GRUPO II – CLASSE V – Plenário
TC 033.612/2016-1
Natureza: Acompanhamento
Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)
Representação legal: Daniel Andrade Fonseca e outros, representando Agência Nacional de Telecomunicações.

SUMÁRIO: ACOMPANHAMENTO DO PROCESSO DE MEDIAÇÃO ENTRE O GRUPO OI S/A E A ANATEL. DIRETRIZES PARA A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL. CONTINUIDADE DO ACOMPANHAMENTO.

RELATÓRIO

Trata-se de acompanhamento do processo de mediação entre o Grupo Oi S/A e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), no âmbito do processo de recuperação judicial 020376511.2016.8.19.0001 em curso na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, em que se encontram em possível negociação créditos originados em multas aplicadas pela autarquia federal.

2. O ingresso do Tribunal nessa questão decorre de representação formulada pela então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Aviação Civil e Comunicações (TC 033.413/2015-0), em que determinei, cautelarmente, que a Anatel que se abstivesse de assinar o Termo de Ajustamento de Conduta que estava em vias de ser pactuado com a prestadora Oi.

3. Posteriormente, aquele feito restou sobrestado em virtude da recuperação judicial do Grupo Oi, fator superveniente com claro impacto na análise da matéria.

4. O presente feito foi aberto a partir de pedido do juízo de recuperação para que o Tribunal acompanhasse a questão, especificamente o procedimento de mediação que seria iniciado entre a Oi e a Anatel (peça 1). Na primeira reunião, realizada em 24.11.2017, estiveram presentes dois Auditores Federais de Controle Externo designados para essa finalidade (peças 2 e 6).

5. Na data de 10.8.2017, recebi dos mediadores solicitação de designação de equipe para acompanhar nova reunião, a ser realizada em 15.8.2017, às 10h (peça 43), tendo a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração recebido comunicação de teor equivalente (peça 41). Na data de 11.8.2017, ingressa nos autos o seguinte pronunciamento, proferido pela titular em exercício daquela secretaria:

> "**DESPACHO**
>
> Trata-se de acompanhamento do processo de mediação entre as recuperandas do Grupo Oi e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), especificamente no que se refere aos créditos representados pelas multas impostas pela autarquia federal, nos autos do processo de recuperação judicial 020376511.2016.8.19.0001 em curso na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro.
>
> 2. Nesta oportunidade, analisa-se o documento enviado a esta Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) pelos mediadores (peça 41), no qual foi solicitada a designação de representantes da técnica deste Tribunal para participar de sessão conjunta de mediação entre a Anatel e o Grupo Oi. A reunião acontecerá no dia 15/8/2017, às 10h, e a participação de técnicos deste Tribunal tem a finalidade, no entender dos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57919858.

mediadores, de se buscar solução que 'atenda não só aos parâmetros técnicos exigidos, como também ao interesse público.'

HISTÓRICO

3. A mediação foi instaurada por determinação do juízo responsável pela condução do mencionado processo de recuperação judicial (peça 4), que propôs, ao final, que a mediação fosse conduzida de forma conjunta entre aquela vara e esta Corte de Contas (peça 1). O relator da matéria neste Tribunal, Ministro Bruno Dantas, entendeu pertinente o referido acompanhamento, tendo em vista as competências constitucionais do TCU e a relevância do objeto em discussão, e designou dois auditores federais de controle externo para acompanharem a audiência que seria realizada em 24/11/2016, na cidade do Rio de Janeiro (peça 2).

4. A reunião contou com a presença de representantes da Anatel, do TCU, das recuperandas, do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), do Ministério Público e do administrador judicial (peça 6). Na ocasião, o juiz responsável pelo processo de recuperação judicial fixou o prazo de noventa dias para a conclusão do processo de mediação, que deveria ser conduzido na sede da Anatel, em Brasília.

5. Na comunicação feita ao Plenário do TCU sobre a referida audiência, em 30/11/2016 (peça 5), o relator destacou a autuação do presente processo, com vistas ao acompanhamento dos procedimentos realizados no curso da mediação e por meio do qual os resultados dessa ação de controle serão submetidos à deliberação daquele colegiado.

6. Contudo, desde a reunião inicial, nenhum procedimento formal foi efetivado no âmbito da mediação. Diante da necessidade de se inteirar dos atos eventualmente realizados pela Anatel e pela Procuradoria Federal Especializada (PFE) junto à autarquia, esta secretaria realizou reuniões com representantes do órgão jurídico e da área técnica da agência, formalizando os questionamentos então formulados em diligências específicas (peças 11 e 12).

7. Importante ressaltar que, nesse ínterim, foi verificada a substituição de dois dos três mediadores inicialmente designados (peças 7; 8 p. 2; e 20), sendo o documento ora analisado assinado pelos mediadores atuais, Emmanoel Campelo de Souza Pereira, Rubens Decoussau Tilkian e Juliana Loss. Outrossim, foi determinada a dilação do prazo da mediação (peça 36), com a qual o ministro relator aquiesceu (peça 37).

