis) Acórdãos para tratar sobre o tema, com diversas determinações para adequação dos estudos de viabilidade técnica e econômica, das minutas do edital e do futuro contrato de PPP.

O Acórdão 2052/2014 foi o último expedido sobre o tema, e mais do que as discussões de mérito do caso – que serão abordadas no item 3.5.1 abaixo – ressalta-se no momento interessante consideração *sobre conduta adotada pela ANTT de suspender o cronograma da licitação já iniciada antes da apreciação pelo TCU do 2ª estágio de outorga dessa concessão*. Ou seja, mais que o mérito da decisão em si, importa trecho do voto do relator que faz relato fático do processo de outorga da desestatização, indicando esta ação tomada pela ANTT.

O voto registra que, após o TCU aprovar, por meio do Acórdão 3.349/2012, reformulação feita pela ANTT relativa à modelagem da futuro edital e minuta de contrato, a ANTT publicou o Edital 1/2012 para a concessão do TAV, com algumas divergências em relação aos estudos de viabilidade aprovados pelo Tribunal, como, por exemplo, o critério de julgamento. Diante destas modificações, é relatado que a SEFID fez nova análise sobre o Edital 1/2012 publicado, sendo sugerido que esta unidade técnica opinaria de forma desfavorável à sua continuidade. Com isso, *próximo à data prevista da sessão de julgamento pelo TCU que analisaria o relatório, a ANTT adiou sine die o cronograma de licitação*. Confirmam-se trechos do voto no Acórdão 2052/2014 em questão:

“11. A SefidTransportes avaliou a aderência entre o Edital 1/2012, a respectiva minuta contratual e os comunicados que integram o instrumento convocatório, de um lado, e os julgados anteriores desta Corte (Acórdãos 1.796/2011 e 3.349/2012), as boas práticas internacionais e as especificações da legislação vigente, especialmente as Leis 8.666/1993 e 8.987/1995, de outro. Com o processo pautado para a sessão do dia 14/8/2013, oportunidade em que esta Corte apreciaria o segundo estágio da outorga, a ANTT publicou o Comunicado Relevante 12/2013, no qual informou o adiamento, sem prazo definido, do cronograma de licitação.

12. Assim, retirei o processo da pauta e determinei que a SefidTransportes continuasse o acompanhamento da mencionada licitação.”²³³

Uma leitura possível de se extrair desse relato é a seguinte: diante da perspectiva de uma decisão negativa do TCU, que concordasse com o relatório da SEFID e a proposta de encaminhamento desfavorável ao Edital 1/2012 e, por exemplo, determinasse a suspensão da licitação, a própria ANTT houve por bem suspender o cronograma da licitação, para evitar maiores desgastes. E, quando do julgamento do Acórdão 2.052/2014 ora comentado, a licitação não veio a ser retomada. Em verdade, o projeto de instituição de PPP para o TAV terminou sendo deixado de lado, não tendo avanços significativos desde a suspensão da licitação em questão, apesar de vez ou outra ser mencionado no cenário político.²³⁴

Neste cenário de suspensão da licitação do TAV, o TCU, no Acórdão 2.052/2014, determinou à ANTT que, caso tivesse interesse em dar prosseguimento à licitação, elaborasse e enviasse à análise do TCU estudos atualizados de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental, com antecedência máxima de 18 (dezoito) meses antes da data prevista da licitação, tendo em vista que os estudos de viabilidade original do TAV eram de 2009. Com isso, o TCU praticamente determinou a retomada do projeto à estaca zero, ao declarar que seriam inservíveis os estudos anteriormente realizados sobre o tema. Logo, nesta derradeira (até o momento) decisão do TCU acerca do TAV, foi deixado claro que os novos projetos deveriam sujeitar-se ao escrutínio do Tribunal.

²³³ Trecho de voto do Min Rel. Benjamin Zylmer.

²³⁴ Por exemplo, em 2015 o então vice-presidente Michel Temer disse que o projeto “não foi abandonado” (<https://valor.globo.com/politica/noticia/2015/04/23/projeto-do-trem-bala-sp-rio-nao-foi-abandonado-diz-temer-a-espanhois.ghtml>); há notícia de 2019 que afirma ter sido o projeto cogitado pelo Governo de Jair Bolsonaro, em seu 1º ano (<https://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/trem-bala-riosao-paulo-interesse-chines-e-analisado-por-ministro-de-bolsonaro.html>); e em fevereiro de 2020 (início do ano, antes da pandemia), o então Governador do Rio de Janeiro Wilson Witzel afirmou que pretendia retomar projeto, com extensão até Belo Horizonte (<https://viatrolebus.com.br/2020/02/witzel-promete-retomar-trem-bala-entre-rio-e-sao-paulo/>).

Em conclusão, no presente caso nota-se novamente a ANTT atuando de forma estratégica perante o TCU, conformando-se a indicações de sua unidade técnica para evitar decisão negativa de parte dos ministros julgadores.

Acórdão 283/2016 (17/02/2016) – Rel. Min. Augusto Nardes

O processo em questão é referente à análise de outorga de concessão de trecho rodoviário correspondente à BR-476/153/282/480/PR/SC, conhecido como “Rodovia do Frango”, que não chegou a ser licitado. Apesar de o TCU ter aprovado com ressalvas, na forma da IN 46/2004, o 1ª estágio de acompanhamento desta outorga no presente Acórdão 283/2016, destaca-se que, no julgamento, ele apresentou 41 (quarenta e uma) determinações e 13 (treze) recomendações, sendo este o processo com maior número de cominações em toda a base de dados. Diante deste cenário, e também de novas diretrizes do Ministério dos Transportes, a ANTT passou a ter que realizar substanciais reformulações no projeto de concessão rodoviária, que na prática reiniciariam todo o processo de outorga, conforme registrado pelo subsequente Acórdão de Relação 1090/2017, na qual o TCU entendeu que o acompanhamento do 1ª estágio de outorga perdeu objeto.²³⁵

Apesar de este caso trazer interessantes discussões sobre como o TCU adentra no exame a fundo das atividades-fim da ANTT, ao fazer análise de todo o estudo de viabilidade e expedir tão grande número de recomendações, o que se visa destacar aqui é o registro, feito no voto do Min Relator Augusto Nardes, de que, *antes do julgamento do caso, a ANTT já se encontrava em interação próxima com a unidade técnica do Tribunal para cumprir as propostas de encaminhamento apresentadas.*

²³⁵ Nesse sentido, confirmam-se trechos dos “Consideranda” presentes no Acórdão de Relação 1090/2017: “Considerando que os estudos analisados pelo TCU por meio do [Acórdão 283/2016-TCU-Plenário](#) estão sendo substancialmente reformulados pela ANTT;

Considerando que essa reformulação tem como justificativa a mudança das diretrizes do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, materializadas na Portaria 609/2016, para a política pública federal das parcerias de exploração da infraestrutura rodoviária; (...)

Considerando que será necessária a elaboração e aprovação de outro Plano de Outorga, a realização de novas audiências públicas, a aprovação pela Diretoria Colegiada da ANTT, bem como outros procedimentos preliminares à abertura da licitação;

Considerando que os estudos já apreciados pelo TCU no presente processo se mostram superados, e, por consequência, entende-se que o acompanhamento do primeiro estágio de concessão da Rodovia do Frango perdeu seu objeto;”

Isso acaba por indicar que, recentemente, há interações entre a unidade técnica do TCU e ANTT, e que durante elas os técnicos do Tribunal, ao efeuar sua análise sobre proposta de outorga de concessão, encaminham suas conclusões à ANTT. A agência, por sua vez, de posse desta avaliação, e *anteriormente à decisão do Tribunal, já voluntariamente passa a implementar ao menos parte das determinações sugeridas pela unidade técnica.*²³⁶

Ao mesmo tempo, a agência também manifesta alguma resistência em relação aos pontos que ela entende serem juízos referentes à sua competência e avaliação discricionária, sujeita a suas escolhas regulatórias. Assim, nos demais pontos sugeridos pela unidade técnica a parte dos 23 (vinte e três) acima elencados, defende a preservação de suas escolhas regulatórias, recusando-se a adotar voluntariamente o sugerido pela SeinfraRodovia. Confira-se, nesse sentido, outro trecho do voto:

21. Quanto às determinações restantes (alíneas a, e, f, h, i, j, k, q, w, y, z, aa, hh, jj, kk, nn do item 537 da instrução de peça 32), em que há divergências entre os posicionamentos defendidos pela SeinfraRodovia e pela ANTT, destaca essa agência dois pontos: i) os itens refletem opções regulatórias no exercício de sua competência, de forma que deveriam ser tratados como recomendações; e ii) as opções regulatórias adotadas em relação a esses itens traduzem exercício de ponderação do interesse público manifesto no equilíbrio entre obrigações do concessionário e a equação econômico-financeiro da concessão, inclusive para ampliar sua competitividade e modicidade tarifária.

Ou seja, mais do que concordância em si com o entendimento do Tribunal, a postura de acomodação adotada neste e em outros casos indica ser esta uma estratégia da ANTT para ceder em alguns pontos, buscando preservar o mérito de escolhas relativas ao exercício de suas atividades-fim em outros. Logo, ao invés de simples submissão aos juízos do Tribunal, há indícios de que a agência *atua estrategicamente em uma discussão de interações recorrentes com a unidade técnica*, estando em uma posição de franca desvantagem

²³⁶ Nesse sentido, confira-se os seguintes trechos do voto do Min, Relator no Acórdão 283/2016: ““9. Em 21/12/2015, a ANTT protocolou Memorial (peça 36) para fins de esclarecimentos acerca das questões postas na instrução da SeinfraRodovia (peça 32). Nesse documento, a agência reguladora manifesta-se sobre as 40 (quarenta) determinações constantes do item 537 da instrução da unidade técnica, sem prejuízo de expor seu entendimento sobre os demais itens em momento pertinente. (...)”

20. Entende a ANTT que é possível o atendimento de 23 (vinte e três) das determinações do item 537 da instrução da unidade técnica (alíneas b, d, g, l, m, n, o, p, r, s, t, u, v, x, bb, cc, dd, ee, ff, gg, ii, ll, mm), destacando, porém, que mesmo essas seriam mais bem acomodadas na forma de recomendações, por tratarem majoritariamente de aspectos técnicos e não de ilegalidades.”

institucional, dado o fato acima ressaltado na análise quantitativa de que a tendência dos ministros do Tribunal é adotar a avaliação feita por sua unidade técnica.

Por fim, complementando os apontamentos do item 3.2 acima, nota-se, no voto do relator, uma preocupação em afirmar que, ao controlar escolhas relativas ao mérito de atividades-fim da agência, o *Tribunal não estaria realizando ingerência nas atividades-fim da agência*, mas tão somente indicando aprimoramentos a serem realizados. Confira-se o raciocínio do Min Relator:

29. A expedição de determinações preventivas e corretivas à ANTT aplicáveis ao futuro contrato não configura possível ingerência do TCU nas escolhas regulatórias. Busca-se com este trabalho mitigar os riscos contratuais a fim de aumentar a eficiência do sistema rodoviário. Com efeito, esta Corte de Contas tem tido a preocupação de preservar a autonomia e a discricionariedade das agências reguladoras, de modo que as medidas propostas nestes autos se alinham a essa orientação, estando dentro dos limites de suas competências constitucionais e legais. Não há por parte das determinações propostas fixação de parâmetros regulatórios, mas sim indicação de que sejam feitos ‘esclarecimentos’, ‘aprimoramentos’, ‘reavaliações’, ‘compatibilizações’, ‘evidenciações’, ‘retificações’, ‘indicações’ e medidas afins.

É interessante observar que, a despeito da linguagem utilizada, o TCU de fato obriga a ANTT a atender a suas determinações, que não são poucas nem pontuais, analisando a fundo questões relativas à atividade de modelagem de contrato de concessão rodoviária. Assim, nota-se novamente certa *incoerência* identificada pela literatura crítica ao TCU entre o discurso e a prática do Tribunal, visto que ele efetivamente adentra no mérito de escolhas regulatórias e cria obrigações cogentes a serem atendidas pela ANTT em relação a elas, ao mesmo tempo em que nega fazê-lo.

3.4 Mecanismos de controle utilizados pelo Tribunal

Abordados acima como o TCU entende sua competência de controlar as atividades-fim da ANTT e as reações desta ao controle (questionamento e capitulação), este item analisa alguns dos mecanismos de controle utilizados pelo Tribunal para o *garantir o cumprimento de suas decisões*. A princípio, pensou-se em examinar aqui apenas *os poderes* mais drásticos

utilizados pelo TCU para conformar as decisões das agências reguladoras, quais sejam, a emissão de medidas cautelares e a aplicação de sanções.

Não obstante, analisando os Acórdãos integrantes da base de dados, foi verificado que o Tribunal faz largo uso de outro procedimento, com efeitos análogos aos acima mencionados: é a *fixação de prazo determinado* para a ANTT comprovar o cumprimento da decisão, ou, alternativamente, *determinar às unidades técnicas do Tribunal o acompanhamento das ações tomadas pela ANTT para o cumprimento das decisões*. Assim, é relativamente comum que o TCU, posteriormente ao Acórdão, expeça algum tempo depois um novo Acórdão no qual verifica o cumprimento, ou não, pela ANTT, das determinações exaradas. Com isso, o TCU também realiza o *enforcement* de seus julgados eis que, caso falhe em comprovar o atendimento no prazo determinado pelo Tribunal, os gestores da ANTT podem sujeitar-se à aplicação de sanções pessoais pelo descumprimento.

Logo, com a finalidade de explorar esses três mecanismos adotados pelo TCU para garantir a eficácia de suas decisões, os subitens a seguir exploram tais assuntos, da seguinte forma: primeiro, a prática de fixação de prazo para cumprimento da decisão (3.4.1), seguidos de exemplos de adoção de medidas cautelares (3.4.2) e de aplicação de sanções (3.4.3). Diversamente do ocorrido nos tópicos anteriores, ao invés de explicar todo o acórdão em questão e, na sequência, destacar o ponto mais importante, aqui a análise *não é segmentada em itens conforme os Acórdãos*, optando-se diversamente por abordá-los em formato mais livre.

3.4.1 Fixação de prazo para atendimento ou apresentação de plano de ação e verificação de seu cumprimento

Na análise dos Acórdãos na pesquisa, verificou-se ser relativamente comum que o TCU estabeleça um prazo cumprir o indicado pelo Tribunal.

Isso ocorreu, por exemplo, na Decisão 1648/2002, de 04/12/2002, Rel. Min Walton Alencar Rodrigues, que dizia respeito à análise pelo Tribunal dos efeitos de remanejamento de praça de pedágio em concessão rodoviária da BR-116/RJ/SP (Via Dutra), com alteração do local inicialmente previsto para um outro. Nesse caso, o TCU entendeu a mudança trouxe ganhos imprevistos para a Concessionária, que deveriam ser objeto de reequilíbrio econômico-financeiro a favor dos usuários. Assim, o Tribunal fixou prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a ANTT (i) elaborar nova norma regulatória que viesse a disciplinar a forma

de cálculo dos bônus gerados pelo desmembramento e alteração de praças de pedágio, com fins repassar ganhos aos usuários, e (ii) efetuar a revisão contratual cabível na concessão da Via Dutra, com base na norma a ser criada. Ademais, o TCU também efetuou algo que é comum nesse tipo de caso: (iii) determinar à unidade técnica em questão “*o acompanhamento das providências a serem executadas pela ANTT*”.²³⁷

Apesar de a Decisão 1648/2002 haver sido parcialmente alterada por pedido de reexame apresentado pela ANTT (julgado no Acórdão 575/2007), a prática de fixação de prazo para a realização de certa atividade pela agência, combinada com determinação pelo Tribunal para a unidade técnica monitorar o cumprimento pela agência da decisão, repetiu-se diversas vezes na base de casos. Isso ocorreu, por exemplo, em diversos outros Acórdãos da base de dados.²³⁸

De forma paralela, é comum que o TCU expeça decisões subsequentes no âmbito do mesmo processo, *de forma a verificar o cumprimento, ou não, pela ANTT da decisão exarada pelo Tribunal*.

Normalmente, quando é verificado o cumprimento pela agência, a decisão constitui um Acórdão de Relação, no qual o Tribunal também efetua o arquivamento do processo administrativo. Isso ocorreu, por exemplo, no Acórdão de Relação 1100/2009, no qual, o cumprimento pela ANTT da decisão exarada no Acórdão 988/2003, relativo a auditoria na concessão rodoviária Rio-Teresópolis, “*Considerando que a unidade técnica fez detalhada*

²³⁷ Confira-se parte das determinações na Decisão 1648/2002: “8.2. com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal/1988, fixar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que a ANTT:

8.2.1. elabore norma reguladora da forma de cálculo e de agregação ao fluxo de caixa do adicional de tráfego gerado nas praças originais, em decorrência da mudança na configuração original, com o desmembramento, criação de novas praças ou instalação de cabines de bloqueio, de forma que garanta o repasse integral ao usuário do benefício, na forma de redução de tarifa, ressalvadas as despesas vinculadas à modificação que se implementa;

8.2.2. com base na norma elaborada em cumprimento ao subitem anterior, promova a revisão, no contrato de concessão firmado com a Novadutra, a fim de que seja incorporado ao fluxo de caixa o adicional de tráfego gerado na praça original de Parateí, em razão do deslocamento da praça de Parateí Norte, autorizado na adequação 2, e do desmembramento que originou a praça de Jacaré, autorizado na adequação 5; (...)

8.4. determinar à Sefid o acompanhamento das providências a serem adotadas pela ANTT.”

²³⁸ São eles: (i) Acórdão 168/2004, onde foi fixado prazo de 30 dias para adequar o equilíbrio econômico-financeiro de concessões rodoviárias; (ii) Acórdão 1933/2004, no qual também foi fixado prazo de 30 dias para informar ao Tribunal sobre medidas adotadas para o cumprimento da decisão; (iii) Acórdão 567/2006, sendo fixado prazo de 60 dias para a ANTT efetuar levantamento de obras incluídas no fluxo de caixa de concessão rodoviária; (iv) Acórdão 2154/2007, para a ANTT em 30 dias realizar estudos para verificar a adequação do equilíbrio econômico-financeiro de concessões da 1ª Etapa do PROCOFE, pelos indícios de a TIR estar muito elevada; (v) no Acórdão 2888/2014, para a ANTT encaminhar ao Tribunal em 60 dias as propostas de concessionárias de ferrovias para regularizar trechos identificados como irregulares pelo TCU; (vi) no Acórdão 18/2017, para a ANTT em 90 dias solucionar as irregularidades identificadas como graves em contrato de concessão rodoviária, pela realização de aditivo para obras não previstas (caso da nova subida da serra de Petrópolis), entre muitas outras instâncias.

análise do cumprimento das disposições desse último acórdão” e “Considerando que todas as demais disposições do Acórdão 1703/2004-Plenário foram consideradas cumpridas pela unidade técnica”, o processo foi arquivado. Caso semelhante é o do Acórdão de Relação 3031/2016, processo de monitoramento no setor de concessões ferroviárias, no qual os ministros também consideraram “atendidas as determinações constantes do Acórdão 2.888/2014, alterado pelo Acórdão 3.588/2014” (decisões anteriores no mesmo processo), conforme parecer da unidade técnica, arquivando o processo.

Nota-se, novamente, a *importância da unidade técnica*, pois é esse órgão do TCU que verifica que se a ANTT cumpriu ou não o Acórdão e, conseqüentemente, se o processo deve ser arquivado ou se devem ser adotadas novas providências no caso.

Em outros casos, o TCU julgou que apenas parte da decisão fora atendida pela ANTT, e com isso faz novas determinações à agência. Isso ocorreu, por exemplo, no Acórdão 31/2015, que versava sobre monitoramento da 3ª Etapa do PROCOFE, para verificar o cumprimento do Acórdão 3.237/2013. Em sua decisão, o TCU considerou *“cumpridas as determinações 9.1.1, 9.1.2 e 9.1.3 do Acórdão 3237/2013 – TCU – Plenário e não cumpridas as determinações 9.1.4, 9.1.5.1, 9.1.5.2, 9.1.5.3 e 9.1.5.4 do mesmo acórdão”*, na sequência expedindo 5 novas determinações, que deveriam ser relatadas pela ANTT, bem como *“plano de ação contendo ações a serem tomadas, responsáveis pelas ações e prazos para implementação”* a ser elaborado e apresentado ao Tribunal em prazo de 30 dias.

No mesmo processo relacionado à 3ª Etapa do PROCOFE, o Tribunal expediu ainda nova decisão registrando cumprimento parcial das decisões pela ANTT, e ainda novas determinações: foi o Acórdão 2185/2017. Nele, apesar de *“considerar cumpridas as determinações contidas nos subitens 9.2.1 e 9.2.5 do Acórdão 31/2015-TCU-Plenário”*, considerou outras determinações *“parcialmente cumpridas”* e ainda outra *“não cumprida”*. Assim, determinou o envio pela ANTT ao TCU de novo plano de ação, para implementar as medidas indicadas pelo Tribunal,²³⁹ bem como o encaminhamento de versão final de *“Manual*

²³⁹ Confira-se trecho do Acórdão 2185/2017 que faz nova determinação de apresentação de plano de ação: “9.4. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:

9.4.1. no prazo de 60 (sessenta) dias, apresente plano de ação, contendo responsáveis e prazos para conclusão das medidas relacionadas à aquisição de equipamentos, bem como à contratação de meios para auxiliar a Agência na fiscalização dos parâmetros de desempenho das concessões de exploração da infraestrutura rodoviária;

9.4.2. no prazo de 60 (sessenta) dias, apresente plano de ação, contendo responsáveis e prazos para a implantação do Centro Nacional de Supervisão Operacional das rodovias concedidas;”

de Padronização do Relatório Técnico-Operacional-Físico-Financeiro das rodovias concedida”.

3.4.2 Expedição de Medidas Cautelares

Sobre a expedição de medidas cautelares, relembra-se que, conforme assinalado no Capítulo 2, elas foram cogitadas em um total de 21 (vinte e um) casos, e efetivamente adotadas pelo Tribunal em 12 (doze) deles. Ademais, o item 3.1 acima mostrou que, no controle das atividades-meio da ANTT, não é incomum que seja expedida medida cautelar para suspender licitação feita pela agência. Para investigar o tema no tocante às atividades-fim da agência, este item traz alguns exemplos de casos em que o tema foi abordado.

De início, cumpre ressaltar que, na maioria dos casos, a cautelar discutida visa *suspender a licitação para a outorga de concessão ou permissão regulada pela agência*. Nesse sentido, citam-se dois casos como exemplos.²⁴⁰

O primeiro é o Acórdão 102/2007, expedido no âmbito de análise sobre a outorga de subconcessão ferroviária pela VALEC (estatal ligada ao setor ferroviário), correspondente ao trecho da Ferrovia Norte-Sul (FNS) entre Açailândia/MA e Palmas/TO, para sua construção, desenvolvimento e exploração. Antes da prolação do Acórdão, já havia sido concedida medida cautelar para suspender o leilão desta subconcessão ferroviária, até ulterior análise do caso pelo Tribunal. Na decisão em tela, após expedir determinações à ANTT e à VALEC para realizar correções no respectivo edital de subconcessão, o TCU reviu a medida cautelar anteriormente concedida e autorizou a continuidade da licitação, condicionando-a, porém ao atendimento pela VALEC e pela ANTT do indicado pelo TCU no acórdão, incluindo a realização de análise sobre os pontos levantados e a correção das falhas identificadas no edital e na minuta do contrato de subconcessão.

O segundo caso é o Acórdão 2820/2015, referente a análise pelo Tribunal de leilão para a outorga de permissões de transporte rodoviário interestadual de passageiros, na região do Distrito Federal e municípios do entorno (Leilão 002/2014). Anteriormente ao Acórdão, o Tribunal expediu decisão cautelar para suspender o leilão em questão, em que já havia ocorrido inclusive a classificação das propostas econômicas apresentadas, faltando apenas a

²⁴⁰ Além das duas decisões abaixo desenvolvidas, há também no mesmo sentido o Acórdão 283/2016, em cujo processo o MPF solicitou cautelar para suspender processo de licitação da concessão rodoviária. No caso, a cautelar foi rejeitada, eis que o TCU entendeu não haver perigo na demora pelo fato do edital em questão não ter sido ainda publicado.

assinatura dos contratos de permissão. Em síntese, a discussão era sobre indícios de que a empresa vencedora de um dos lotes (a UTB - União Transporte Brasília Ltda) não tinha conseguido comprovar adequadamente sua capacidade técnica para prestação do serviço, tendo apresentado atestados inadequados, o que levou à adoção da medida cautelar pelo Tribunal para suspensão do certame. No Acórdão 2820/2015 foi julgado agravo apresentada pela empresa vencedora, a UTB, contra a medida cautelar de suspensão, não sendo o agravo conhecido pelo Tribunal por motivo formal, qual seja, de intempestividade.²⁴¹

Também são solicitadas ao TCU cautelares referentes a outros assuntos para além da (i) supracitada suspensão de leilões de outorga de concessões e permissões, incluindo (ii) para impedir que ANTT tome determinada ação, ou (iii) para suspender revisão tarifária por ela aprovada.

Como exemplo de cautelar impeditiva de ação à ANTT, há os Acórdãos 2820/2015 e 2147/2017. No primeiro, expedido em processo de representação, o Ministério Público junto ao TCU solicitou cautelar para impedir a ANTT de celebrar com concessionárias rodoviárias e ferroviárias Termos de Ajuste de Conduta (TACs) substitutos da aplicação de penalidade, por alegada falta de previsão legal e aplicação dos princípios da isonomia e indisponibilidade do interesse público. Contudo, a cautelar em questão foi rejeitada pelo Tribunal, que decidiu apenas apensar a representação a outro processo já existente no âmbito do TCU. Já o segundo caso dizia respeito a análise sobre o contrato de concessão rodoviária (Concessionária CONCEPA), em que um dos pontos contestados era a ausência de conclusão do contorno rodoviário de Florianópolis. No caso, o Ministério Público junto ao TCU solicitou cautelar para impedir a ANTT de firmar termos aditivos para inclusão de novos investimentos no contrato (como os relativos ao contorno rodoviário em questão). Contudo, novamente neste caso o Min. Relator negou a cautelar pleiteada, por entender que não havia risco de a ANTT assinar termo aditivo sem o aval do TCU.

²⁴¹ No mais, no caso chama atenção o fato de o voto do relator afirmar que o TCU não estaria interferindo no exercício pela ANTT de suas atividades finalísticas, mas apenas cumprindo requisito de habilitação estabelecido pela própria agência. Confira-se: “15. O TCU não pode se imiscuir na atividade finalística das agências reguladoras, devendo atuar apenas de forma complementar. Não havia qualquer vedação quanto à interrupção dos serviços, por curtos períodos, nos anos atestados. O Tribunal não pode criar requisitos de habilitação novos, não constantes do edital (...) 26. O Tribunal de Contas da União, ao suspender o certame, apenas exerce sua competência constitucional de controle externo de entidade da administração federal indireta, nesse caso, sob o enfoque da legalidade. A decisão que concedeu a medida cautelar examinou, apenas, o cumprimento de requisito de habilitação estabelecido pela própria ANTT, não tendo havido, assim, qualquer ingerência indevida nas atribuições da agência.”

Por fim, como exemplo de cautelar para suspender revisão tarifária aprovada pela ANTT, cita-se o Acórdão 1473/2017, exarado no julgamento de recursos apresentados pela ANTT e pela Concessionária Eco101, da rodovia BR-101/ES, em face de decisão cautelar anterior que suspendeu revisão tarifária aprovada pela ANTT. Em síntese, referida revisão tarifária visava, entre outras questões, compensar a concessionária pelo impacto da Lei dos Caminhoneiros, que gerou um aumento projetado dos custos de manutenção a serem incorridos pela concessionária. Ocorre que, apresentada representação por deputado federal em face do aumento tarifário, o TCU, em análise de plausibilidade e *fumus boni iuris*, decidiu que os custos projetados pela ANTT então compensados eram muito elevados, ordenando a suspensão do aumento de tarifa concedido pela agência. Esta medida cautelar foi mantida no julgamento do Acórdão 1473/2017, sendo rejeitados os embargos.

Dessa forma, vê-se que o recurso às medidas cautelares, embora não seja não comum, é suscitado no âmbito do controle pelo Tribunal e, por vezes, adotado com consequências relevantes sobre a ANTT.

3.4.3 Aplicação de sanções

Já no tocante ao manejo pelo Tribunal de seu poder de sanção, destaca-se que, conforme acima exposto no Capítulo 2, ele é cogitado em poucos casos, e adotado em um número menor ainda de instâncias. A seguir, são analisados 3 (três) casos onde se discutiu a aplicação de multa pessoal a servidores, sendo em 2 (dois) deles a penalidade efetivamente aplicada. O objetivo é verificar se a causa para aplicação da multa – ou para cogitar sua incidência, nos casos em que foi recusada – é a violação direta a um comando legal saliente por parte do gestor público ou se, diversamente, o motivo seria o não atendimento a determinação do Tribunal, ou entendimento particular da corte de contas sobre os efeitos de determinado dispositivo legal ou obrigação contratual.

Uma primeira observação a ser feita é que, nesses casos, assim como em outros da base de dados nos quais foi cogitada a aplicação de penalidade, a unidade técnica foi favorável à aplicação da sanção a agente público, tendo opinado pela rejeição das alegações de defesa, e não foi encontrada nenhuma hipótese de aplicação de penalidade decorrente de proposta direta dos Ministros do TCU. *Assim, tudo indica que as propostas de aplicação de penalidade também são de autoria das respectivas unidades técnicas*, assim como ocorrido em outros temas relacionados ao controle da ANTT pelo TCU.

Caso em que o Tribunal rejeitou a aplicação de penalidade é o Acórdão 738/2017, expedido no âmbito *do caso “Nova Subida da Serra”*, que diz respeito à aprovação pela ANTT de termo aditivo na concessão da BR-040/MG-RJ (Concessionária CONCERT), para a realização de duplicação no trecho rodoviário na subida da Serra de Petrópolis. Neste contrato firmado nos anos 90 (1ª Etapa do PROCOFE), os investimentos previstos no PER (programa de exploração rodoviária) estavam extremamente subestimados, não sendo possível, com base neles, efetuar a duplicação desse trecho, localizado na Serra de Petrópolis. Ao mesmo tempo, estudos da ANTT comprovaram que, pelo alto tráfego de veículos neste trecho rodoviário e elevado número de acidentes, seria necessária sua duplicação, como medida de garantir a fluidez do trânsito e, principalmente, diminuir o número de acidentes. Assim, a ANTT firmou termo aditivo ao contrato de concessão para inclusão de investimentos correspondentes à construção da Nova Subida da Serra, prevendo como mecanismos de compensação a possibilidade de pagamento direto do erário federal à concessionária, com recursos voltados à infraestrutura, bem como a possibilidade de prorrogação do prazo contratual.

Contudo, em sua análise sobre o caso, o Tribunal entendeu que seria ilegal a assinatura de termo aditivo para inclusão de quantidade elevada de novos investimentos, que não seria permitida a prorrogação do aditivo contratual, que faltou a adequada previsão orçamentária de recursos, e que os projetos de engenharia aprovados estariam inadequados. No mais, destaca-se que, no caso, não se levantou nenhuma suspeita de obtenção de vantagens pessoais aos gestores públicos envolvidos, nem nada do gênero que pudesse caracterizar atuação de má-fé para beneficiar indevidamente a concessionária. Não obstante, o TCU chamou toda a Diretoria da ANTT, bem como membros do Ministério dos Transportes, para apresentação de *“razões de justificativa”*, que foram avaliadas no Acórdão 738/2017.

Em sua proposta de encaminhamento, a unidade técnica (SeinfraRodovia) opinou pela aplicação de multas a todos os indiciados, incluindo toda a Diretoria da ANTT, por ter firmado o termo aditivo para incluir as obras da Nova Subida da Serra. O voto do Min. Relator, Walton Alencar Rodrigues, concordou parcialmente com a aplicação de penalidade para os gestores que atuaram diretamente no caso, excluindo assim a responsabilidade de alguns membros do Conselho Diretor da ANTT, por não terem analisado o caso a fundo.

Foi apenas no voto revisor do Min. Bruno Dantas, que se sagrou vencedor, que se decidiu pela ausência de aplicação de penalidade, acolhendo as razões de justificativa apresentadas. Apesar de concordar que a conduta da ANTT fora irregular – e ilegal –, ele assinalou ser *“forçoso reconhecer que os agentes públicos da ANTT basearam-se em interpretação razoável dos aspectos jurídicos que delineavam a decisão tomada”*, destacando

o elevado número de acidentes no trecho e o estudo que estimou o custo por eles gerados – ou seja, indicando que a conduta dos gestores visava solucionar problema concreto. Assim, *ele entendeu que tais fatos deveriam ser considerados atenuantes na conduta dos dirigentes da agência* – o que levou a *isentar-lhes de punibilidade na decisão final*.

Diante do exposto pelo próprio Min. revisor do TCU, temos que a unidade técnica do Tribunal e o voto do Min. Relator defenderam a aplicação de sanções pessoais em caso no qual *houve tão somente uma “interpretação razoável dos aspectos jurídicos que delineavam a decisão tomada”, porém uma interpretação diferente da tida como correta pelo TCU*. Ou seja, ao final, não se estava diante de uma ilegalidade manifesta, mas sim diante de visões distintas sobre a aplicabilidade das normas sobre direito orçamentário e sobre contratos públicos de concessão, na qual o Tribunal quase aplicou sanção à ANTT por ela tomar medidas que se baseiam em uma *visão distinta* sobre como as normas devem ser interpretadas e executadas.

Já os processos em que foram aplicadas sanções de multa a agentes públicos da ANTT foram o (i) Acórdão 2061/2015 e o (ii) Acórdão 1366/2019, ambos relacionados a concessões rodoviárias.

O primeiro trata da concessão da BR-116/BA (Concessionária ViaBahia) e nele o TCU considerou que a ANTT agiu ilegalmente ao aprovar o início da cobrança de pedágio sem que, segundo o entendimento do TCU, os requisitos previstos contratualmente estivessem cumpridos. Em resumo, este contrato de concessão, da 2ª Etapa do PROCOFE, assim como muitos outros, previa uma fase denominada “Trabalhos Iniciais”, referentes a obras de ampliação de capacidade (ou seja, duplicação), melhoria da qualidade do asfalto, prestação de serviços na rodovia e implantação da praça de pedágio, entre outras atividades, que deveriam ser cumpridas pela concessionária antes do início da arrecadação tarifária, em um prazo previsto de 6 meses após o início da execução contratual. Apenas após comprovar a finalização dos Trabalhos Iniciais é que a ANTT poderia autorizar o início da cobrança.

No caso, a ANTT atestou a conclusão dos trabalhos iniciais, mas a fiscalização do TCU verificou que eles não teriam sido cumpridos adequadamente pela concessionária. Em sua fiscalização, a Corte de Contas consignou que (i) os trechos rodoviários não atingiram todos os parâmetros de desempenho aplicáveis; (ii) a ANTT não tinha capacidade de fiscalização instalada para conferir os parâmetros de desempenho, baseando-se parcialmente em informações da própria concessionária; (iii) obras e serviços de melhoria previstos para os dois primeiros anos não foram executados; (iv) a ANTT falhou em não abrir processos de aplicação de penalidades contratuais pelo não atingimento dos parâmetros de desempenho; e

(v) a ANTT agiu de forma irregular ao incluir novos investimentos não previstos inicialmente na concessão via fluxo de caixa marginal, quando os originalmente previstos não foram executados. Ademais, o TCU fez referência a outro caso, o Acórdão 3237/2013, onde se detectou, em auditoria operacional, deficiência sistemática nos procedimentos de fiscalização por parte da agência.

Por outro lado, o próprio Tribunal consignou que trechos rodoviários foram inspecionados sim, porém de forma amostral, e que a agência não detinha, à época, capacidade de fiscalizar na íntegra todos os trechos rodoviários. Ademais, em suas razões de justificativa, os servidores da agência alegaram que (i) o recebimento dos trechos foi regular, sendo a autorização expedida conforme relatório da comissão de recebimento, formada por engenheiros com larga experiência rodoviária que realizaram vistoria; (ii) a concessionária recebera os trechos em estado de completo abandono e deterioração, pior do que o previsto inicialmente; que ela efetuou soluções paliativas e temporárias; e (iii) posteriormente, quando foi feita a fiscalização de parte dos órgãos de controle, a qualidade rodoviária já havia se deteriorado.

Apesar destas ponderações, as razões de justificativas foram rejeitadas pelo TCU, sendo utilizadas somente como atenuantes. Ao final, pela ilegalidade de autorizar o início da cobrança de pedágio sem que o TCU estivesse convencido de que a concessionária cumpriu os trabalhos iniciais, foi aplicada a multa mínima de R\$ 2.500,00 aos três servidores da ANTT membros da comissão de vistoria dos trabalhos iniciais.

Já o Acórdão 1366/2019 diz respeito à concessão das rodovias BR-101/SC e BR-116/376/PR (Concessionária Autopista Litoral Sul), da 2ª Etapa do PROCOFE, sendo a principal questão tratada a *inexecução do contorno rodoviário de Florianópolis*, obra de grande vulto prevista no contrato de concessão e que exigiria a realização de diversas desapropriações, sendo bastante custosa. Contudo, ao que tudo indica, não foi feito o planejamento adequado para sua execução, sendo subdimensionados os custos a serem incorridos e as atividades de desapropriação em si. A concessionária alegou que o Governo Federal não editara os atos necessários para a ocorrência da desapropriação e solicitou o adiamento por três anos da obrigação de implantação do contorno rodoviário. Defendeu, ainda, que seriam necessários um novo traçado para o tornar viável, e custos muito maiores do que o previsto, solicitando aditivo contratual para alteração das obras previstas e reequilíbrio econômico-financeiro. A ANTT, por meio de Nota Técnica (Nota Técnica 137/2009/GEINV/SUINF), *concordou com o pleito de adiamento por três anos da conclusão*

das obras obrigatórias referentes ao contorno rodoviário, porém não aceitou as demais alegações da Concessionária.

Ocorre que, ao final, as obras para execução do Contorno Rodoviário *não foram iniciadas*, e muito menos concluídas, mesmo passados muito anos, com a concessionária defendendo sua inviabilidade.

Nesse cenário, o TCU considerou que os agentes públicos da ANTT atuaram ilegalmente, ao deferir a postergação da data de conclusão das obras referentes ao contorno rodoviário, e ao não tomar as medidas cabíveis para obrigar a concessionária a executar a obra conforme o previsto, já que deixaram de iniciar processos de aplicação de penalidades contra a concessionária por descumprimento. Assim como no caso anterior, a ilegalidade ou irregularidade em questão prende-se ao descumprimento de obrigações contratuais da ANTT como Poder Concedente, pelo TCU entender que a ANTT falhou ao (i) autorizar a postergação de obras rodoviárias, principalmente a referente ao contorno de Florianópolis; e (ii) não iniciar processos de aplicação de penalidade pro descumprimento.

Com isso, oito servidores foram chamados para apresentar razões de justificativa. A defesa de três deles foi acolhida pela unidade técnica, entendendo esta que eles não tinham responsabilidade direta sobre as irregularidades. Dos cinco restantes, a defesa de um deles, ex-Diretor-Geral da ANTT, foi acolhida pelo Min. Relator, a qual considerou que este não teria responsabilidade por apenas aprovar os procedimentos realizados por seus subordinados. Para os demais servidores, o Min. Relator considerou que sua atuação foi “falha”, decorrente de “*dolo eventual e/ou erro grosseiro*” e ocorreu por utilizar como parâmetro para decisão “*documento elaborado sem o menor rigor técnico*” – qual seja, a Nota Técnica 137/2009/GEINV/SUINF, que opinara por postergar obrigações da concessionária. Assim foram aplicadas a quatro servidores, dos quais um era o Diretor da ANTT relator do caso e três eram gerentes e superintendentes de engenharia e exploração rodoviária, multas de valores entre R\$ 10.000,00 a R\$ 17.000,00.

No mais, além de aplicar as multas, o TCU também determinou à ANTT que fosse apresentado “*plano de ação com especificação de todas as medidas a serem adotadas para se garantir a implementação urgente do Contorno Rodoviário de Florianópolis*”, alertando que sua não execução até o momento constituía grave irregularidade.

Verifica-se, nos dois casos de aplicação de penalidade, *não o descumprimento direto de obrigações ou deveres legais por parte dos servidores*, mas sim a verificação pelo TCU *de que servidores da ANTT teriam atuado em desconformidade com o instrumento contratual*, no exercício precípua de suas atividades-fim. Assim, tudo indica que o verdadeiro

descumprimento se deu porque os agentes públicos em questão não atuaram da forma que o TCU avaliou como correta.

3.5 Casos em que o Tribunal de fato exerceu atividades-fim da ANTT

Analisados nos itens anteriores (i) o controle de atividades-meio da ANTT; (ii) como o TCU se pronuncia a respeito do controle das atividades-fim da agência; (iii) as reações da ANTT ao controle do TCU; e (iv) os mecanismos de controle utilizados pelo TCU – quais sejam, fixação de prazo e monitoramento do cumprimento de Acórdãos, expedição de medidas cautelares e aplicação de sanções – este tópico 3.5 visa avaliar instâncias em que, de fato, ao realizar o controle da ANTT, *o TCU atuou efetivamente no exercício algumas de suas atividades-fim*, ao tomar decisões relativas diretamente às competências regulatórias da ANTT.

Os casos a seguir apresentados ilustram como o TCU, ao exercer o controle, na prática acaba impondo à ANTT *decisões a respeito de como ela deve exercer suas competências como órgão regulador*. Ao analisá-los, é possível perceber que o Tribunal acaba atribuindo para si competências que são, na origem, na própria ANTT, ao discutir - sob variados argumentos e fundamentos – como a agência deve agir no tocante às suas atividades-fim.

Não se pretende, ao discutir os casos, adentrar em detalhes, tampouco auferir qual a interpretação mais correta sobre as questões discutidas. A ideia aqui é tão somente os apresentar de forma sintética, indicando de que forma o Tribunal atua em questões que, em princípio, são de competência da ANTT.

No mais, uma questão que se mostra de forma repetida é que o Tribunal, na prática, atua *revendo* decisões tomadas pela ANTT nos diferentes âmbitos de sua atuação. O que se releva, de forma geral, é o que o TCU acaba criando um *ônus argumentativo* à agência de justificar as decisões, por meio de confronto delas com a análise realizada por sua atividade técnica. Assim, ao cabo, o Tribunal acaba atuando como uma *instância revisora* de diversos aspectos relacionados às concessões rodoviárias, ferroviárias e ao transporte rodoviário de passageiros, bem como da atuação da ANTT de forma geral. Nos pontos que a decisão tomada pela agência é tida como acertada pela unidade técnica, não há questionamentos por parte do TCU; pelo contrário, nos pontos em que há discordância por parte da unidade técnica, o Tribunal tende a apresentar determinações ou recomendações para o ajuste das “irregularidades” e “inconformidades” apontadas.

É nesse sentido que os subitens a seguir analisam as duas principais formas pelas quais o Tribunal, na prática, acaba tomando decisões atinentes às competências da ANTT: por meio do controle de outorgas, prévio à licitação, feito com base em ato normativo editado pelo TCU (3.5.1), e por meio de controle sobre aspectos específicos relacionados à execução contratual de concessões (3.5.2).

3.5.1 Controle de outorgas de concessões e serviços públicos feito com base em ato normativo editado pelo Tribunal

Como apresentado no Capítulo 1, um dos principais pontos apontados pela literatura crítica à atuação do Tribunal é seu controle prévio sobre editais e modelagens de outorgas de serviços públicos a particulares, principalmente em concessões (subitem 1.4.3). Ademais, no Capítulo 2, foi apontado que o principal tipo de processo no qual são expedidos os Acórdãos do TCU examinados na base de dados é “desestatização”, com 51 dos 200 Acórdãos, pouco mais que ¼ do total.

Essa atuação do Tribunal se baseia em instruções normativas por ele editadas com a finalidade de efetuar o controle de desestatizações. Conforme explicado no item 2.3 acima, no período analisado da base de dados, essas instruções normativas são duas: a IN nº 27/1998, editada para disciplinar o rito de análise de desestatizações no geral, incluindo transferência de participações societárias pela União e de controle de empresas públicas e sociedades de economia mista, concessões de serviço público e permissões de serviço público; e a IN nº 46/2004, que, a partir de sua edição, passou a disciplinar de forma específica a fiscalização dos processos de concessão de rodovias federais. Posteriormente, em 20/06/2018, o TCU editou a IN nº 81/2018, substituindo ambas para disciplinar os processos de desestatização de modo geral, e aplicando-a para os processos atuados no TCU a partir de 1º de janeiro de 2019.²⁴² Dessa forma, a IN nº 81/2018 não chegou a ser aplicada nos Acórdãos analisadas na presente dissertação.

O fundamento legal utilizado para a edição dessas instruções normativas são dois: (i) o art. 3º da Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992), que prevê poder regulamentar do TCU no

²⁴² Conforme regra de transição prevista na IN nº 82/2018. Para detalhes sobre a transição, confira-se a seguinte explicação no *site* do TCU: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-esclarece-sobre-prazo-para-inicio-da-vigencia-da-nova-regra-para-analise-de-concessoes.htm>.

âmbito de sua competência e jurisdição; e (ii) o art. 2º c/c art. 18, VIII da Lei Federal 9.491/1997 (que trata de procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização), prevendo o art. 2º o que pode ser objeto de desestatização e o art. 18, VIII que o gestor do Fundo Nacional de Desestatização deve “VIII – preparar a documentação dos processos de desestatização para apreciação do Tribunal de Contas da União”. Apesar da existência desses dispositivos legais, parece-nos que o TCU acabou, por tais instruções normativas, ampliando de forma significativa suas competências, visto que (a) nem todas as concessões e permissões outorgadas pela ANTT foram sujeitas à mesma lógica do Plano Nacional de Desestatização, e (b) as instruções normativas preveem obrigações que vão muito além da previsão genérica de “*apreciação do Tribunal de Contas da União*”.

Não obstante tal ampliação de competências, é fato que o Tribunal desde a década de 90 se atribuiu este papel de controlar todas as formas de desestatização no âmbito federal, inclusive as concessões e permissões dos serviços públicos em todos os setores. Ademais, o Tribunal vem atuando de forma significativa na área, de tal forma que a própria Administração Pública Federal atualmente prevê a análise do TCU como uma das etapas necessárias em todos os processos de desestatização, por exemplo com o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI estabelecendo, no âmbito de seu fluxograma de andamento de cada projeto a ele submetido, a fase “Acórdão TCU”, prevista para ocorrer após a consulta pública e antes da publicação do Edital.²⁴³ Outro exemplo de reconhecimento pelo Governo Federal da análise prévia pelo TCU é o disposto no art. 11 da Lei 13.448/2017, que, ao tratar sobre a relicitação e prorrogação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, determina que, após a consulta pública, os estudos de modelagem do projeto “*serão encaminhados ao TCU*”. Ou seja, tudo indica que, a partir da recorrente atuação do Tribunal no controle de outorgas de concessões e permissões, essa prática consolidou-se na União.

Feitas essas considerações, os itens a seguir analisam 6 Acórdãos ou grupos de Acórdãos em que o TCU efetua o controle de modelagem e outorga de permissões de transporte rodoviário, de concessões rodoviárias e de concessões ferroviárias.

Acompanhamento de outorga de permissão de transporte rodoviário: Decisões 662/2002 (19/06/2002) e 1.461/2002 (30/10/2002) – Min. Walton Alencar Rodrigues

²⁴³ Por exemplo, no projeto de “Concessão das rodovias BR-163/230/MT/PA - Trecho entre Sinop/MT e Miritituba/PA”, a Consulta Pública foi realizada em 13/05/2020, o Acórdão TCU foi emitido em 17/12/2020 e o Edital foi publicado apenas em 31/03/2021. Confira-se o andamento do projeto em: <https://www.ppi.gov.br/concessao-das-rodovias-br-163-230-mt-pa-trecho-entre-sinop-mt-e-miritituba-pa>;

As decisões acima elencadas dizem respeito ao mesmo processo de acompanhamento de licitação para outorgas de serviços de transporte rodoviário de passageiros interestadual em 5 (cinco) trechos diferentes, com a Decisão 662/2002 sendo referente aos três primeiros estágios da IN nº 27/1998, que dizem respeito à análise dos estudos de modelagem, do Edital e do procedimento de licitação, e a Decisão 1.461/2002 apreciando o quarto e o último estágio da IN nº 27/1998, referente à assinatura dos contratos. Nas decisões, o TCU agiu para determinar à ANTT que inserisse, nos respectivos contratos de permissão de transporte rodoviário, cláusulas para avaliar e disciplinar os parâmetros de qualidade dos serviços prestados, entendendo que houve omissão de parte da agência reguladora ao não disciplinar tais questões.

Na Decisão 662/2002, o TCU aprovou com ressalvas os três primeiros estágios de acompanhamento dos processos de outorga em questão, determinando à ANTT que esta “discipline os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros para avaliar a qualidade dos serviços prestados pelas permissionárias de serviços de transporte rodoviário internacional e interestadual de passageiros, nos termos do art. 23, inciso III, da Lei 8.987/95, c/c o art. 33, da Lei 10.233/01, e art. 20, inciso III, do Decreto 2.521/98”. Ou seja, o Tribunal identificou omissão da agência ao deixar de tratar desses aspectos, que em seu entendimento seriam exigências do marco legal, eis que o art. 23, III da Lei 8.987/95 prevê como cláusulas essenciais dos contratos de concessão as relativas aos “critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade dos serviços”, norma que se aplica às permissões por força do art. 33 da Lei 10.233/01.²⁴⁴

Interessante é notar que, no caso, o TCU não tentou estabelecer quais seriam os parâmetros de qualidade aplicáveis, mas expediu determinações para a ANTT realizar a sua previsão. Ou seja, o Tribunal não adentra no juízo de mérito sobre exatamente o que a ANTT deve fazer para cumprir o dispositivo legal, apenas prevendo que esta discipline o assunto da forma que avaliar mais adequada.

Na sequência, a Decisão 1.461/2002 analisou os contratos de permissão assinados e constatou que neles não havia cláusula para disciplinar os parâmetros de qualidade de serviços apresentados nas propostas dos licitantes vencedores. Assim, o TCU determinou que a ANTT

²⁴⁴ Cf. a redação do referido art. 33: “Art. 33. Os atos de outorga de autorização, concessão ou permissão a serem editados e celebrados pela ANTT e pela ANTAQ obedecerão ao disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nas subseções II, III, IV e V desta Seção e nas regulamentações complementares a serem editadas pelas Agências.”

firmasse termo aditivo aos contratos de permissão de transporte rodoviários já assinados. Ou seja, ele determinou à agência que executasse competência regulatória, relativa às suas atividades-fim, porém novamente sem detalhar quais seriam os indicadores de qualidade aplicáveis, deixando à própria agência decidir sobre o assunto.

Adicionalmente, na Decisão 1.461/2002 também determinou que fosse feita, nos termos aditivos, adaptação na cláusula dos contratos sobre resolução de disputas para prever a possibilidade de acordos amigáveis para a resolução de controvérsias. Isso porque o Tribunal entendeu que a ausência desta previsão contratual violaria o art. 23, XV da Lei 8.987/95, que prevê, como outra cláusula essencial dos contratos de concessão, as relativas ao “*foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais*”. Ao final, determinou à ANTT que informasse ao Tribunal em 60 dias sobre o cumprimento das determinações expedidas, e à unidade técnica que acompanhasse este cumprimento.

Neste caso, portanto, o TCU determinou duas alterações pontuais em contratos de permissão de transporte rodoviário, entendendo que a ANTT se omitiu ao deixar de prever cláusulas essenciais. Dessa forma, terminou exercendo indiretamente a função de órgão regulador, ao determinar à ANTT que executasse algumas de suas atividades-fim. Por outro lado, o Tribunal não detalhou como a ANTT deveria realizar sua implementação, reconhecendo assim, ainda que indiretamente, um espaço de escolha discricionária da agência.

Controle da modelagem das Concessões da 2ª Etapa do PROCOFE com base na IN TCU nº 46/2004 - Acórdão 2299/2005 (13/06/2005) - Rel. Min. Augusto Nardes, 2047/2006 (08/11/2006) – Rel. Min Walton Alencar Rodrigues e Acórdão 405/2008 (12/03/2008) – Rel. Min. Augusto Nardes

Os Acórdãos acima elencados foram expedidos no mesmo processo, em que o TCU analisa as diferentes etapas previstas na IN nº 46/2004 para a outorga de 8 (oito) concessões rodoviárias integrantes da 2ª Etapa do PROCOFE. No Acórdão 2299/2005, expedido antes da publicação dos respectivos editais, o TCU analisa o 1º estágio da IN nº 46/2004, referente aos estudos de viabilidade e minutas dos editais e dos contratos de concessão; o Acórdão 2047/2006 aprecia pedido de reexame apresentado pela ANTT contra tal decisão; e no Acórdão 405/2008 o TCU analisa os 2º, 3º e 4º estágios, referentes ao edital publicado, análise da fase de habilitação e da fase de julgamento das licitações em questão.

No primeiro Acórdão, o TCU autorizou a publicação dos editais de licitação, porém condicionando-a ao atendimento de 13 (treze) diferentes determinações, exaradas para corrigir “*inconsistências nos estudos de viabilidade*”. A maioria delas indica que a ANTT deve reavaliar as estimativas de custos adotados, entendendo que elas foram superestimadas para vários aspectos da execução contratual, incluindo: o passivo ambiental; valores das obras rodoviárias e serviços a serem prestados por terem se baseado nas composições de custos da tabela SICRO; custos dos veículos operacionais das futuras concessionárias; equipamentos de pesagem; entre outros. Ainda, o TCU determinou correção nos procedimentos para estabelecer a TIR contratual e ajustes em cláusulas relativas à revisão tarifária, ao início da cobrança do pedágio e às responsabilidades acerca do passivo ambiental.

Com isso, *nota-se que a unidade técnica do Tribunal analisou no detalhe diversos aspectos específicos da modelagem contratual e dos estudos de viabilidade*, entendendo como inadequada a avaliação feita pela ANTT. Ao acatar as propostas da unidade técnica e determinar correções nas premissas e estudos de modelagem contratual apresentados pela agência, o Tribunal passou a atuar diretamente na modelagem das concessões rodoviárias em questão, exercendo atividades-fim da ANTT e, dessa forma, funções regulatórias.

É interessante notar que, no Acórdão 2299/2005, o voto do Min. Relator afirma que o prosseguimento da licitação sem a correção das inconsistências identificadas levará o Tribunal a adotar as “*medidas corretivas cabíveis*”, em alerta aos gestores públicos da ANTT.²⁴⁵ Ou seja, caso a agência discordasse, é possível conjecturar que o Tribunal iria emitir cautelar para suspender a licitação, além de eventualmente iniciar processo para a aplicação de penalidade aos administradores responsáveis.²⁴⁶

²⁴⁵ Cf. o trecho do voto com este alerta: “20. Ressalto que o saneamento das falhas apontadas nestes autos, fator condicionante para a publicação dos editais de licitação, será verificado por ocasião do 2º estágio do acompanhamento dos processos de outorga de concessão em tela, conforme disposições contidas nos arts. 3º, inciso II, e 4º, inciso II, da Instrução Normativa nº 46/2004, em razão das quais o Poder Concedente deverá remeter a esta Corte de Contas, entre outros documentos, cópia dos referidos editais, e correspondentes anexos, no prazo máximo de 10 (dez) dias após a sua publicação.

21. Nesse sentido, caso seja constatada a não-correção das inconsistências ora levantadas, caberá a adoção, por este Tribunal, durante o processo de licitação, das medidas corretivas cabíveis, visando ao saneamento das impropriedades identificadas.”

²⁴⁶ Outro fator que chama atenção é o tom presente no voto relator a respeito da análise feita pelo Tribunal, destacando que, graças à sua atuação na análise dos estudos de viabilidade, foi possível “uma redução média dos valores máximos de tarifas de pedágio, a partir da revisão dos projetos básicos e orçamentos utilizados, em torno de 20%, sendo que, nas principais rodovias, foram alcançadas reduções tarifárias superiores a 30%”. O voto também destaca que a unidade técnica trouxe “significativas contribuições para a otimização dos investimentos realizados e para a redução do preço máximo estabelecido para as tarifas de pedágio”. Ou seja, Min. Relator busca justificar a atuação do Tribunal ressaltando os efeitos positivos por ela gerados.

A ANTT se insurgiu contra o Acórdão 2299/2005, questionando diversas determinações exaradas pelo Tribunal. O pedido de reexame foi parcialmente provido, no Acórdão 2047/2006, de relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues, *com a exclusão de uma das determinações e transformação de outras 10 (dez) determinações expedidas pelo Tribunal em recomendações*. O Min. Relator aplicou o precedente do Acórdão 1.703/2004 e registrou que, no tocante aos atos em que há espaço de escolha discricionária da agência e não há ilegalidade, o Tribunal pode apenas expedir recomendações. Nesta linha, as determinações relativas a custos foram transformadas em recomendações, com uma diminuição em tese do grau de intervenção do TCU sobre as atividades da agência.

Ao final, no âmbito do Acórdão 405/2008, o TCU aprovou sem ressalvas o 2º, 3º e 4º estágios de acompanhamento da IN nº 46/2004 relativos às concessões rodoviárias da 2ª Etapa do PROCOFE, considerando que a ANTT cumpriu a legislação aplicável e atendeu ao preconizado pelo TCU. Com isso, o TCU autorizou a finalização dos processos de outorga e a ANTT procedeu à assinatura dos contratos de concessão rodoviária em questão.

Como um balanço do caso, destaca-se que, apesar de o pedido de revisão da ANTT, julgado no Acórdão 2047/2006, ter reduzido a atuação do Tribunal sobre as atividades-fim da ANTT, o TCU mesmo assim fez uma significativa reanálise de várias premissas de custos e de aspectos específicos das minutas dos contratos de concessão rodoviária. Com isso, o Tribunal não deixou de condicionar a maneira pela qual a ANTT exerce suas atividades-fim e efetivamente exerceu atribuições regulatórias no setor.

Controle sobre o projeto de outorga de concessão para Trem de Alta Velocidade – TAV entre Rio e São Paulo – Acórdão 693/2007 (25/04/2007); Acórdão 241/2009 (18/02/2009); Acórdão 1510/2010 (30/06/2010); Acórdão 1796/2011 (06/07/2011); Acórdão 3349/2012 (05/12/2012) – todos de Relatoria do Min Augusto Nardes

Tais Acórdãos tratam do projeto de implantação do TAV entre Rio de Janeiro e São Paulo, que já foi mencionado acima no item 3.3.2. Destaca-se que TCU atuou extensivamente na análise do projeto apresentado, incluindo as diversas versões dos estudos de viabilidade elaboradas e das minutas do edital e contrato de concessão. Entre 2007 e 2014, o TCU expediu um total de 6 (seis) Acórdãos sobre o tema, todos com base na IN nº 27/1998. Quatro serão brevemente relatados a seguir, a fim de explicar como se deu o controle exercido pelo Tribunal.

No Acórdão 693/2007, o TCU aprovou o 1º estágio da IN nº 27/1998, relativo à análise do estudo de viabilidade e das minutas de edital e dos contratos de concessão, com *diversas ressalvas*, fazendo 13 (treze) determinações e 4 (quatro) recomendações para ajuste do projeto. Contudo, elas foram voltadas para a VALEC, empresa pública do Governo Federal responsável pelos ativos da rede ferroviária, que estava coordenando a modelagem do projeto, e não à ANTT de forma propriamente dita. Os ajustes demandados pelo Tribunal diziam respeito a itens do projeto, como distribuição de riscos, tratamento de receitas acessórias, obrigações de contratação de seguros, exigências da licitação, e início da licitação apenas após a obtenção de licença ambiental prévia, entre outros.

A próxima decisão no caso foi o Acórdão 241/2009, no qual o TCU considerou que, por contas de alterações feitas pelo Governo Federal, o projeto fora descaracterizado e os estudos de viabilidade econômica realizados estavam desatualizados. Em síntese, a Administração Pública Federal alterou as premissas do projeto do TAV desde o Acórdão anterior de 2007, e não levou a frente a publicação do Edital. Com isso, a SEFID apresentou proposta de arquivamento do processo de análise do TCU, sob o argumento de que, como o projeto do TAV foi muito alterado, o Tribunal teria que reiniciar o processo de acompanhamento. No Acórdão, esta proposta da unidade técnica foi acolhida e o TCU expôs que, caso a Administração Federal tivesse interesse em realizar a concessão, apresentasse novos estudos de viabilidade para a análise.

De fato, o Governo Federal apresentou novos estudos, que foram analisados pelo TCU no Acórdão 1510/2010, em um novo 1º estágio da IN nº 27/1998. Assim como no primeiro Acórdão, o TCU aprovou o projeto, *porém com diversas ressalvas para a correção de impropriedades identificadas, expedindo 14 (quatorze) determinações e 4 (quatro) recomendações* a serem analisadas e atendidas previamente à publicação do Edital. Dessa vez, as cominações tiveram como alvo a ANTT, que passou a responsabilizar-se pelo projeto, e trataram de diversos assuntos relativos a detalhes de sua modelagem, tais como especificações técnicas do serviço, condições do equilíbrio econômico-financeiro, disciplina das receitas acessórias, e procedimentos a serem adotados na licitação. Este Acórdão é bastante extenso, tanto em seu relatório quanto em seu voto, tratando minuciosamente sobre diversos elementos de modelagem do projeto, com o TCU entendendo que os estudos de viabilidade econômica e financeira, em síntese, estavam inadequados, e que faltavam garantias de proteção dos cofres da União caso o projeto fosse inviabilizado após o início de sua execução. Um último aspecto a ser ressaltado é que, no Acórdão, o Tribunal aprovou a proposta governamental de que os licitantes é que deveriam apresentar a tecnologia a ser utilizada no transporte do Trem de Alta

Velocidade, bem como a proposta do traçado final, eis que a modelagem levou em conta um trem de alta velocidade genérico, com padrões mínimos de desempenho.

A ANTT e o Governo Federal efetuaram os ajustes indicados e publicaram no Diário Oficial da União de 14/07/2010 o Edital 01/2010 para a concessão do TAV, com a previsão da sessão pública de leilão para apresentação das propostas em 16/12/2010. Contudo, o leilão acabou sendo adiado para 29/04/2011 e na sequência houve novo adiamento para 11/07/2011. Pouco antes da data marcada para a entrega das propostas, em 06/07/2011, o TCU expediu o Acórdão 1796/2011, em que analisou o 2º estágio de acompanhamento da IN nº 27/1998, referente ao edital publicado, *aprovando-o com ressalvas*. Tais ressalvas foram 7 (sete) determinações para ajustes em itens da minuta do contrato de concessão, sobre itens como a destinação de receitas acessórias, o prazo máximo para aprovação pela ANTT do projeto executivo, fixação de limite máximo para a extensão do prazo contratual, além de prever a inaplicabilidade de arbitragem para resolução de disputas relativas a questões econômico-financeiras. Ou seja, elas foram também sobre itens específicos da modelagem contratual. Ademais, o TCU determinou que a ANTT fizesse as alterações necessárias para atendimento às determinações, provavelmente por republicação do Edital.

Apesar da decisão, a ANTT manteve a data prevista de apresentação de propostas. No entanto, nenhum consórcio mostrou-se interessado. Neste cenário, a ANTT e o Governo Federal identificaram que a licitação foi deserta pela concentração excessiva de riscos e atribuições à futura concessionária, e propuseram retirar da concessionária a obrigação de realizar as obras para a instalação do traçado, passando esta a atuar como operadora e fornecedora da tecnologia necessária. Para isso, o projeto seria dividido em três etapas: (i) licitação para a escolha da empresa operadora do TAV, com a definição da tecnologia a ser utilizada; (ii) elaboração do projeto executivo das obras civis de implantação do traçado ferroviário, com base na tecnologia empregada, a cargo do Poder Concedente; e (iii) execução das obras de infraestrutura ferroviária, também a cargo do Poder Concedente.

Essa nova concepção do projeto de concessão do TAV e os novos estudos foram analisados pelo TCU no Acórdão 3349/2012, o qual aprovou com ressalvas o novo modelo, fazendo 19 (dezenove) determinações para a correção de itens de modelagem contratual, muitas já presentes em Acórdãos anteriores, e quatro recomendações. Assim, a ANTT teria que adequar os novos estudos para atender ao Tribunal.

Com isso, a ANTT publicou em 2012 novo edital para a concessão do TAV, neste novo modelo, e a unidade técnica começou a analisar o novo edital, encontrando diversos indícios de irregularidades. Em data próxima à sessão de julgamento para a análise da 2ª etapa

da IN 27/1998 relativa ao novo edital, marcada para o dia 14/08/2013, e diante dos fortes indícios que o TCU apresentaria várias ressalvas ao edital publicado, a ANTT decidiu por adiar *sine die* o cronograma da licitação. Assim, o processo foi retirado de pauta e, conforme registrado no Acórdão 2052/2014, relatado acima no item 3.3.2, o Tribunal acabou arquivando o processo e determinando que a ANTT deveria reiniciar os estudos de modelagem, caso tivesse interesse em realizar a concessão do TAV.

Diante do exposto, fica claro que o TCU atuou de maneira bastante incisiva na análise no projeto de outorga da concessão do TAV, fazendo diversas determinações para correção de itens tidos como “*irregularidades*” nos estudos apresentados pela ANTT. Com isso, ao tomar decisões sobre a modelagem contratual, o Tribunal acabou por revisar decisões de cunho regulatório da ANTT, exercendo algumas de suas atividades-fim.

Inclusão do Fator X: Acórdão 2104/2008 (24/09/2008) – Rel. Min. Ubiratan Aguiar

Neste Acórdão, em que o TCU analisa o 1º estágio da IN nº 46/2004 para a concessão da rodovia BR/116/324/BA, integrante da 2ª fase do PROCOFE (licitado e atualmente operado pela Concessionária ViaBahia), chama atenção o fato de o TCU ter determinado, entre outros itens, a inclusão de cláusula para compartilhamento de ganhos de produtividade e eficiência da futura concessionária no âmbito da revisão periódica.²⁴⁷ Esta determinação, que foi acompanhada de outras 3 (três) determinações e nove recomendações, foi *a gênese da ação pela ANTT do mecanismo denominado como “Fator X” em suas concessões rodoviárias*, que se manteve nos contratos subsequentes da 2ª Etapa, da 3ª Etapa e posteriores do PROCOFE.

Assim, fica claro como a atuação do Tribunal obrigou diretamente a ANTT a adotar mecanismo de regulação discricionária para compartilhamento de ganhos de eficiência, que simplesmente não era uma prática da agência e não foi por ela proposta no estudo de viabilidade da concessão em questão. Ou seja, foi com base nesta decisão do Tribunal – e não

²⁴⁷ Cf. a determinação em questão: “9.2 com fulcro no inciso II do art. 250 do Regimento Interno/TCU, determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que:

9.2.1 na presente concessão rodoviária: (...)

9.2.1.2 inclua cláusula prevendo a revisão periódica da tarifa a fim de repassar os ganhos decorrentes de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio, de acordo com o § 2º do art. 9º e o inciso V do art. 29, ambos da Lei nº 8.987/1995;”

em estudos próprios da ANTT – que a agência tomou a decisão de incluir, nesta e em todas as concessões futuras, o mecanismo conhecido como Fator X, que o TCU entendeu (unilateralmente) que seria uma obrigação legal, baseando-se para isso na experiência da ANEEL no setor elétrico. Novamente, o destaque aqui se dá à unidade técnica atuante no processo – a SEFID – que elaborou o relatório técnico e a proposta de encaminhamento do caso, contendo a determinação em questão, que foi acatada pelo Tribunal.

Além desta questão relacionada a obrigar a ANTT a incluir mecanismo de compartilhamento de ganhos de produtividade e eficiência, o TCU também determinou a revisão de aspectos específicos do Programa de Exploração Rodoviária – PER da concessão em questão, para especificar melhor o local das praças de pedágio. Ademais, suas recomendações também trataram de aspectos específicos da concessão rodoviária, como apresentar anteprojeto para o contorno rodoviário e especificar melhor os parâmetros para o dimensionamento de pavimentos, bem como que, nas próximas concessões rodoviárias, a ANTT altere a metodologia para estimativas de custos de investimentos, com base nos preços dos insumos do local de relação das obras, entre outras.

Ao determinar a adoção de compartilhamento de ganhos e eficiências e a realização de alterações no PER da Concessão, o Tribunal novamente atua diretamente sobre as atividades-fim da ANTT, tomando decisões de cunho regulatório sobre a modelagem do projeto de concessão rodoviária em questão.

Controle de modelagens de concessão posterior à 3ª Etapa do PROCOFE: Acórdão 943/2016 (20/04/2016) – Rel. Min Augusto Nardes

Neste Acórdão, o TCU analisa a 1ª fase do acompanhamento, com base na IN nº 46/2004, da outorga da concessão da rodovia BR 464/365/GO/MG, cuja licitação foi realizada e o contrato de concessão assinado em 2019 com a atual Concessionária Ecovias do Cerrado. No Acórdão, o TCU aprova com ressaltos o 1º estágio de acompanhamento da concessão, *porém fazendo muitas determinações e recomendações para ajustes de inconformidades identificadas pelo Tribunal nos estudos de viabilidade*. De fato, no caso chama atenção o elevado número de 40 (*quarenta*) determinações para ajustes e 15 (*quinze*) recomendações, de alterações, a grande maioria delas relativas a aspectos específicos da modelagem da concessão e do tipo de regulação a ser executada pela ANTT. Pelo grande número de comandos emitidos

no Acórdão, simplesmente não é possível relatar todos aqui. Não obstante, segue uma síntese dos principais aspectos do caso.

Entre os itens objeto de determinação à ANTT, destacam-se os seguintes: (i) discordância quanto à proposta de diluir as obras de duplicação ao longo de todo o prazo da concessão, ao invés de concentrá-las nos primeiros anos; (ii) alteração de diversos itens específicos do PER, inclusive relativos aspectos aos parâmetros de desempenho e condições de aceitação dos trabalhos iniciais; (iii) obrigações relativas aos sistemas elétricos e de iluminação da rodovia; (iv) especificação dos serviços de inspeção de tráfego; (v) especificação das obrigações relativas a contornos urbanos; (vi) reavaliação do mecanismo de regulação e do valor da tarifa correspondente ao Fator Q, que leva em consideração a qualidade rodoviária e o índice de acidentes; (vii) alteração do marco a ser considerado para a conclusão de obras; entre muitas outras adequações.

Assim, o que se nota é uma análise minuciosa feita sobre a unidade técnica sobre praticamente todos os aspectos dos estudos de viabilidade e das minutas do edital e do contrato de concessão, sendo sugeridos comandos para corrigir os itens nos quais a SeinfraRodovia discordou da proposta apresentada pela ANTT. Há relatos, no Acórdão, da realização de diversas reuniões entre técnicos do TCU e gestores da ANTT, com a agência inclusive vindo a concordar com parte substancial das “adequações” e ajustes sugeridos pela SeinfraRodovia, anuindo com 23 (vinte e três) das determinações sugeridas, porém se opondo a outras.

Chama atenção o fato de o voto do Min. Relator justificar a atuação do Tribunal na análise prévia dos projetos de concessão rodoviária e as alterações sugeridas no PER da Concessão, ao elencar diversos itens oriundos de determinações do Tribunal como “*contribuições*” por ele feitas, que a ANTT passou a adotar. Ao fazê-lo, o voto elenca outros casos e processos em que o Tribunal analisou aspectos específicos de projetos de outorga de concessões e auditorias e concessões existentes, que identificaram tais problemas. Confira-se o trecho do voto:

11. Tendo em vista que o Tribunal tem dado inúmeras contribuições aos processos concessórios promovidos pela ANTT no que tange, por exemplo, à matriz de risco, modelagem dos custos operacionais, fatores “Q” e “X”, que, em grande parte, já estão incorporadas no EVTEA da presente concessão (BR-364/365/GO/MG), optou-se, à semelhança da análise do processo concessório da Rodovia do Frango, por aprofundar a análise do Programa de Exploração da Rodovia (PER).

12. Uma das razões para essa escolha foi a constatação, em processos de fiscalização em curso na SeinfraRodovia (TC Processo 014.731/2015-0 – Rodovia BR-040/DF/GO/MG e TC Processo 023.217/2015-4 – Rodovia BR-163/MT, por exemplo), de que deficiências na redação do PER estão dificultando o cumprimento contratual e a correspondente fiscalização da prestação do serviço adequado, como preconiza a Lei 8.987/1995. Além desses dois processos, pertinente ressaltar que outros trabalhos relacionados a inexecuções contratuais, a exemplo das auditorias de conformidade na concessão para exploração dos trechos BR 101/SC e BR-116/376/PR (TC Processo 005.534/2011-9 – Acórdão 3346/2012-TCU-Plenário), BR-116/BA e BR-324/BA (TC Processo 009.222/2012-0) e BR-116/SP/PR (TC Processo 001.554/2013-1), também contribuíram para a *assertividade e profundidade das análises e propostas* constantes do acompanhamento do primeiro estágio da concessão da BR-364/365/GO/MG. (grifou-se)

Com isso, o Tribunal busca justificar sua atuação no setor, reconhecida por ele próprio como “*assertiva*” e “*profunda*” no trecho acima destacado.

Além disso, antes de analisar no detalhe diversos itens relativos à modelagem contratual e aos estudos de viabilidade, o Min. Relator pondera que as atividades do TCU não constituem ingerência indevida sobre as escolhas regulatórias da ANTT. Pelo contrário, argumenta que elas preservam a autonomia e a discricionariedade das agências, e aumentam a eficiência do sistema rodoviário. Confira-se o trecho que faz tais afirmações:

22. Na mesma linha defendida pelo Acórdão 283/2016-TCU-Plenário (concessão da Rodovia do Frango), a expedição de determinações preventivas e corretivas à ANTT aplicáveis ao futuro contrato não configura possível ingerência do TCU nas escolhas regulatórias. Busca-se com este trabalho mitigar os riscos contratuais a fim de aumentar a eficiência do sistema rodoviário. Com efeito, esta Corte de Contas tem tido a preocupação de preservar a autonomia e a discricionariedade das agências reguladoras, de modo que as medidas propostas nestes autos se alinham a essa orientação, estando dentro dos limites de suas competências constitucionais e legais. Não há por parte das determinações propostas de fixação de parâmetros regulatórios, mas indicação de que sejam feitos ‘esclarecimentos’, ‘aprimoramentos’, ‘reavaliações’, ‘compatibilizações’, ‘evidenciações’, ‘retificações’, ‘indicações’ e medidas afins.

Apesar da afirmação destacada acima, fato é que o Tribunal no Acórdão em questão, independentemente do nome utilizado, *acabou tomando diversas escolhas referentes à modelagem contratual*, determinando que a ANTT se adequasse ao entendimento do Tribunal. Assim, ele de fato atuou como um revisor de políticas regulatórias na outorga de concessão

rodoviária, ao fazer análise ampla sobre diversos aspectos específicos dos estudos de viabilidade apresentados pela agência, indicando a realização de diversos ajustes.

3.5.2 Controle sobre aspectos específicos da execução contratual

Apresentados no subitem anterior Acórdãos nos quais o TCU deliberou sobre como a ANTT deve agir em pontos específicos da modelagem de outorga de concessões ferroviárias, rodoviárias e autorização de transporte rodoviário de passageiros, o presente subitem apresenta Acórdãos em que o TCU atua no controle de atividades da ANTT relacionadas à gestão e execução de contratos de concessões, novamente obrigando a tomada de decisões de mérito sobre como a agência deve exercer suas atividades-fim.

Os Acórdãos abaixo são todos relacionados a concessões rodoviárias, visto que é neste setor que (i) há maior número de Acórdãos; e (ii) foi identificada a maior atuação do Tribunal no controle da execução contratual, atuando o Tribunal no âmbito do setor ferroviário e de transportes rodoviário de passageiros majoritariamente na análise prévia dos atos de outorga.²⁴⁸ Com isso, verifica-se que o Tribunal atua de maneira mais incisiva no controle das concessões rodoviárias do que das demais atividades desenvolvidas pela ANTT.

Nos casos abaixo, será destacado de que forma específica o Tribunal determinou que a ANTT efetuassem uma revisão de suas ações como órgão regulador no âmbito dos contratos, caracterizando assim, novamente, o exercício pelo TCU de atividades-fim da ANTT. É o que se passa a explicar.

²⁴⁸ No setor ferroviário, no tocante ao controle da execução contratual, foi verificado que o TCU instaurou um processo para realização de auditoria de toda a malha ferroviária federal e sobre as concessões ferroviárias em curso, de nº 008.799/2011-3. Neste processo, foi exarado o Acórdão de Relação 312/2012, em que o Tribunal expediu determinações à ANTT para realização de estudos e análises sobre a situação dos bens das diferentes ferrovias concedidas e efetuassem um melhor acompanhamento sobre sua fiscalização, e o Acórdão 2950/2012, em resposta a pedido de reexame da ANTT, que prorrogou o prazo para atendimento do Acórdão anterior. No mais, o TCU chegou a analisar pedidos de representação (Acórdão 541/2003 e Acórdão 1403/2004), denúncia (Acórdão 1010/2004) e solicitação do Congresso Nacional (Acórdão 993/2007) relacionadas ao setor ferroviário, mas ou arquivou os processos, ou fez poucas determinações e recomendações à ANTT em seu âmbito. No setor de transporte rodoviário de passageiros, foram identificados dois casos mais relevantes: (i) um processo de auditoria operacional realizado pelo TCU sobre todo o setor, em cujo âmbito o TCU expediu o Acórdão 1926/2004, em que o Tribunal expediu o número substancial de 23 determinações sobre como a ANTT deveria aprimorar sua atuação no setor e corrigir irregularidades; e (ii) uma decisão na qual o TCU fiscaliza revisões tarifárias em reajustes no transporte rodoviário de passageiros, o Acórdão 715/2008, fazendo 4 recomendações à ANTT de como aprimorar os procedimentos de reajustes e revisões tarifárias. Fora isso, os casos identificados eram ligados à análise de atos de outorga, ou a representações e denúncias relacionadas a licitações para outorga de autorizações.

Controle de adequação dos valores de pedágio – Acórdão 988/2004 (21/07/2004) – Rel. Min. Marcos Vinicius Vialça e Acórdão 1316/2005 (31/08/2005) – Rel. Min. Valmir Campelo

Os dois Acórdãos acima listados dizem respeito a decisões em processos de relatórios de auditoria com o objetivo de avaliar a adequação e pertinência dos valores de pedágio cobrados nas concessões das rodovias BR-116 Rio-Teresópolis (Concessionária CRT) e BR-040 Rio-Juiz de Fora (Concessionária CONCER). Em ambos os casos, o Tribunal analisou de forma minuciosa aspectos diversos sobre a execução dos contratos de concessão, o cumprimento de obrigações pelas concessionárias, a correção das revisões tarifárias realizadas ao longo do tempo e a inclusão de novos investimentos, sendo ao final expedido número significativo de determinações à ANTT para correção das irregularidades identificadas pelo Tribunal, sendo previstas inclusive formas específicas para ajustes nos fluxos de caixa da concessão.

No Acórdão 988/2004, é verificado o significativo número de 46 (*quarenta e seis*) determinações à ANTT, sobre diferentes aspectos do cálculo de receitas auferidas, incidência tributária e aditivos firmados para a inclusão e adequação de investimentos, sendo basicamente determinados ajustes nas 9 (nove) revisões tarifárias anteriores da concessão. Dentre os comandos exarados, chama atenção a determinação para a ANTT considerar a TIR obtida pelo fluxo de caixa-não alavancado da proposta, de 17,28%, que não considera os efeitos dos financiamentos obtidos pelo concessionário, ao invés de manter como parâmetro do equilíbrio econômico-financeiro a TIR alavancada, em valor superior, de aproximadamente 23,29%.

Já no Acórdão 1316/2005, foram expedidas 12 (doze) determinações e 8 (oito) recomendações à ANTT, incluindo também a necessidade de considerar o fluxo de caixa não-alavancado, que resulta em uma TIR menor. Ainda, chama atenção o fato de que 8 (oito) das determinações são referentes a correções que o TCU entendeu como necessárias no fluxo de caixa da concessão, incluindo reavaliação dos custos incorridos, ajustes na receita de pedágio considerada, correção dos valores de investimentos validados e ajustes na incidência tributária do imposto de renda, entre outros. As recomendações também tratam de aspectos bem particulares de concessões rodoviárias, como o cálculo de depreciação de investimentos, observância de preços do SICRO na inclusão de novos investimentos e como a ANTT deveria analisar os projetos básicos para a instalação de obras e serviços não previstos no PER.

Com essas decisões, o TCU adentra no cerne da atuação da ANTT como órgão regulador das concessões rodoviárias, ao indicar de que maneira esta deve exercer sua atribuição de garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão rodoviária e a preservação do valor tarifário obtido quando da licitação. Assim, o Tribunal exerce supervisão e direcionamento sobre exercício pela ANTT de suas atividades-fim.

Restrição sobre que tipos de obras podem ser incluídas pela ANTT no fluxo de caixa de concessão rodoviária - Acórdão 567/2006 (19/04/2006) – Rel. Min. Valmir Campelo

O Acórdão em questão é referente ao controle sobre a concessão rodoviária da BR-116/RJ/SP (Concessionária NovaDutra), na qual o Tribunal determina à ANTT que exclua do fluxo de caixa da concessão investimentos relativos a obras que beneficiam um município atendido pela rodovia, mas não os usuários da rodovia como um todo. No caso, o TCU decidiu que a agência deve desconsiderar obras já realizadas, cuja execução fora incluída no fluxo de caixa da concessão para cumprimento de obrigações referentes a “outros melhoramentos da rodovia”, que porventura não atendam a todos os usuários da rodovia. Assim, determinou que o valor dessas obras fosse auferido e que fosse realizado o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato por meio de revisão tarifária, para desconsiderar os gastos realizados com elas e, assim, ao final reduzir a tarifa de pedágio.

A questão tem origem na alteração na localização de praça de pedágio desta concessão, tendo sido autorizado em 1998 pelo DNER o desmembramento da Praça de Pedágio de Parateí com fins de evitar congestionamentos no local e evitar a evasão tarifária. Com isso, foi instalada nova praça de pedágio no Município de Jacareí/SP, o que gerou insatisfação deste Município, inclusive com a propositura de ação civil pública no ano de 2000. Para encerrar o conflito, as partes firmaram termo de compromisso, com a concessionária comprometendo-se a realizar obras no Município em troca da aceitação da instalação da nova praça de pedágio. Esta situação foi analisada pelo TCU na Decisão nº 1648/2002, brevemente comentada no item 3.4.1 acima, na qual o Tribunal decidiu que qualquer acréscimo de demanda decorrente da alteração da praça de pedágio deveria ser destinado à modicidade tarifária.

No Acórdão 567/2006, o TCU analisou representação de membro do Ministério Público Federal de São José dos Campos, o qual apresentou indícios de irregularidade na conduta da ANTT por inobservância da Decisão nº 1648/2002. Analisando o caso, o Tribunal

apurou que a ANTT não sabia informar se todas as obras realizadas pela concessionária para cumprir o item 6.4 do PER, referente a “*outros melhoramentos da rodovia*”, como as obras objeto do termo de compromisso em questão, beneficiariam apenas um município ou a rodovia como um todo. Assim, o Tribunal determinou que a ANTT deveria “*realizar levantamento das obras constantes desse item, com vistas a excluir os investimentos que sejam de interesse exclusivo de um determinado município, admitindo no fluxo de caixa, exclusivamente, a permanência daqueles que beneficiaram os usuários da rodovia em geral*” e, se for o caso, realizar revisão da tarifa do pedágio para reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, para desconsiderar efeitos de obras tidas como indevidas.

Com isso, o Tribunal ao mesmo tempo (i) determina diversas alterações nos contratos de concessão rodoviária a título de adequações no equilíbrio econômico-financeiro da concessão, atividade que cabe à ANTT; e (ii) restringe que tipos de obra a ANTT pode considerar no fluxo de caixa da concessão, ao excluir a possibilidade de contabilizar obras de compensação que beneficiem municípios afetados pela concessão rodoviária.

Identificação de irregularidades na concessão rodoviária da BR-101/SC e BR-116/736-PR (concessionária Autopista Litoral Sul) – Acórdão 3346/2012 (05/12/2012) – Rel. Min. Marcos Bemquerer

Assim como os casos anteriores, o Acórdão acima indicado foi prolatado no âmbito de relatório de auditoria para análise de conformidade da execução de contrato de concessão rodoviária, agora referente à concessionária Autopista Litoral Sul, que opera trecho rodoviário entre Florianópolis e Curitiba. Também nesse caso, o TCU analisou detalhadamente a execução contratual e identificou uma série de descumprimentos contratuais de parte da concessionária e irregularidades praticadas pela ANTT, ao final expedindo o grande número de *30 (trinta) determinações e 10 (dez) recomendações* para a agência tratasse dos diversos problemas identificados pelo Tribunal.

Os comandos do TCU tratam de assuntos variados, sendo o principal referente à *não realização das obras referentes ao contorno rodoviário de Florianópolis*. Em resumo, o prazo inicialmente previsto para sua execução foi postergado pela ANTT em resposta a solicitação da Concessionária, que alegou a impossibilidade de sua realização conforme previsto, por diversos problemas como atrasos nos Decretos de Utilidade Pública para a realização das desapropriações necessárias. Posteriormente, a ANTT tomou medidas para alterar o traçado

do contorno, haja vista o grande número de desapropriações que seria necessário para o projeto inicial. A questão referente ao contorno rodoviário de Florianópolis, inclusive, levou à aplicação de penalidades a agentes públicos da ANTT pela sua atuação no caso, no âmbito do Acórdão 1366/2019, apresentado no item 3.4.3 acima.

Além dessa questão, o TCU também questionou os seguintes aspectos da execução contratual: (i) reequilíbrio econômico-financeiro concedido pela ANTT por atraso no início da arrecadação tarifária por fatores imputáveis ao Poder Concedente, entendendo que apenas parcela desse atraso seria passível de recomposição; (ii) pagamento em duplicidade por serviços de conservação e manutenção de vias marginais, considerando que a inclusão de reequilíbrio por tais atividades no âmbito de revisão tarifária teria sido equivocada; (iii) inexecução de serviços obrigatórios pela concessionária, como obras e intervenções rodoviárias, sem redução tarifária e sem início de processo para penalizar a Concessionária; (iv) inclusão injustificada na Concessão de serviços não previstos originalmente no Contrato de Concessão; (v) descumprimento pela Concessionária de parâmetros de qualidade e desempenho, por exemplo relativos à sinalização horizontal, também sem apurar responsabilidade e iniciar procedimentos para sancionar a concessionária; (vi) deficiência dos procedimentos de fiscalização de parte da ANTT; (vii) desequilíbrio econômico-financeiro contratual por inexecução de obrigações pela concessionárias e alterações nos encargos originalmente previstos no Programa de Exploração Rodoviária – PER, entre outras questões. Pelo grande número de assuntos e a complexidade inerente a cada um deles, é inviável entrar em maiores detalhes; porém, apenas pela lista, é possível verificar que foi feita uma extensa varredura sobre como a concessionária estaria executando o contrato de concessão e sobre pontos que a ANTT não estaria agindo de forma apropriada.

Ainda, cumpre mencionar que além deste Acórdão 3346/2012, também foram identificados 7 (sete) outros Acórdãos do TCU no mesmo processo administrativo de relatório de auditoria nesta Concessão. A maioria apreciou recursos administrativos apresentados pela ANTT e pela concessionária contra a decisão acima (pedidos de reexame e embargos de declaração) e, apesar de algumas modificações pontuais, os Acórdãos mantiveram na essência o teor e o espírito de fiscalização abrangente sobre a execução contratual tratados no Acórdão 3346/2012. Ademais, o TCU iniciou outro processo administrativo para monitorar o cumprimento deste acórdão, fazendo inclusive determinações adicionais à ANTT para a ajuste das questões nele tratadas. A título de ilustração, o Acórdão 1179/2016 confirmou que o

atraso na execução do contorno rodoviário de Florianópolis era de tal magnitude que não era possível estimar projeção para sua conclusão.²⁴⁹

Diante do exposto, percebe-se que, neste Acórdão expedido em âmbito de relatório de auditoria, o TCU examinou a fundo os diferentes aspectos da execução de um contrato de concessão rodoviária, efetivamente revendo toda a atuação da ANTT como órgão regulador na concessão em questão. Ao fazê-lo, o Tribunal entra em detalhes para fiscalizar tanto a execução do contrato pela concessionária – como cabe à ANTT fazer – como a atuação em si da agência com um órgão regulador, identificando pontos nos quais visualiza a existência de desconformidades e irregularidades, e determinando diversas correções a serem efetuadas. Com isso, não há dúvidas que, ao exercer o controle da ANTT, o Tribunal atua como um revisor amplo de como agência vem exercendo sua atividade-fim de regular o presente contrato de concessão.

Caso da Nova Subida da Serra (Concessionária CONKER) – Acórdão 18/2017 (18/01/2017), Rel. Min. Augusto Sherman; e Acórdãos 738/2017, 17011/2017 (09/08/2017); 365/2018 (28/02/2018); 1452/2018 (26/06/2018); 2443/2019 (09/10/2019) – todos de relatoria do Min. Walton Alencar Rodrigues

Os Acórdãos acima elencados prendem-se ao controle pelo TCU de termo aditivo firmado entre a Concessionária CONKER, responsável por concessão da 1ª Etapa do PROCOFE referente à rodovia BR-040/RJ/MG, e a ANTT para inclusão de conjunto de obras rodoviárias voltadas para duplicação de trecho da subida da Serra de Petrópolis, ora denominada “Nova Subida da Serra”. Neste caso, já comentado brevemente no item 3.4.3 acima, foi identificado pelas partes envolvidas que o trecho rodoviário em questão estava sobrecarregado, sendo considerado e temerário esperar até o final da vigência da concessão em 2021 e a realização de nova concessão para executar as obras de duplicação em questão.

Neste cenário, diante da falta de previsão no Programa de Exploração Rodoviária – PER original da realização de obras de duplicação dessa magnitude, a Concessionária e ANTT, com o apoio do Ministério dos Transportes, optaram por *firmar termo aditivo ao*

²⁴⁹ Em verdade, até hoje a obra não foi concluída; a última previsão, divulgada pela imprensa em fevereiro de 2020 (antes da pandemia do COVID-19), era que a obra seria concluída apenas em maio de 2023. Cf. reportagem do portal G1 de 20/02/2020, disponível em: < <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2020/02/20/contorno-viario-da-grande-florianopolis-volta-a-ter-novo-prazo-de-entrega.ghtml>>

contrato de concessão para que as obras fossem realizadas da maneira mais breve possível. Assim, em 2014 foi firmado o 12º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão. A inclusão das referidas obras foi feita utilizando a metodologia do fluxo de caixa marginal – já indicada como adequada pelo TCU em decisões anteriores – prevendo, resumidamente, que o reequilíbrio econômico-financeiro seria realizado por aportes sucessivos de recursos federais voltados para o financiamento de obras de infraestrutura, em valores substanciais.²⁵⁰ No caso de não realização de qualquer dos pagamentos, o reequilíbrio deveria ser feito por meio de extensão do prazo do contrato de concessão, a variar entre 2 anos e 10 meses, caso apenas o 1º ou o 3º pagamentos não fossem feitos, até um máximo de 17 anos e seis meses, caso nenhum pagamento fosse realizado.²⁵¹

Na prática, a CON CER iniciou a realização das obras e chegou a receber o 1º pagamento. No entanto, após o início da atuação dos órgãos de controle sobre o aditivo – além do TCU, o Ministério Público Federal também agiu no caso –, o 2º pagamento não chegou a ser realizado, e as obras foram paralisadas. Assim, até o presente momento as obras da Nova Subida da Serra encontram-se suspensas, e só devem ser finalizadas quando da próxima concessão rodoviária no local.

Em resumo, o TCU atuou de forma bastante incisiva no caso, expedindo diversos acórdãos sobre o tema, considerando que *a ANTT agiu de forma ilegal ao firmar o referido termo aditivo que prevê os pagamentos substanciais para a realização de obras ou a prorrogação do contrato de concessão.* Assim, ele determinou a existência de irregularidades graves e paralisação das obras, impedindo a realização de pagamentos adicionais, e começou a apurar a responsabilidade da ANTT e do Ministério dos Transportes, inclusive pessoal, dos agentes públicos envolvidos. De fato, conforme exposto no item 3.4.3 acima, o Tribunal *quase aplicou penalidades à Diretoria da ANTT então em exercício, ao então Ministro dos Transportes e gestores da agência,* nos termos da recomendação da unidade técnica e do ministro relator do Acórdão 738/2017, sendo a proposta de penalidade afastada apenas após voto revisor do Min. Bruno Dantas.

Além de declarar a ilegalidade do termo aditivo em questão, o TCU verificou muitas inconformidades nas obras, como superestimativas de custos, deficiência dos projetos

²⁵⁰ 12º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº PG 138/95-00, Cláusula 2.2. Foram previstos 3 aportes sucessivos, cujos valores nomiais a época são a seguir elencados: o 1º de R\$ 70.791.480,19, até 31/12/2014; o 2º de R\$ 148.507.597,16, até 31/12/2015; e o 3º de R\$ 77.716.116,98, a ser realizado em 30 dias após a conclusão da obra.

²⁵¹ 12º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº PG 138/95-00, Cláusula 2.4.

aprovados pela ANTT e a ausência de adequada provisão orçamentária para a realização dos pagamentos, entre outros. Assim, o Tribunal expediu diversas recomendações para, em resumo, suprimir os efeitos do termo aditivo, enxergando como atuação gravemente ilegal sua assinatura pela ANTT e o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, inclusive com retificação de revisões tarifárias anteriormente realizadas. Ademais, também verificou inexecução pela concessionária de obras inicialmente previstas no PER, bem como também atrasos no cumprimento de obrigações contratuais.

Segue, nos parágrafos seguintes, síntese sobre cada um dos Acórdãos acima elencados:

- i. **Acórdão 18/2017:** determina a manutenção da paralisação das obras da Nova Subida da Serra, tendo identificado sobreavaliação no equilíbrio econômico-financeiro realizado, sobrepreço na obra e projetos básicos e executivos deficientes e desutilizados. Ademais, determinou à ANTT retificar revisão tarifária e recalculer o fluxo de caixa marginal do contrato de concessão, bem como iniciar a avaliação das obras já executadas, haja vista as irregularidades encontradas.
- ii. **Acórdão 738/2017:** terminou acolhendo razões de justificativas dos servidores envolvidos, discordando assim da proposta da unidade técnica e do voto do Min. Rel. Walton Alenxar Rodrigues. Ademais, determinou à ANTT que anulasse a cláusula 2.4 do 12º termo aditivo, por contrariar os princípios da legalidade, eficiência, supremacia do interesse público, modificade tarifária, vinculação ao instrumento convocatório e ao interesse público, bem como a regra de licitação prevista art. 37, XXII da Constituição.²⁵² Ademais, fez 13 (treze) determinações à ANTT, voltadas tanto à concessão em questão (como reavaliar a execução contratual pela concessionária) quanto à sua atuação como um todo (como vedar a realização de prorrogação de concessões sem previsão no instrumento convocatório, vedar a previsão de obras por concessionárias a serem realizadas com recursos públicos do erário, não autorizar

²⁵² Pela abrangência de violações legais identificadas pelo Tribunal neste comando do Acórdão 738/2017, cumpre citá-lo na íntegra. Confira-se: “9.2. com fulcro no art. 71, IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno do TCU, fixar prazo de até 20 dias para que a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei no sentido de anular a cláusula 2.4 do Termo Aditivo 12, relativa à prorrogação contratual, em razão do descumprimento dos princípios da legalidade (arts. 37 da CF/1988 e 14 da Lei 8.987/1995), eficiência (art. 37 da CF/1988 e art. 6º, §1º, da Lei 8.987/1995), supremacia do interesse público (princípio geral do direito), segurança, atualidade e modicidade tarifária (art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995), vinculação ao instrumento convocatório (arts. 3º, 41, 55, XI, e 57, I, da Lei 8.666/1993, e 14 da Lei 8.987/1995), interesse público (arts. 57, I, da Lei 8.666/1993; 20, II, “b”, da Lei 10.233/2001; 2º, II, “b”, do Decreto 4.130/2002; e 2º Lei 9.784/1999), bem assim ao disposto no art. 37, XXII, da CF/1988;”

obras a serem iniciadas que vão além dos recursos previstos no PER). Assim, verifica-se uma série de comandos que restringem de forma substancial a capacidade de a ANTT atuar para adaptação de contratos de concessão.

- iii. **Acórdão 1701/2017:** após oitivas da CON CER e de servidores, manteve a paralisação das obras e considerou que a ANTT não corrigiu adequadamente o ato administrativo em questão. Continuou análise sobre o sobrepreço nas obras.
- iv. **Acórdão 365/2018:** rejeitou embargos de declaração tanto da CON CER quanto da ANTT. Ademais, registrou que as obras foram autorizadas sem garantia de recursos orçamentários para sua continuidade, que foi ilegal a prorrogação contratual, por inexistência de previsão de ampliação de prazo no Contrato de Concessão ou no Edital, e que não restou comprovada que a ampliação de prazo seria a medida que melhor atenderia ao interesse público.
- v. **Acórdão 1452/2018:** mantida a paralisação das obras, sendo considerado que o novo projeto apresentado para sua finalização pela CON CER estaria inadequado. Assim, considerou que o projeto para as obras estaria eivado de irregularidades e sobrepreços, sendo determinadas novas medidas para o seu saneamento.
- vi. **Acórdão 2443/2019:** manteve a classificação de irregularidade nas obras, por falta de saneamento das irregularidades anteriores, identificando superestimativa no cálculo de tributos, sobrepreço no curso da obra e projetos básico e executivo deficientes. Ainda, comunicou ao Congresso Nacional que subsistiam indícios de irregularidade no 12º aditivo firmado, registrando um potencial dano ao erário de R\$ 276.922.657,93 por pagamentos e obras já realizadas, a ser saneado pela ANTT pela adoção das medidas indicadas no Acórdão 1461/2018.

Dessa forma, no presente caso, o TCU revisou e invalidou termo aditivo firmado pela ANTT para inserir novos e vultosos investimentos em contrato de concessão em curso, em resposta a problema identificado de inadequação de capacidade rodoviária. Independentemente da discussão sobre a existência de irregularidades em aspectos específicos do termo aditivo, como no tocante ao projeto executivo ou estimativa do valor das obras, verifica-se que, ao tomar essa decisão, o TCU acabou por tolher de forma substancial a capacidade da ANTT de firmar termos aditivos em contratos de concessão para novos investimentos imprevistos, e criou fortes incentivos para que nem a previsão de pagamentos diretos pelo erário federal nem a extensão de prazo da concessão sejam mais utilizadas como métodos de reequilíbrio econômico-financeiro pela agência.

Assim, para além de rever decisão referente a como a ANTT exerce suas atividades-fim, o Tribunal restringiu de forma incisiva os meios disponíveis a agência para adaptar contratos de concessão em curso às necessidades identificadas em cada situação.

Suspensão em revisão tarifária da BR-101 ES/BA (Concessionária Eco 101) pelo aumento do limite de peso bruto por eixo – Acórdão 290/2018 (21/02/2018); Acórdão 1447/2018 (26/06/2018); Acórdão 1461/2018 (26/06/2018) – todos de Relatoria do Min. Augusto Nardes

Por fim, os Acórdãos acima elencados tratam de instância no qual o Tribunal ordenou à ANTT suspender revisão tarifária anteriormente concedida, por discordar da metodologia de cálculo utilizada pela agência para realizar o reequilíbrio econômico-financeiro referente a impacto de alteração legal superveniente que afetou a previsão dos custos de manutenção de concessionária.

O caso diz respeito ao art. 16 da Lei Federal 13.103/15 (Lei dos Caminhoneiros), que aumentou o limite aplicável de tolerância para o peso bruto transmitido por eixo de veículos de transporte de carga e de passageiros. Com o aumento do limite de tolerância, anteriormente previsto como 5% e agora fixado em 10%, a tendência é que os veículos passem a trafegar com uma quantidade de cargas superior, com maior peso sendo transmitido por eixo, aumentando o desgaste da pavimentação. Ou seja, essa alteração legal acabou por gerar um aumento de custos de manutenção e conservação a serem incorridos pelas concessionárias de rodovias, em relação ao originalmente previsto, por todo o período contratual restante. Nesses casos, a Lei 8.987/95 prevê, em seu art. 9º, §3º, o dever de recompor os impactos geradores pela alteração de encargos legais, havendo previsões de teor semelhante na disciplina dos contratos de concessão em geral, incluindo os de rodovias.

Em resposta a essa alteração normativa superveniente, a ANTT, pouco após a edição da Lei dos Caminhoneiros, empregou uma metodologia de cálculo dos impactos sobre o pavimento e, nas revisões tarifárias subsequentes das concessões rodoviárias, efetuou o reequilíbrio econômico-financeiro correspondente ao acréscimo calculado dos custos de manutenção do pavimento. Na metodologia empregada, que foi tida como preliminar pela própria ANTT, foi utilizado como parâmetro um estudo anteriormente elaborado pelo DNIT

utilizando o software *Highway Development and Management* (“HDM-4”)²⁵³, baseado no custo médio gerencial do DNIT de obras rodoviárias e sua manutenção, que consta da tabela SICRO, aplicado na sequência a cada concessão rodoviária federal considerando os quantitativos físicos de cada uma (como sua extensão de pavimento) e o tempo restante de concessão. A ideia da agência era efetuar este reequilíbrio de forma provisória, para na sequência realizar estudos mais precisos para o cálculo dos impactos em cada concessionária, considerando suas características específicas.

Nesse contexto, deputado federal ingressou com representação no TCU contra a revisão tarifária na concessão da BR-101/ES/BA (Concessionária Eco101), aprovada pela Resolução ANTT nº 5.339/2017, por irregularidade na revisão efetuada, dando origem ao processo administrativo em questão. Nele, conforme acima mencionado no item 3.4.2, o TCU *concedeu a medida cautelar pleiteada para suspender os efeitos da revisão tarifária*, tendo identificado indícios de irregularidades pelo aumento no valor tarifário concedido, em razão de a metodologia de cálculo do impacto ter utilizado (i) valores de referência da Tabela SICRO, ao invés dos valores da proposta apresentada quando da licitação, e (ii) os valores incrementais calculados dos custos de manutenção foram tidos como excessivos pelo Tribunal, pois eles vieram a corresponder a 63% dos preços totais de manutenção previstos na proposta da Concessionária.

A ANTT e a Eco101 agravaram contra a decisão cautelar, em recurso rejeitado no âmbito do Acórdão 290/2018, que *manteve a suspensão da revisão tarifária*. Além disso, o TCU também determinou à ANTT que (i) reavaliasse em 90 dias os esforços de manutenção da concessão em questão para calcular o real impacto do aumento do limite de peso bruto por eixo; (ii) retificasse em 120 dias a revisão tarifária autorizada pela Resolução ANTT nº 5.339/2017, para utilizar nova metodologia que levasse em consideração os valores dos serviços de manutenção apresentados no plano de negócio da concessionária quando da licitação, ao invés dos custos médidos do DNIT da tabela SICRO; (iii) não utilizasse mais os custos médios do DNIT como referência para a inclusão de investimentos não previstos nos PER de concessões rodoviárias; e (iv) efetuasse em 180 dias retificação de todas as revisões

²⁵³ A ANTT utilizou para o cálculo de impacto o estudo denominado “*Análise do impacto financeiro das propostas de peso por eixo da ANFAVEA e do MERCOSUL utilizando Modelo HDM-4*”, efetuado pelo DNIT anteriormente à edição da Lei de Caminhoneiros para calcular impactos de propostas apresentadas pela ANFAVEA - Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores para alteração do limite de peso bruto por eixo.

tarifárias feitas nas concessões em virtude do aumento do limite de peso bruto por eixo, na forma do art. 16 da Lei 13.103/15, realizando os cálculos conforme o indicado pelo TCU.

Ou seja, o Tribunal atuou diretamente na atividade de revisão tarifária por alteração normativa superveniente, considerando que a ANTT efetuou de forma errônea o cálculo dos impactos pelo aumento do limite de peso bruto por eixo, empregando metodologia inadequada. O relatório da unidade técnica afirma, inclusive, que a revisão tarifária realizada pela agência teria causado um “*enriquecimento sem causa do concessionário em detrimento dos usuários e do Poder Público*” e que foram utilizados “*custos fictícios*” para o reequilíbrio dos impactos gerados, que não estaria embasado em estudos técnicos.²⁵⁴

Em seu agravo, a ANTT argumentou que o cálculo fora feito pelo método do fluxo de caixa marginal, seguindo a Resolução ANTT nº 3.651/2011, editada em atendimento a determinações anteriores do TCU, que previa a utilização de custos métodos da tabela SICRO como parâmetro para novos investimentos. No entanto, o Min. Relator rejeitou essa interpretação, alegando que referida metodologia não seria adequada ao caso, sendo devida a utilização dos parâmetros de custos da própria proposta econômica.

Ainda, em seu voto o Min. Relator destaca o entendimento do TCU de que “*a função de realizar estudos, efetivar reajustes tarifários, criar novas metodologias de cálculos de reajustes, enfim, regular e supervisionar as atividades referentes à infraestrutura de transportes no Brasil pertence à ANTT.*”. Contudo, na sequência, afirma que, em suas decisões regulatórias, a agência deve (i) demonstrar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro original do contrato, e (ii) “*atender aos princípios constitucionais e legais da administração pública, das licitações e das concessões, em especial, os da motivação do ato administrativo, da razoabilidade, da publicidade, da modicidade tarifária e, principalmente, do interesse público.*”.

²⁵⁴ Cf. trecho do relatório da unidade técnica no Acórdão 290/2018: “*Ao contrário, a revisão tarifária produzida pela ANTT extrapolou, em muito, os efeitos financeiros a serem suportados pelo concessionário com o advento da Lei dos Caminhoneiros, representando um enriquecimento sem causa do concessionário em detrimento dos usuários e do Poder Público. Aliás, esta discrepância expressiva entre o incremento tarifário autorizado pela ANTT na Resolução 5.339/2017 e a real medida dos dispêndios financeiros a serem suportados pela concessionária justificou a medida cautelar determinada pelo TCU, com fundamento no art. 9º, § 2º e § 4º. Conforme já evidenciado na presente instrução, alguns critérios utilizados pela ANTT nestes cálculos não possuem fundamentos adequados. (...)*

De forma simplória, a partir da média aritmética dessas duas soluções, a ANTT obteve o preço de R\$ 1.034.000,00 por km de rodovia. Por isso, repisa-se que se trata de um custo fictício, pois não está embasado em estudos técnicos que definam as soluções técnicas de engenharia para a manutenção do pavimento, nem em composições de custos unitários do Sicro, baseados nas particularidades destes investimentos, e muito menos observa a proposta de negócios da ECO101.”

Resta claro, portanto, que o TCU se coloca na posição de controlar *se a ANTT está efetuando suas atividades de forma correta*, podendo fiscalizar cada decisão por ela tomada em relação ao atendimento dos princípios acima elencados. Assume de forma clara a função de *revisor das atividades-fim da ANTT*, o que significa, na prática, que a agência possui um **ônus de demonstrar ao Tribunal que está atuando de forma adequada**. Assim, toda vez que entender pertinente, a Corte de Contas poderia atuar na revisão de suas decisões regulatórias, caso entenda que a ANTT não está “demonstrando expressamente” a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ou atendendo àqueles princípios.

Por outro lado, o TCU não se coloca na posição de realizar os estudos necessários para calcular qual seria o impacto correto a ser considerado na revisão tarifária pelo aumento do limite de peso bruto por eixo. Ao invés disso, ele se coloca no papel de avaliar o efetuado pela ANTT, indicar as diretrizes necessárias – como, no caso, considerar os valores de custos de manutenção presentes na proposta original do plano de negócios da concessionária – e monitorar a atuação da ANTT.

Em Acórdãos subsequentes, o TCU mantém a orientação do Acórdão 290/2018, no sentido de determinar à ANTT que efetuasse o recálculo dos impactos gerados pelo aumento do limite de peso bruto por eixo e acompanhar as ações da agência para que isso fosse feito de forma apropriada. Nesse sentido, o Acórdão 1461/2018 rejeita embargos de declaração apresentados pela ANTT e fornece mais prazo para a agência realizar o ajuste determinado na revisão tarifária, tanto em relação à Concessionária Eco101 quanto nas demais concessões rodoviárias; no Acórdão 1955/2018, são rejeitados embargos de declaração apresentados pela concessionária contra a mesma decisão; e no Acórdão 2175/2019, o Tribunal rejeita pedido de reexame apresentado pela ANTT contra o supracitado Acórdão 290/2018.

Paralelamente, por solicitação do Congresso Nacional, o TCU iniciou processo para avaliar a regularidade da execução do contrato de concessão da Eco101 e a atuação da ANTT no caso. Nele, foi expedido o Acórdão 1447/2018, no qual o Tribunal constata atrasos na execução de investimentos previstos e falhas sistêmicas na fiscalização exercida pela ANTT, por exemplo, ao não promover o reequilíbrio econômico-financeiro pelas inexecuções contratuais da Concessionária, expedindo 11 (onze) determinações para corrigir as irregularidades identificadas, todas relacionadas ao acompanhamento da execução contratual.²⁵⁵

²⁵⁵ Trata-se do processo do tipo “Solicitação do Congresso Nacional” de nº 010.482/2016-4.

Dessa forma, percebe-se novamente que o TCU, apesar de afirmar que não se substituiu à ANTT como órgão regulador do setor rodoviário, determina profundos ajustes na revisão tarifária concedida pelo aumento do limite do peso bruto por eixo, e coloca-se de forma clara como *revisor de confirmidade* de como a agência atua.

3.6 Conclusões parciais da análise qualitativa

Este Capítulo 3 teve como objetivo analisar qualitativamente casos representativos de diferentes aspectos do controle exercido pelo TCU sobre a ANTT, a fim de aprofundar a compreensão sobre a atuação do Tribunal, principalmente no tocante às *atividades-fim da agência* e sobre como ele analisa o *mérito de escolhas regulatórias da ANTT*. A seguir, segue uma breve retomada dos principais achados da análise efetuada, o teste das hipóteses no tocante à análise qualitativa e as conclusões parciais.

A verificação de Acórdãos nos quais o TCU efetua o controle das atividades-meio da ANTT, feita no item 3.1, indica que o Tribunal apresenta pouca restrição a este tipo de controle, não se furtando a indicar medidas corretivas que implicam o desfazimento dos atos tidos como irregularidades, principalmente na área de licitações e contratos administrativos. Pelo contrário, o Tribunal faz uma análise ampla sobre o objeto de análise, indo além da representação formulada ou do caso concreto, para fixar orientações gerais e precedentes que a ANTT deve seguir em futuras contratações.²⁵⁶ Igualmente, o TCU cobra da agência a observância de precedentes do Tribunal em suas contratações, por exemplo no tocante a editais para serviços de TI (Acórdão 2272/2009). Outros fatores interessantes verificados no tocante às atividades-meio foram a postura da ANTT de buscar atender, prontamente, ao que o Tribunal indicava como correto (p. ex. no Acórdão 2213/2006),²⁵⁷ e a conduta adotada pelos Ministros do TCU de amenizar alguns aspectos mais duros sugeridos pela unidade técnica do Tribunal, por exemplo ao não determinar de pronto a anulação de contrato (Acórdão 1055/2009) e rejeitar a proposta de aplicação de penalidade (Acórdão 2287/2009).²⁵⁸

²⁵⁶ Por exemplo, no Acórdão 304/2004, para além de analisar a possível restrição à contratação de terceirizados via sociedades cooperativas suscitada pelo representante, o Tribunal exarou entendimento que restringia grandemente esse tipo de terceirização de parte da agência.

²⁵⁷ Neste caso, antes mesmo do julgamento efetivo do caso, a ANTT revogou a licitação que fora objeto de medida cautelar apresentada pelo Tribunal.

²⁵⁸ Ambos os Acórdãos são referentes à mesma contratação, de serviços de transporte aéreo de documentos. No primeiro, o Tribunal ao invés de determinar a anulação do contrato, decidiu que ele poderia vigorar pelo prazo máximo de 12 meses; e no segundo, ele deixou de aplicar a sanção sugerida pela unidade técnica.

No item 3.2, notou-se o Tribunal entende que possui competência para efetuar o controle das atividades-fim da ANTT, inclusive podendo atuar diretamente para determinar correções que entenda como necessárias. Em alguns acórdãos, a justificativa adotada para revisar atividades-fim da agência, por exemplo, relativas ao acompanhamento de contratos de concessão, foi a alegada “deficiência inicial” da ANTT nos anos de sua formação (Acórdãos 168//2004 e 825/2004), cabendo ao Tribunal orientá-la para cumprir de forma autônoma suas atribuições. A partir do precedente fixado no paradigmático Acórdão 1.703/2004, o TCU firmou sua posição de que não lhe cabe “*substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição*”, mas sim realizar uma “*fiscalização de segunda ordem*”, entendendo que, no tocante a decisões no controle de atos discricionários, o Tribunal deve se voltar a fazer apenas recomendações, com exceções aos casos de ilegalidades, nos quais podem ser expedidas determinações. Essa posição foi aplicada em outros casos, nos quais o julgamento do Tribunal transformou em recomendações determinações anteriormente exaradas ou propostas de determinações da unidade técnica, como ocorrido no Acórdão 2.047/2006.

Apesar do discurso adotado, verificou-se que, na prática, o que o Tribunal considera como “ilegalidades” é um conceito consideravelmente *maleável*, que, dependendo do entender do próprio Tribunal, pode significar tanto infração direta a dispositivo de lei quanto violação a princípios jurídicos ou a entendimentos particulares do Tribunal sobre seu significado. Assim, o próprio TCU é que determina o nível de escrutínio e o grau de intervenção a ser adotado sobre as atividades-fim da ANTT, e sua fiscalização de segunda ordem passa a significar, na prática, *revisão ampla* da atuação regulatória adotada pela ANTT objeto de análise pelo Tribunal. Nesse sentido, o Tribunal rejeitou por duas vezes propostas apresentadas pelo Min. Augusto Nardes, em voto divergente, que entendia por maior deferência à ANTT (Acórdãos 150/2006 e 965/2006).

Na sequência, o item 3.3 estudou como a ANTT reagia ao controle exercido pelo Tribunal, demonstrando tanto instâncias de questionamento direto pela agência ao controle exercido pelo Tribunal sobre suas atividades-fim, pela apresentação de recursos administrativos, quanto episódios de conformação da agência aos entendimentos do Tribunal. Uma análise conjunta indica que a agência, ao invés de defender sua autonomia na tomada de decisões regulatórias a todo custo ou sujeitar-se inteiramente a postura do TCU, aceita estrategicamente o controle exercido pelo Tribunal. Assim, ela busca defender de forma pontual suas atribuições de forma mais incisiva nas instâncias de maior relevância e, por outro lado, conforma-se no que for possível, como uma forma de se adaptar à fiscalização exercida

pelo Tribunal sobre suas atividades. Nos Acórdãos mais recentes, após ver fracassada tentativa de questionar a competência do Tribunal de, por exemplo, exarar determinações sobre o exercício de suas atividades-fim, verifica-se que a ANTT passou, de forma majoritária, a buscar o convencimento do TCU de que ela estaria agindo de forma correta e adequada, utilizando para isso, inclusive, precedentes do próprio Tribunal.

Nesse sentido, parece ter destaque a ocorrência de *reuniões e interações entre agentes da ANTT e a unidade técnica do Tribunal ao longo da instrução processual*, ocasião em que se busca o alinhamento possível de entendimentos sobre o mérito da questão analisada pelo Tribunal. Isso tem relação próxima com a *importância da unidade técnica do Tribunal nos julgamentos do TCU*, já indicada na análise quantitativa da base de dados e ora confirmada pela análise qualitativa. Ou seja, os julgamentos do Tribunal são pautados pelas considerações feitas pela unidade técnica em seu relatório e por suas propostas de encaminhamento, aceitas na maioria dos Acórdãos pelos Ministros julgadores. Não obstante, verifica-se ao mesmo tempo um papel dos Ministros de Tribunal de moderar as propostas mais duras apresentadas pela unidade técnica, como por exemplo em relação à aplicação de penalidades.

No tocante aos mecanismos de controle exercidos pelo Tribunal, notou-se que, mais do que a expedição de medidas cautelares e a aplicação de sanções, o *enforcement* das decisões é criado pela fixação de prazos para atendimento à decisão do TCU e verificação do cumprimento da decisão, realizada pela unidade técnica. Como explicado no item 3.4, essa é a prática mais comumente adotada para garantir o cumprimento de suas decisões. Já a expedição de medidas cautelares e a aplicação de sanções são poderes utilizados em um número substancialmente menor de casos, com maior parcimônia, e com o Tribunal inclusive rejeitando quase metade das instâncias em que sua aplicação é sugerida. Não obstante, observa-se que ambos os meios são utilizados pelo Tribunal no controle de atividades-fim da ANTT, com decisões cautelares suspendendo leilões para outorgas de concessões e permissões, e para suspender reajuste tarifário concedido.

Em relação às sanções, nota-se que, nos dois casos em que servidores da ANTT foram penalizados, sua aplicação não foi ligada a obtenção de vantagens indevidas nem descumprimento claro de obrigações legais específicas de servidores, mas pelo fato de os servidores terem atuado em desconformidade com os instrumentos contratuais firmados com particulares. Isso ocorreu pelo fato de o TCU haver vislumbrado a ocorrência de omissão na fiscalização do cumprimento de obrigações da Concessionária, ao autorizar de forma inadequada o início da arrecadação tarifária (Acórdão 2061/2015), ou a tomar decisão tida

como equivocada de postergar o prazo para cumprimento de obrigação contratual, sem os fundamentos técnicos adequados (Acórdão 1336/2019).

Por derradeiro, foram analisados, no item 3.5, uma série de Acórdãos nos quais o TCU efetivamente realizou revisão de decisões tomadas pela ANTT e lhe emitiu comandos no tocante à sua atividade-fim, em casos relativos à modelagem de concessões rododoviárias, ferroviárias e permissões de transporte rodoviário de passageiros, e ao acompanhamento da execução contratual em concessões rodoviárias. Nota-se, em quase todos os casos destacados, que o Tribunal realizou uma análise a fundo sobre o mérito de questões reguladas pela ANTT. Nas análises sobre editais, o TCU adentrou no detalhe sobre a composição de custos a ser considerada nos estudos de viabilidade, as premissas adotadas nestes estudos e sua atualidade, a forma de incidência tributária a ser considerada, o conteúdo das cláusulas contratuais, as obrigações das futuras concessionárias, os fatores de qualidade a serem adotados e os mecanismos de regulação contratual a serem aplicados pela agência. No acompanhamento da execução contratual, o TCU fez em quase todos os casos análise ampla sobre o equilíbrio econômico-financeiro da concessão rodoviária, controle da destinação das receitas acessórias, como deveriam ser os aditivos firmados pela ANTT e quais as vedações da agência ao firmar aditivos, sobre o atendimento os parâmetros de qualidade, cumprimento dos requisitos para início da cobrança de pedágio, entre outros. Assim, foram revisadas e invalidadas decisões específicas, como termo aditivo para a inclusão de novas obras na concessão e revisão tarifária para compensar os efeitos de atuação legislativa superveniente.

Ou seja, nos casos em que atuou, o *TCU fez uma análise ampla sobre diversos aspectos das atividades exercidas pela ANTT*, avaliando se esta agiu de forma correta ou não. Ademais, expediu número substancial de determinações e recomendações para sua correção, de tal forma que foi inviável abordar a íntegra delas ao apresentar os casos. Por outro lado, em algumas instâncias foi concedido espaço de manobra para a ANTT corrigir as irregularidades apontadas, sem especificar o passo-a-passo de como isso deve ser feito – como, por exemplo, no tocante à revisão do impacto causado pelo aumento do limite do peso bruto por eixo, no qual caberia à ANTT efetuar novo cálculo, desde que seguindo as diretrizes fixadas pelo Tribunal.

Nota-se, com isso, um baixo grau de deferência do Tribunal às decisões da ANTT. Apesar de o discurso utilizado pelo TCU reafirmar que ele não se substitui na atividade do regulador da ANTT e preserva seu espaço de escolha discricionária, verifica-se que, na maioria das vezes em que houve discordância entre a avaliação do Tribunal (normalmente de sua unidade técnica) e a da ANTT, a primeira é imposta à agência. Apesar disso, o Tribunal

oferece espaço para a ANTT justificar suas decisões e, por vezes, o Tribunal acata sua avaliação, ou expede o comando na forma de recomendação. A dinâmica se assemelha ao estabelecimento pelo TCU de um ônus de justificação à ANTT: caso a agência consiga convencer a unidade técnica ou os ministros, sua decisão pode prevalecer. Caso contrário, é adotado o que o Tribunal reputa como correto.

Diante do exposto, cabe retomar as 7 (sete) hipóteses apresentadas na introdução e sintetizar os achados por meio de seu teste, o que é feito na tabela abaixo.

Tabela 4 – Teste das hipóteses no tocante à análise qualitativa

Hipótese	Resultado	Explicação
(i) O TCU, na maioria dos Acórdãos relativos ao controle de atividades-fim da ANTT, expede determinações que afetam o exercício de suas competências regulatórias, denotando postura proativa.	Avaliação mista	Embora a hipótese tenha sido refutada na análise quantitativa, pois na maioria dos Acórdãos não foram expedidas determinações, verifica-se que, em diversos casos, o Tribunal atuou de forma profunda para determinar ajustes e correções em decisões regulatórias da ANTT, o que denota postura proativa de forma seletiva, em número significativo de casos concretos.
(ii) Há certa incongruência entre o discurso adotado pelo Tribunal segundo o qual ele realiza um “controle de segunda ordem” sobre as agências, e a prática verificada da análise da jurisprudência do TCU.	Confirmado na análise qualitativa.	O precedente firmado no Acórdão 1.703/2004, segundo o qual o Tribunal deveria exercer maior restrição no controle das atividades-fim, apesar de repetido no discurso, não é congruente com a prática adotada pelo Tribunal de analisar a fundo decisões regulatórias da ANTT. Em diversos casos analisados, o Tribunal atuou como um revisor amplo da atuação da ANTT, seja na modelagem de contratos de concessão, seja na execução contratual, principalmente por meio de determinações. Assim, o controle de segunda ordem, na prática, significa atuação do Tribunal com revisor de como a ANTT exerce suas atividades-fim.
(iii) O controle do TCU sobre a ANTT intensificou-se ao longo do tempo, quando comparado aos primeiros anos da agência até o atual período, pelo número de Acórdãos expedidos.	Refutado, no tocante à análise qualitativa	Não se notou diferença no grau de incidência do controle do Tribunal ao longo dos anos, com o Tribunal exercendo análises a fundo das atividades-fim da ANTT tanto nos primeiros como nos últimos Acórdãos analisados.

<p>(iv) No processo interno de tomada de decisão envolvendo a ANTT, o julgamento do Plenário do Tribunal segue quase sempre a proposta de Acórdão expedida pela respectiva unidade técnica.</p>	<p>Confirmado também na análise qualitativa</p>	<p>O relatório e a proposta de encaminhamento apresentados pelas unidades técnicas pautam o julgamento dos Acórdãos e são a principal referência para os Ministros do TCU, que os adotam na maioria das vezes. Não obstante, nota-se também um papel de moderação exercido pelos Ministros, visto que, em alguns casos, as propostas mais incisivas apresentadas pela unidade técnica são rejeitadas, como, por exemplo a aplicação de penalidades, adotando o Tribunal um menor grau de intervenção do que o proposta por seu corpo técnico.</p>
<p>(v) É comum a aplicação de sanção a gestores e a tomada de medidas cautelares pelo Tribunal no controle sobre a ANTT, indicando o uso de poderes coercitivos pelo TCU no controle da agência.</p>	<p>Refutado na análise qualitativa</p>	<p>Os casos de aplicação de sanção e tomada de medidas cautelares são poucos, sendo seu manejo ocasional. Foi verificado que o principal mecanismo de <i>enforcement</i> do Tribunal de suas decisões foi o acompanhamento de seu cumprimento pela ANTT, seja ao fixar um prazo para o atendimento, seja ao encarregar a unidade técnica desta atividade.</p>
<p>(vi) A própria ANTT não contesta o controle exercido pelo TCU, aceitando expressa ou tacitamente os seus comandos, não sendo verificada postura de resistência na própria agência.</p>	<p>Parcialmente refutado na análise qualitativa</p>	<p>Verificou-se postura estratégica de aceitação da ANTT em relação às decisões do TCU, que foi adotada como forma de lidar com o controle exercido. Assim, embora questione, por diversas vezes, decisões do Tribunal, a agência as aceita em muitos casos, acabando por buscar uma acomodação estratégica que é, ao mesmo tempo, uma forma de defesa e de tentar garantir o seu espaço para a tomada de decisões regulatórias.</p>
<p>(vii) O diagnóstico da literatura mais recente de caráter crítico ao TCU, que aponta a atuação do Tribunal como um verdadeiro regulador, conformando as decisões das agências reguladoras à sua própria visão discricionária, se encontra correto em relação à ANTT, quando confrontado com uma base de casos maior</p>	<p>Confirmado em parte na análise qualitativa</p>	<p>Foi identificado número substancial de casos em que o diagnóstico da literatura crítica mostrou-se acertado, o que permite sua confirmação. Por outro lado, há instâncias em que ele não se encontra correto, pois o TCU não chega a determinar exatamente o que a ANTT deve fazer, mas apenas instruções sobre a linha de atuação a se seguida no exercício de suas atividades.</p>

Fonte: elaboração própria.

Ao final, como conclusão da análise qualitativa, três aspectos chamam atenção.

O primeiro é que o TCU age para *auto-afirmar, caso a caso, quais os limites de sua atuação no controle das atividades-fim da ANTT*. Isso porque, embora o Acórdão 1.703/2004 postule que seriam possíveis determinações relativas a espaço de escolha discionário apenas para a correção de ilegalidades, o parâmetro utilizado para verificar a presença de ilegalidades é fixado pela unidade técnica e pelos ministros da Corte de Contas Federal caso a caso, em construção jurisprudencial, realizada muitas vezes com base em conceitos jurídicos indeterminados. Assim, na prática, quando almeja atuar, o Tribunal termina por encontrar motivos para rever as decisões da ANTT e determinar correções quando entende cabível, independente do fato de se tratar de questões nas quais, em tese, a ANTT possui margem de escolha discionária. Com isso, o Tribunal impõe seu entendimento a respeito de comandos jurídicos nos quais eles não estão imediatamente contidos, como, por exemplo, ao decidir que o art. 11 da Lei Federal 8.987/95 impõe que todas as receitas acessórias sejam revertidas à modicidade tarifária, que o “princípio licitatório” impede aditivos contratuais para fixação de novas obrigações mais custosas, ou que o princípio da eficiência e outros comandos legais obrigam à adoção de Fator X como regra na modelagem de concessões rodoviárias.

O segundo é que, nos casos específicos em que o Tribunal avalia pertinente sua atuação, ele *age como um revisor amplo da forma pela qual a ANTT exerce suas atividades-fim*. Ou seja, para verificar a adequação de decisões regulatórias tomadas pela ANTT, o TCU *exerce novamente esta atividade*, fazendo novas análises de mérito sobre aspectos técnicos, econômico-financeiros e jurídicos, tanto na modelagem de concessões rodoviárias, concessões ferroviárias e permissões de transporte rodoviário, quanto na execução destas atividades. Assim, o que se verifica é uma *nova avaliação regulatória exercida pelo Tribunal, a posteriori, com fins de rever decisões tomadas*, examinando se a ANTT agiu de forma adequada ou não, determinando as correções que entende como necessárias.

O terceiro é que, ao fazer isso, o Tribunal acaba criando um *grande ônus de justificação da ANTT em relação ao Tribunal*. Esse tipo de controle faz com que a ANTT, para ter mantidas suas decisões regulatórias referentes tanto à modelagem quanto à execução de concessões, tenha de explicá-las detalhadamente à área técnica do Tribunal e buscar convencê-la, ou convencer os Ministros do TCU, sobre sua adequação. Isso faz com que a ANTT (i) acabe por incorporar em seus processos internos de tomada de decisão entendimentos pretéritos já defendidos pelo Tribunal, e (ii) busque, quando da análise realizada a fundo pelo Tribunal sobre suas atividades, justificar as escolhas e políticas regulatórias adotadas, para evitar comandos corretivos do Tribunal, manter as decisões que

avaliou como adequadas e, inclusive, evitar medidas mais drásticas como anulação de seus atos e a responsabilização pessoal de seus servidores.

CONCLUSÃO: TESTE DAS HIPÓTESES E CONTRIBUIÇÕES DO LEVANTAMENTO REALIZADO PARA ENTENDER A ATUAÇÃO DO TCU NO CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

O propósito da dissertação foi, partindo do diagnóstico feito na literatura crítica à atuação do TCU como um “controlador-regulador” das agências reguladoras, realizar estudo empírico para analisar com detalhes como a Corte de Contas Federal exerce o controle sobre uma agência reguladora específica, qual seja, a ANTT. Assim, compilou-se base de dados com 200 (duzentos) Acórdãos exarados pelo Tribunal ao longo de aproximadamente 18 (dezoito) anos, de 2002 a 2019, para, por meio de análises empíricas, quantitativa e qualitativa, sobre as decisões nesta base de dados, aprofundar o estudo sobre o tema. Como objetivo deste estudo empírico mais abrangente, pretendeu-se minimizar eventuais vieses da literatura crítica à atuação do TCU e testar as sete hipóteses elencadas na introdução, as quais dizem respeito a diversas constatações feitas por esta literatura sobre a forma como o Tribunal passou a exercer atividade regulatória.

a. Síntese do percurso efetuado

Para isso, inicialmente o Capítulo 1 realizou revisão bibliográfica da literatura contemporânea sobre a atuação do TCU no controle das agências regulatórias, com foco em sumarizar as principais conclusões de trabalhos anteriores de caráter crítico, que formam o referencial teórico desta dissertação. Nele, após afirmar que a verdadeira questão tratada é de que forma o Tribunal deve exercer o controle das atividades fins das agências reguladoras, e apresentar a clivagem identificada entre a literatura favorável à atuação do TCU e a literatura que lhe é, neste ponto, crítica, o diagnóstico feito por esta última foi desenvolvido, abordando os seguintes temas: (a) adoção de interpretação ampliada do Tribunal sobre suas competências; (b) análise das formas pelas quais o TCU atua como regulador, incluindo a realização de auditorias operacionais, emissão de recomendações e determinações, análise prévia de editais para outorga de concessões, recurso a princípios e conceitos jurídicos indeterminados e manejo de seu poder de coerção pela aplicação de medidas cautelares e sanções; (c) diferença entre o discurso do Tribunal, que afirma não adentrar no espaço de decisão discricionário das agências, e sua prática; e (d) importância da unidade técnica do Tribunal, que se sobrepõe às decisões das agências.. Assim, foi desenvolvido argumento

segundo o qual o TCU age como um supra regulador no Direito brasileiro, analisando extensivamente o mérito de escolhas tomadas no tocante às atividades-fim das agências.

Os Capítulos 2 e 3 constituíram o cerne da dissertação, apresentando análise empírica.

O Capítulo 2 trouxe *análise quantitativa realizada em 200 Acórdãos da base de casos*, apresentando diversos dados que foram levantados, quantificados e tratados. Dentre eles, os mais relevantes foram os seguintes: (a) o ano dos Acórdãos, que indicou certa constância no período de 2002 a 2018 relativa ao número de decisões expedidas por ano no controle da ANTT; (b) o tipo de processos, que demonstrou prevalência dos tipos processuais “desestatização”, “representação”, “relatório de auditoria” e “monitoramento”, ligados ao controle de modelagem de editais de concessões e permissões ou ao controle operacional-fiscalizatório, indicando menor peso para o controle de gestão de pessoa e financeiro-orçamentário; (c) as atividades da ANTT controladas, sendo verificado que apenas 15% das Acórdãos diziam respeito às atividades-meio da ANTT, sendo a maioria (111 Acórdãos, ou 55,5% do total) referente a concessões rodoviárias, e as outras maiores categorias as referentes a concessões ferroviárias (11,5%) e transporte rodoviário de passageiros (11%), o que demonstra o foco do TCU no controle das atividades-fim da ANTT.

No tocante às determinações e recomendações, foi constatado (d) o fato de que, em 45% dos Acórdãos, o TCU expediu tais comunicações, havendo um total de 561 determinações e 136 recomendações, em uma relação de aproximadamente 4 para 1, número elevado por casos com grande número de comunicações, o que dá uma média de aproximadamente 3,65 por Acórdão; (e) que, nos acórdãos com comandos expedidos (entre determinações e recomendações), 60% deles incidem sobre as atividades-fim da ANTT e 6% incidem parcialmente sobre elas.

Sobre o processo interno de tomada de decisão do Tribunal, verificou-se (f) que, na maioria dos casos (66%, 136 Acórdãos), o TCU acolheu na íntegra a avaliação realizada pela unidade técnica e sua proposta de encaminhamento, o que mostra sua importância pelo percentual de adesão às suas conclusões; (g) que, nos poucos casos em que houve discordância, a decisão adotada pelos Ministros foi menos interventiva do que a proposta da unidade técnica, indicando que os Ministros exercem certa função de moderação em relação às iniciativas da área técnica.

Ademais, no tocante aos poderes coercitivos do Tribunal, verificou-se sua escassa utilização: a aplicação de sanções foi cogitada em apenas 13 Acórdãos e aplicada em 7 julgados, e medidas cautelares foram abordadas apenas em 21 Acórdãos, sendo efetivamente

adotadas em apenas 12 do total de 200. Por fim, foi verificado que 34 Acórdãos, ou 17% do total, foi objetivo de recurso manejado ou pela ANTT ou por particular interessado.

Ao final, o Capítulo 2 realizou teste parcial das hipóteses, já confirmando algumas e refutando outras.

Já o Capítulo 3 empreendeu a análise *qualitativa* de casos selecionados da base de dados, tidos como os mais representativos sobre como o Tribunal exerce o controle das agências reguladoras. Neles, após tratar (a) de alguns casos de controle das atividades-meio da ANTT, verificou-se (b) que o TCU adota o discurso de que pode controlar o exercício de suas atividades-fim, respeitando o espaço de escolha discricionário da ANTT “*sem adentrar no mérito do jogo regulatório em si mesmo considerado*”, mas, ao mesmo tempo, pode expedir determinações para sanar ilegalidades identificadas. Na prática, o controle de legalidade inclui o atendimento a princípios jurídicos e é efetuado segundo a interpretação do próprio Tribunal do sentido das normas legais, o que acaba lhe fornecendo espaço para agir e determinar correções sempre que entende como necessário.

Ademais, foi analisada (c) a reação da ANTT frente ao controle exercido pelo TCU de suas atividades-fim. A agência apresentou instâncias de questionamento/resistência ao Tribunal e outras instâncias de acomodação e conformação. Em seguida, foi ressaltado que (d) o Tribunal, apesar de expedir medidas cautelares e aplicar sanções, raramente utiliza esses poderes, preferindo, como forma de *enforcement* de suas decisões, fixar prazo para a ANTT cumprir a decisão e apresentar relatórios sobre as ações adotadas, bem como determinar à unidade técnica o acompanhamento das ações tomadas pela agência em observância aos Acórdãos.

Por fim, o Capítulo 3 apresentou (e) casos nos quais o TCU efetivamente reviu decisões da ANTT ou impôs a adoção de formas pelas quais a agência deveria exercer suas atividades-fim, dessa forma efetivamente *exercendo o papel de regulador*. Tais casos foram identificados, majoritariamente, na análise prévia de estudos de modelagem e editais para outorga de concessões rodoviárias, concessões ferroviárias e permissões de transporte rodoviário, e no acompanhando da execução de contratos de concessão rodoviárias. Neles, o Tribunal examina todos os aspectos regulatórios tratados em cada caso, revendo, no detalhe, o desempenho da ANTT no exercício de suas funções. Assim, apesar de o Tribunal, nestes casos, afirmar que atua dentro de sua competência e que não lhe cabe substituir a ANTT, ao efetuar tais análises profundas, o Tribunal de fato sobrepõe sua visão e suas interpretações àquelas adotadas pela agência, e transforma-se em um *revisor regulatório*, ao qual a agência deve reportar-se e justificar suas escolhas. Nesse sentido, não foram identificados casos nos

quais o Tribunal, apesar de discordar, manteve a decisão tomada pela ANTT, em consideração à primazia da agência no respeito às suas atribuições e competências. Nestes casos, o diagnóstico de “controlador-regulador” da literatura crítica parece estar acertado, pois o controle exercido conforma de que forma a ANTT deve atuar em suas atividades regulatórias.

Fator interessante foi verificar que esta atuação de *revisão regulatória*, apontada ao final do Capítulo 3, não acontece da mesma forma em todas as atividades reguladas pela ANTT, e mesmo dentro de setores específicos. Por exemplo, verificou-se que, embora na análise de projeto de outorga de concessões rodoviária e ferroviária o Tribunal efetue o controle de formas similares, no tocante à análise da regularidade de execução de contratos de concessão, sua atuação é mais voltada ao setor rodoviário. Ademais, há tipos de atividades-fim da ANTT cujo controle pelo TCU praticamente não foi identificado: por exemplo, foi identificado apenas um acórdão sobre a regulação do transporte rodoviário de cargas. E, mesmo dentro do setor rodoviário, há diferenças: por exemplo, o TCU realizou relatórios de auditoria para análise de execução de muitas concessões rodoviárias, mas não de todas.

Longe de afirmar que o TCU deva aumentar ainda mais o já apertado controle exercido sobre as atividades-fim da ANTT, os fatores acima relatados indicam que há certa *seletividade* do Tribunal ao escolher quais atividades-fim da ANTT serão controladas a fundo, mediante *revisão regulatória*. Isso significa que o TCU não age como *revisor regulatório sobre todas as atividades-fim da ANTT, mas sim em certas atividades em determinados momentos do tempo*, conforme o próprio Tribunal reputa mais adequado, pelos diversos tipos de provocação recebidos (representação, denúncia, solicitação do Congresso Nacional, por exemplo) e pela iniciativa e poder de agenda dos membros do TCU (principalmente ministros, unidades técnicas e membros do Ministério Público junto ao TCU). Ou seja, constata-se uma *revisão regulatória em determinados setores e atividades econômicas*, escolhidos pelo TCU segundo critérios próprios.

Feita essa síntese do percurso, os itens a seguir apresentam o teste definitivo das hipóteses e as considerações finais desta dissertação.

b. Teste das hipóteses e sua discussão

Das 7 (sete) hipóteses, algumas foram confirmadas e outras foram refutadas, total ou parcialmente.

Em relação à primeira hipótese,²⁵⁹ verificou-se que, ao contrário do esperado, o TCU expediu determinações e recomendações em menos da metade dos Acórdãos analisados (um total de 90, ou 45% do total). Isso indica que, na maioria das instâncias em que exerceu o controle, o TCU não reviu de fato decisões da agência sobre suas atividades-fins, de caráter regulatório. Não obstante, verificou-se na análise quantitativa que, nesses 90 Acórdãos com comandos à agência, (i) em 60 (ou 66% deles) as determinações afetaram o exercício pela ANTT de suas atividades-fim, e em 6 (ou 6,66%) afetaram parcialmente as atividades da agência; e (ii) que o número de comandos expedidos nesses casos, principalmente determinações, foi elevado. Deve também ser considerado que a atuação do Tribunal, no geral, voltou-se ao controle das atividades-fim da ANTT, ao invés de às suas atividades-meio. Ademais, na análise qualitativa foi possível concluir que, nestes casos, a revisão do TCU sobre como a ANTT exerce suas atividades foi ampla e profunda. Todos esses dados indicam que, embora o Tribunal *não afete, na maioria dos Acórdãos*, o exercício pela ANTT de suas competências regulatórias, em *número relativamente elevado de casos ele o faz*, atuando de forma a impor sua visão e interpretação sobre como agência deve exercer suas atividades fim. Ou seja, a hipótese foi parcialmente refutada, pois essa atuação revisional não ocorre “*na maioria*” dos Acórdãos, porém parcialmente confirmada, pois ela ocorre em número significativo deles, e com grande intensidade.

Já a segunda hipótese²⁶⁰ foi confirmada, sendo verificado que, de fato, há uma incongruência entre o discurso teórico de realização de um “controle de segunda ordem” e a prática adotada pelos Tribunais. Isso foi verificado na análise qualitativa, em que se demonstrou que o Tribunal analisa a fundo decisões regulatórias da ANTT, atuando como revisor amplo de sua atuação, como ente regulador nos casos em que entende como cabível, ao invocar conceitos jurídicos indeterminados, impor sua interpretação sobre normas legais e refazer análises técnicas, econômico-financeiras e jurídicas sobre diversos temas. Assim, na realidade, o “controle de segunda ordem” significa “*revisão ampla de escolhas regulatórias da ANTT*”, nos casos em que o Tribunal entende como apropriado.

Fato que merece ser destacado é que foi verificada uma baixa deferência do Tribunal em relação às decisões tomadas pela ANTT. Em teoria, o TCU reconhece que deve respeitar o

²⁵⁹ Primeira hipótese: “O TCU, na maioria dos Acórdãos que versam sobre atividades-fim da ANTT, expede determinações e recomendações que afetam o exercício pela agência de suas competências regulatórias, denotando postura proativa no controle de atividades-fim”.

²⁶⁰ Segunda hipótese: “Há certa incongruência entre o discurso adotado pelo Tribunal segundo o qual ele realiza um “controle de segunda ordem” sobre as agências, e a prática verificada da análise da jurisprudência do TCU.”

espaço legítimo da Agência para a tomada de escolhas discricionárias, sempre afirmando que não lhe cabe tomar decisões regulatórias e que, no tocante a elas, ausente ilegalidades, deveria apenas expedir recomendações. No entanto, quando identifica indícios de “irregularidades” – que não necessariamente implicam ilegalidades - e escolhe atuar, o Tribunal faz uma revisão profunda de escolhas regulatórias, impondo à ANTT um ônus de justificação sobre suas decisões, e as revendo sempre que as considera inadequadas. Sobre o ponto, é possível especular que isso ocorra, em parte, devido à visão de que, para o Tribunal, as escolhas e avaliações feitas por membros de seu corpo técnico seriam superiores àquelas feitas pela ANTT.

Por sua vez, a terceira hipótese²⁶¹ foi refutada, pois não se verificou uma intensificação do controle exercido sobre a ANTT ao longo do tempo. Isso ocorreu tanto no número de Acórdãos, que se manteve próximo a média de 11,5 por ano entre 2002 e 2018, quanto no grau de intervenção, sendo notados Acórdãos de *revisão regulatória profunda*, com grande número de determinações, desde o início até o final do período analisado. Com isso, revelou-se equivocado prognóstico feito pelo TCU no Acórdão 1.703/2004, segundo o qual o Tribunal atuara até ali de forma mais intensa no controle da ANTT pois esta ainda estava em processo de consolidação e maturação institucional, mas que nos próximos anos este controle diminuiria.²⁶² Ao contrário, o TCU continuou exercendo funções típicas de órgão regulador, durante todo o período, não sendo identificada auto-restrição de sua atuação. Ou seja, a hipótese encontra-se equivocada pois ela partiu do pressuposto que a atuação intensa do TCU no controle da ANTT seria fenômeno mais recente, quando, na verdade, vem ocorrendo de forma constante desde a criação da agência.

²⁶¹ Terceira hipótese: “O controle do TCU sobre a ANTT intensificou-se ao longo do tempo, quando comparado os primeiros anos da agência até o atual período, seja no número de Acórdãos expedidos, seja no número de comandos emitidos às agências”.

²⁶² Confira-se, novamente, o trecho do voto do Min. Rel. Walton Alencar Rodrigues no Acórdão 1.703/2004 que trata sobre o tema: “27. Ressalto que, em várias ocasiões, o Tribunal exerceu funções típicas de órgão regulador. Essa atuação, que pode ser considerada indevida, foi necessária quando as agências reguladoras, por se encontrarem em sua fase inicial de implantação, ainda não dispunham das condições necessárias para exercer plenamente as respectivas competências. Ocorre que essa fase está se encerrando, pois a maior parte das entidades reguladoras está se estruturando, inclusive no que concerne à formação de seus quadros de pessoal. Aduzo que, se esta Corte de Contas invadir o âmbito de competência das agências reguladoras, ainda que movida pela busca do interesse público, o TCU contribuirá para o incremento da ‘incerteza jurisdicional’, que gera o receio de que os contratos não serão cumpridos na forma em que foram celebrados e implica o incremento do custo indireto de transação dos investimentos internacionais, consoante lembrado pelo ilustre Procurador-Geral. Assim sendo, entendo que, daqui por diante, o TCU deve procurar restringir sua atuação de forma a adequá-la aos parâmetros constitucionais e legais.”

A quarta hipótese²⁶³ foi amplamente confirmada nas análises quantitativa e qualitativa, pois o grande referencial para os Ministros do Tribunal no controle da ANTT é o relatório e a proposta de encaminhamento de sua unidade técnica, sendo ela acatada na grande maioria dos casos, muitas vezes na íntegra. Mesmo nos casos em que há discordância, ela costuma ser parcial – sobre pontos específicos – e não total. Assim, é possível concluir que, dentro do TCU, o principal responsável pelo controle exercido em relação à ANTT são suas unidades técnicas, que acabam por pautar e condicionar as decisões tomadas pelo Tribunal.

Por outro lado, fenômeno interessante e não inicialmente previsto é o fato de os Ministros do TCU atuarem, em número substancial de vezes, *como moderadores* das propostas de encaminhamento feitas pelas unidades técnicas. Isso porque, em 35 dos 43 Acórdãos identificados em que o Tribunal manifestou discordância da unidade técnica (81% do total), ele foi *menos rigoroso* no controle da agência e manifestou *maior deferência* à ANTT, numa análise qualitativa. Com isso, ele deixou, por exemplo, de aplicar sanções a servidores, aceitar medidas cautelares, moderar determinações ou transformá-las em recomendações, reconhecendo maior margem de manobra e atuação à ANTT. Isso não significa, no entanto, que houve deferência em relação à ANTT – o que é tratado na hipótese 6 –, mas sim que o Tribunal exerce moderação em relação a propostas mais “agressivas” apresentadas no âmbito dos Acórdãos.

Já a quinta hipótese foi refutada,²⁶⁴ pois é relativamente raro o recurso a medidas cautelares e a aplicação de sanções a gestores públicos no controle exercido pela ANTT. Não obstante, fato é que o Tribunal, em alguns casos, recorre ao uso desses poderes, o que provavelmente gera nos gestores públicos da ANTT efeito dissuasório em ir contra as orientações do TCU.²⁶⁵

Relativamente à sexta hipótese,²⁶⁶ tem-se que ela foi refutada, pois a ANTT demonstra apresentar episódios de resistência ocasional ao controle exercido pelo TCU, embora em muitos outros casos ela prefira uma acomodação com seus comandos. O que a análise qualitativa sobre o tema demonstrou é uma *aceitação estratégica* do controle exercido pelo Tribunal, e a adoção de estratégias de confronto indireto: ao invés de questionar a

²⁶³ Quarta hipótese: “No processo interno de tomada de decisão do TCU envolvendo a ANTT, o julgamento do Plenário do Tribunal segue quase sempre a proposta de Acórdão expedida pela respectiva unidade técnica”.

²⁶⁴ Quinta hipótese: “É comum a aplicação de sanção a gestores e a tomada de medidas cautelares pelo Tribunal no controle sobre a ANTT, indicando o uso de poderes coercitivos pelo TCU no controle da agência”.

²⁶⁵ Cumpre mencionar também que o mero chamamento de servidores para apresentar razões de defesa, ainda que ao final não sejam aplicadas penalidades, já gera forte constrangimento às pessoas envolvidas.

²⁶⁶ Sétima hipótese: “A própria ANTT não contesta o controle exercido pelo TCU, aceitando expressa ou tacitamente os seus comandos, não sendo verificada postura de resistência na própria agência.”

competência em si do TCU, a ANTT busca justificar suas decisões, inclusive utilizando precedentes do próprio Tribunal, acolher no que avaliar possível as orientações da Corte de Contas, e tentar fazer prevalecer – em alguns casos, com sucesso – decisões sobre pontos específicos, que avalia como mais relevantes.

Por fim, em relação à última hipótese, relativa à correção do diagnóstico da literatura crítica, que aponta que o Tribunal age como um verdadeiro regulador, quando aplicado em relação à ANTT, verificou-se que ela foi parcialmente confirmada, pois se encontra *imprecisa*. A análise empírica indica que o TCU *não atua como um regulador de todo o setor de transportes terrestres, e que ele não revê todas as decisões tomadas pela ANTT* – o que também não seria possível. Há setores específicos e casos em que, de fato, não são expedidos comandos em relação à ANTT, e ela acaba exercendo seu espaço de escolha discricionária de forma mais livre. Contudo, em número substancial de casos, ao exercer o controle sobre as atividades da ANTT, por exemplo no setor de concessões rodoviárias, o *TCU exerce profunda revisão de escolhas regulatórias relativas a como a ANTT deve exercer sua atividade-fim, e impõe que a agência as adote nesses casos e nos subsequentes*.

Ou seja, para ser mais preciso, o Tribunal é antes de tudo uma entidade controladora, que exerce suas atribuições constitucionais; porém, *por diversas vezes*, ele vai além e efetua esta *atividade de revisão profunda de escolhas e políticas referentes a como a ANTT exerce suas atividades-fim, nesses casos exercendo função regulatória*. Ele faz isso (a) ao fixar, caso a caso, os limites de sua atuação no controle das atividades-fim da ANTT, (b) efetuando novas avaliações de mérito sobre como, em instâncias específicas, a ANTT deve agir; e (c) com isso cria um grande *ônus de justificação* da ANTT, que passa a ter de justificar na minúcia suas decisões à Corte de Contas, quando, por exemplo, é realizada análise sobre estudo de viabilidade e edital de nova concessão, ou a auditoria sobre a execução de um contrato de concessão rodoviária e a adequação do valor da tarifa cobrada e de seu equilíbrio econômico-financeiro.

Dessa forma, é possível concluir que, pela análise empírica acima efetuada, o diagnóstico da literatura crítica em relação ao TCU encontra-se majoritariamente correto, devendo ser considerada essa sutileza de sua atuação ocasional.

- c. Considerações finais: o TCU como instância de revisão regulatória ocasional, atuando quando deseja como mecanismo de redundância regulatória**

Como considerações finais, os achados dessa dissertação podem ser sintetizados da seguinte forma: o TCU, nos casos e oportunidade em ele próprio avalia como apropriado, efetua análises minuciosas sobre escolhas de mérito da ANTT no exercício de suas atividades-fim, *atuando como instância de revisão regulatória ocasional*. Ou seja, nos casos em que decide realizar esse tipo de verificação a fundo sobre os diferentes aspectos econômicos, técnicos e legais de determinado caso ou atividade exercida pela ANTT, o Tribunal efetivamente *revisa a atuação regulatória da ANTT como um todo*, criando-lhe grande *ônus de justificção de suas decisões*. A motivação para isso é buscar atender de forma mais apropriada ao “interesse público”, com o Tribunal possivelmente avaliando que detém melhor *expertise* que a agência reguladora setorial para realizar a adequada ponderação e aplicação dos princípios jurídicos envolvidos em cada caso.

O fenômeno pode ser compreendido como a criação, pelo próprio Tribunal, de *mecanismo de redundância regulatória ocasional no setor de transportes terrestres*. Daí decorre que a ANTT tenha que conviver, na prática, com a possibilidade de fiscalizações amplas e controle profundo de suas decisões, o que pode, de positivo, levá-la a justificar suas decisões da melhor forma possível e, potencialmente, ajudar a eliminar projetos de viabilidade duvidosa (nesse sentido, cita-se o caso do TAV). Por outro lado, de negativo, tal controle pode levar a ANTT a abdicar do poder de decidir e adotar as interpretações que avalia como mais apropriadas, bem como aumentar o tempo para a tomada de decisões, gerar maior custo para a ação da agência, incentivar certa “tibieza decisória” e, eventualmente, coibir a adoção de soluções para casos concretos tidas como heterodoxas, restringindo seu espaço de atuação.

Portanto, essa situação traz todos os eventuais ônus e bônus de uma situação de redundância regulatória, ponto que pode ser explorado em futuros trabalhos sobre o tema. Um problema relevante que emerge é o funcionamento deste mecanismo estar previsto majoritariamente na própria jurisprudência, atos normativos e entendimento do TCU e de seus membros, ao invés de normas legais ou regulamentares do setor ora regulado de transportes terrestres. Com isso, trata-se de um mecanismo sem freios nem propósito claro, dependente da construção feita pelo próprio Tribunal, gerando falta de previsibilidade sobre seu funcionamento e insegurança jurídica. Ironicamente, trata-se de uma atuação de um órgão controlador como um revisor regulatório que não está sujeita, na esfera administrativa, a meios de controle claros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, João Pedro. A Competência Subsidiária dos Tribunais de Contas para a Sustação de Contratos Públicos Antijurídicos. **Revista dos Tribunais**, RT, Vol 925, Jan, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAÚJO, Carlos Maurício Lociks. Ativismo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). **Jurisprudência Constitucional**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2013.

ARAUJO, Paulo Sisnando Rodrigues de Araújo. Um modelo de fiscalização para subsidiar o TCU na avaliação da atuação das agências reguladoras no dever de garantir a qualidade na prestação de serviços públicos. **Artigo apresentado no Instituto Serzello Corrêa. Brasília, 2011.**

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos**. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Natureza Jurídica e Funções das Agências Reguladoras de Serviços Públicos – Limites da Fiscalização a ser Desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 25. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. Tribunal de Contas: algumas incompetências. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, v. 203jan./mar. 1996.

BRAGA, André de Castro de Oliveira Pereira; BUCHBINDER, Felipe. “O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?”, artigo a ser publicado na **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**.

CAMPANA, Priscilla de Souza. **O controle pelo medo: fragilidades e desafios do sistema de controle da Administração Pública**. Dissertação de mestrado apresentada na pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

CARVALHO, Hugo Leonardo Menezes. **O papel do Tribunal de Contas da União na Melhoria da Administração Pública Federal**. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado Profissional em Administração da FEAD. Centro de Gestão Empreendedora, no Mestrado Administração Pública, Belo Horizonte, 2013.

CPDE. CENTRO DE PESQUISA EM DIREITO E ECONOMIA. Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. **Análise do controle exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre**

as contas anuais das agências reguladoras. Projeto Regulação em números – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Relatório no prelo.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos, **Interesse Público**, ano 15, n. 82, nov./dez. 2013.

DOURADO, Rodolfo Maciel. **O Controle Externo sobre as Agências Reguladoras de Estado:** limites e (im)possibilidades de atuação. 2011. 151 f. Dissertação (Mestrado em Administração). Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, 2011.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil:** jurisdição e competência. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GRUPO PÚBLICO DA FGV DIREITO SP/SBDP. **Observatório do TCU** (i) Julgamentos de janeiro e fevereiro de 2018; (ii) Julgamentos de Março e Abril de 2018; (iii) Julgamentos de Maio e Junho de 2019; (iv) Balanço crítico parcial de 2018 (jan-mar). São Paulo, SP, 2018.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo:** a crise da ineficiência pelo controle. 31.01.2016.

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

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras – Em busca de alguns *standards* possíveis. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte. 2012.

MERLOTO, Nara Carolina. **A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras:** entre a independência e o controle. Dissertação de mestrado apresentada na pós graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

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 Valerim (coords.). **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2017. (volume 2).

OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA USP, Faculdade de Direito. **Relatório de pesquisa bianual** – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo, 2019. Coordenadores: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de, e MORENO, Mais.

OLIVEIRA, Anderson Márcio. **Intervenção regulatória do TCU:** uma avaliação empírica nos processos de concessão da ANTT, ANTAQ e ANAC. Dissertação de mestrado

apresentada na pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2017.

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

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. **O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou administrador?** Dissertação de mestrado apresentada na pós-graduação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019.

RIBEIRO, Maurício Portugal e JORDÃO. Eduardo Ferreira. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples, **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, 2017.

RIBEIRO, Maurício Portugal e JORDÃO. Eduardo. O TCU atua como gestor público; trate-o como tal! **Coluna no site JOTA**, novembro de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/o-tcu-atua-como-gestor-publico-tratemo-lo-como-tal-13112018>. Último acesso em 23.06.2019.

RODRIGUES, Walton Alencar. O Controle da Regulação no Brasil. **Revista do Tribunal de Contas da União**, n. 104, 2005.

ROSilHO, André Jácomo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese de Doutorado do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

SABENÇA, Sandro Z. Regulação e Controle: um acerto de contas. IN: HACHEM, Daniel Wunder; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs). **Transformações do Direito Administrativo: o estado administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro, 2018, pp. 584-609.

SABENÇA, Sandro Zachariades. **O TCU e o controle operacional das agências reguladoras: uma análise empírica**. Dissertação de mestrado apresentada na pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo: Malheiros, 2013

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 119, maio/ago. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda; MONTEIRO, Vero e ROSILHO, André. O valor das decisões do Tribunal de Conas da União sobre irregularidades em contratos. **Revista direito GV**, v. 13, nº 03, set-dez 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Limites ao controle externo da administração pública pelo TCU, **Revista dos Tribunais**, ano 102, vol. 928, fev. 2013

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 200 **Acórdãos proferidos no controle da ANTT entre 2002 e 2019**, obtidos em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>

VIEIRA, Marcia Cristina Nogueira. O controle do tribunal de contas da união sobre os atos discricionários das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais. **Regulação de serviços públicos e controle externo**. TCU, 2008.

VIEIRA, Marcia Cristina Nogueira. **O controle do tribunal de contas da união sobre os atos discricionários das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais**. Monografia apresentada no Instituto Serzello Corrêa para a especialização em controle externo – área de regulação de serviços públicos concedidos. Brasília, 2004.

WILLEMANN, Mariana Montebello. **O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da accountability democrática**: perspectivas em prol do direito à boa administração pública do Brasil. Tese de doutorado do curso de pós-graduação do Departamento de Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2016.

ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. 2ª Ed., Fórum: Belo Horizonte, 2009.

ANEXO 1 – Critérios de Pesquisa

Este Anexo apresenta os critérios utilizados na pesquisa empírica realizada na presente dissertação, mencionados no Capítulo 2, item 2.1.3, que foram a base tanto para a análise quantitativa quanto para a análise qualitativa realizadas.

A Tabela 1 a seguir apresenta os critérios extraídos diretamente do site do TCU, e a Tabela 2 apresenta os critérios elaborados a partir dos disponíveis no site do TCU, para fins do presente trabalho.

Tabela 5 - Critérios extraídos do site do TCU

#	Critério	Descrição	Origem no site do TCU
1.	Número do Acórdão	Autoexplicativo	Campo “ <i>número do Acórdão</i> ”
2.	Tipo de Acórdão	Se o processo constitui “Decisão”, “Acórdão de Relação”, ou “Acórdão” comum	Campo “ <i>número do Acórdão</i> ”, que contém o tipo de Acórdão em seu nome (p. ex., “ <i>ACÓRDÃO DE RELAÇÃO 2601/2012 – PRIMEIRA CÂMARA</i> ”)
3.	Órgão decisório	Se o Acórdão foi expedido pelo Plenário do TCU ou por alguma câmara	Campo “ <i>número do acórdão</i> ” do site do TCU, que contém sempre a indicação do órgão decisório (p. ex., “ <i>ACORDÃO 252/2005 - PLENÁRIO</i> ”)
4.	Processo Administrativo	Número do processo administrativo no qual foi expedido o Acórdão	Campo “ <i>processo</i> ”
5.	Número de Acórdãos relacionados ao processo	Campo para mostrar quantos Acórdãos foram expedidos pelo TCU em determinado processo	Extraído a partir do campo “ <i>processo</i> ”, com ferramenta de contagem automática para verificar o número de Acórdãos.
6.	Tipo de processo	Qual o tipo específico do processo, entre os diversos existentes na classificação do Tribunal	Campo “ <i>Tipo de processo</i> ”

7.	Relator	O ministro relator do TCU do Acórdão	Campo “ <i>Relator</i> ”
8.	Entidade	Indicação das entidades integrantes da Administração Pública objeto de controle no Acórdão. Todas da base de incluem a ANTT, sendo por vezes citado também outro órgão (p. ex., o DNIT ou o Ministério dos Transportes)	Campo “ <i>Entidade</i> ”
9.	Unidade Técnica	A unidade técnica do TCU responsável pelo relatório e parecer expedido no julgamento	Campo “ <i>Unidade Técnica</i> ”
10.	Acórdão	O dispositivo do Acórdão do Tribunal, com os comandos e a decisão final expedida.	Campo “Acórdão”
11.	Sumário	Um pequeno resumo do caso e do Acórdão elaborado pelo próprio Tribunal, semelhante às Ementas dos julgamentos dos Tribunais do Poder Judiciário	Campo “ <i>Sumário</i> ”

Tabela 6 - Critérios estabelecidos pelo autor

#	Critério	Descrição	Se o campo é restrito e quais os <i>inputs</i> possíveis
12.	Setor controlado	Área de atividade da ANTT que é objeto do controle. Definidas pelo autor de acordo com as diferentes atividades da ANTT	Sim, de acordo com expressões pré-estabelecidas (por exemplo, “ <i>concessões rodoviárias</i> ”, “ <i>concessões ferroviárias</i> ” ou “ <i>Organização administrativa da ANTT</i> ”)
13.	Há determinações ou recomendações à ANTT?	O campo assinala se no Acórdão foram expedidos comandos (determinações ou recomendações) à ANTT	Sim. <i>Inputs</i> do tipo “ <i>Sim</i> ” e “ <i>Não</i> ”
14.	Nº de determinações à ANTT	O número de determinações contida no acórdão	Sim, restrição a inserir apenas números.
15.	Nº de	O número específico de	Sim, restrição a inserir apenas

	determinações para encaminhar ou informar ao TCU	determinações solicitando à ANTT encaminhar informações ao TCU (pela sua relevância, este número computado de forma separada das demais determinações)	números
16.	Nº de recomendações à ANTT	O número de recomendações contidas no acórdão	Sim, restrição a inserir apenas números
17.	Incide sobre atividades-fim da ANTT?	Se as determinações ou recomendações expedidas incidem sobre a forma pela qual a ANTT exerce suas atividades-fim	Sim. <i>Inputs</i> possíveis são “Sim”, “Parcialmente”, “Não” e “N/A” (sigla para não aplicável – para quando não há comandos)
18.	Detalhamento incidência sobre atividades-fim da ANTT	De que forma incide sobre as atividades-fim da agência	Não, campo de <i>inputs</i> livres.
19.	Há penalidade?	Indica se no Acórdão foi discutida a aplicação de sanções a agentes públicos (independentemente de sua aplicação)	Sim. <i>Inputs</i> possíveis são “Sim”, “Não” e “Multa proposta pela unidade técnica, porém rejeitada pelo Tribunal” (para os casos de aplicação proposta, porém rejeitada)
20.	Tipo de penalidade	Detalhamento sobre a penalidade aplicada ou sugerida	Não, campo de <i>inputs</i> livre.
21.	Há medida cautelar?	Indica se no Acórdão foi tratada a aplicação de medida cautelar pelo Tribunal	Sim. <i>Inputs</i> possíveis são “Sim”, “Não” e “Cautelar rejeitada”
22.	Explicação da medida cautelar	Detalhamento sobre a medida cautelar aplicada ou cogitada	Não, campo de <i>inputs</i> livre.
23.	Acórdão foi objeto de recurso?	Indica se alguma parte interessada apresentou recurso contra o Acórdão (seja a ANTT, particular ou outro órgão público)	Sim. <i>Inputs</i> possíveis são “Sim” e “Não”.
24.	Acórdão é expedido no âmbito de recurso?	Indica se o Acórdão foi prolatado para julgar recurso apresentado por alguma parte interessada.	Sim. <i>Inputs</i> possíveis são “Sim” e “Não”.

25.	Explicação sobre recursos	Detalhamento sobre o(s) recurso(s) relacionados ao Acórdão em questão (seja o apresentado contra o Acórdão, ou se o Acórdão foi expedido para julgamento de recurso)	Não, campo de <i>inputs</i> livre.
26.	Pontos chave e observação	Campo para indicar as características do Acórdão que mais chamaram atenção	Não, campo de <i>inputs</i> livre.
27.	Grau de relevância	Classificação feita para filtrar quais Acórdãos serão avaliados na análise qualitativa	Sim. <i>Inputs</i> possíveis são: “1 – caso essencial”; “2 – caso relevante”; “3 – caso de importância marginal”; e “4 – caso sem relevância”.
28.	Descrição (detalhes)	Descrição dos detalhes do julgamento	Não, campo de <i>inputs</i> livre
29.	O TCU acolheu a avaliação da unidade técnica?	Campo para assinalar se o Acórdão expedido pelo TCU acolheu a avaliação de unidade técnica. Observação feita a partir da comparação da proposta de acórdão da unidade técnica com o acórdão final, considerando também os comentários do voto.	Sim. <i>Inputs</i> possíveis são: “Sim”, “Acolheu parcialmente”, “Não” e “N/A – não informada avaliação da unidade técnica”.
30.	Explicação da relação do Acórdão com a manifestação da unidade técnica	Detalhamento da diferença ou convergência da manifestação da unidade técnica com a decisão do TCU.	Não, campo de <i>inputs</i> livre.
31.	Grau comparativo da intervenção entre Unidade Técnica e Tribunal	Faz uma avaliação comparativa entre o grau de ingerência sobre a ANTT entre a proposta de acórdão da unidade técnica e o acórdão final do TCU.	Sim. <i>Inputs</i> possíveis são: “1. Tribunal mais rigoroso”; “2. Unidade Técnica mais rigorosa”; “3. Mesmo grau de rigor”; e “N/A”
32.	Há voto revisor ou divergente?	Indica se foi prolatado no julgamento do Acórdão algum outro voto, além do expedido pelo Relator.	Sim. <i>Inputs</i> possíveis são: “1. Não – Acórdão por unanimidade”; “2 – Sim – voto revisor no mesmo sentido do relator”; “3 – Sim – voto revisor divergente, vencido”; e “4 – voto revisor vencedor”.

ANEXO 2 – Planilha de análise dos Acórdãos da base de dados utilizada para a presente dissertação

Em anexo à presente dissertação, é disponibilizada a planilha, em arquivo do tipo .xlsx, utilizada para a análise dos 200 Acórdãos que compõem os Acórdãos da Base de dados da presente dissertação.

Para os que obtiverem acesso a esta dissertação em uma cópia impressa, a planilha pode ser solicitada diretamente ao autor, entrando em contato pelo seguinte email: antonio.bastos@fgvmail.br.