ANÁLISE

8. A solicitação em tela traz à tona questão relevante a ser esclarecida pelo TCU nesta oportunidade, atinente à forma e aos limites da atuação da Corte de Contas na presente ação de controle, dado o ineditismo do seu objeto. Assim, para além de tratar da designação de servidores para participarem da reunião proposta pelos mediadores, esta instrução tem como objetivo fundamental propor as balizas para a ação de controle a ser desenvolvida com o eventual avanço da mediação.

I. Dos fundamentos e dos limites à atuação do TCU na mediação

9. A participação do Tribunal de Contas da União em processos dessa natureza foi prevista na Lei de Mediação, Lei 13.140/2015, cujo art. 36, § 4º, dispõe que, 'nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.'

10. Com base no dispositivo acima, o relator do TC 033.413/2015-0, Ministro Bruno Dantas, entendeu que a competência do TCU para atuar na mediação estaria configurada na estreita relação entre as discussões que nela serão travadas e o assunto tratado naqueles autos. Isso porque referido processo diz respeito à representação acerca de possíveis irregularidades em termo de ajustamento de conduta (TAC) negociado entre a Anatel e a Oi e encontra-se sobrestado em razão do pedido de recuperação judicial impetrado pela empresa, cujo deslinde certamente impactará no TAC já aprovado pelo Conselho Diretor da agência.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57919858.

11. Uma vez que o sobrestamento foi determinado por meio do Acórdão 2.572/2016-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Bruno Dantas, estaria configurada a premissa de que trata o § 4º do art. 36 da Lei de Mediação, qual seja, de que haveria no processo decisão do Tribunal de Contas da União a respeito da matéria em litígio. E, sendo o citado parágrafo o fundamento da atuação do TCU na mediação entre a Anatel e ao Grupo Oi, a efetiva composição do conflito apenas poderia se concretizar após anuência expressa do ministro relator.

12. No entanto, para que se possa compreender o devido alcance do dispositivo, faz-se imprescindível analisar todo o artigo no qual se insere. Nesse sentido, imperioso se torna transcrever o *caput* e os demais parágrafos do art. 36 da Lei 13.140/2015:

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica **entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União**.

§ 1º na hipótese do *caput*, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.

§ 2º Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

§ 3º A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator. (Grifou-se)

13. A partir da redação do *caput* do art. 36, não se pode afirmar que o seu § 4º seria o fundamento adequado para a atuação do TCU na mediação entre a Anatel e o Grupo Oi e tampouco que a anuência do ministro relator seria decisiva para se efetivar a resolução da controvérsia. Conforme explícito no dispositivo, as disposições dos parágrafos do art. 36 devem ser aplicadas a litígios entre 'órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal', não se aplicando a querelas entre o Poder Público e particulares. Diante disso, o § 4º não seria aplicado ao caso do presente processo, visto que se trata de procedimento de composição estabelecido para dirimir embate entre uma autarquia especial federal (Anatel) e uma entidade privada (integrantes do Grupo Oi).

14. Corrobora esse entendimento o fato de o artigo estabelecer, ainda, que os procedimentos necessários à composição serão realizados pela Advocacia-Geral da União (AGU), nos termos de ato que o próprio órgão editar. Ou seja, o mediador, nos casos amparados pelo art. 36 da Lei 13.140/2015, é a AGU, a quem compete editar o rito que deverá ser seguido. Uma vez mais, portanto, vislumbra-se que o dispositivo não pode servir como fundamento para a atuação desta Corte de Contas na mediação instaurada entre a Anatel e as empresas do Grupo Oi.

15. De toda sorte, é absolutamente desejável e necessário o acompanhamento por este Tribunal de Contas de matéria que, inegavelmente, tem ampla repercussão sobre objetos e unidades sob sua jurisdição e cujo deslinde muito provavelmente demandará a sua atuação. Está em discussão o maior pedido de recuperação judicial já impetrado no país, que se aproxima dos R$ 65 bilhões, dos quais em torno de R$ 20,9 bilhões dizem respeito a débitos do Grupo Oi junto a órgãos ou entidades federais, consoante tabela abaixo, elaborada com base em dados das próprias recuperandas, ainda não confirmados pelas respectivas entidades federais, inclusive no que tange à classificação de cada credor:

Créditos de órgãos e entidades federais junto ao Grupo Oi.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57919858.

Órgão/Entidade	Tipo de Credor	Créditos (R$)	%
Anatel	Credor Quirografário	11.093.373.687,18	53,1%
Banco do Brasil	Credor Quirografário	3.934.904.150,40	18,8%
BNDES	Credor com garantia real	3.326.951.525,30	15,9%
Caixa Econômica Federal	Credor Quirografário	1.872.797.902,50	9,0%
BB DTVM	Credor Quirografário	441.429.250,27	2,1%
Banco do Nordeste	Credor Quirografário	122.996.457,59	0,6%
Caixa/GEFIX (fundos)	Credor Quirografário	107.017.023,00	0,5%
Ancine	Credor Quirografário	680.000,00	0,003%
Total		**20.900.149.996,24**	**100%**

Fonte: elaboração própria, a partir dos dados constantes da lista de credores apresentada pelo Grupo Oi nos autos do processo de recuperação judicial.

16. Ademais, está-se tratando da maior concessionária de telefonia fixa (serviço telefônico fixo comutado - STFC) no país. A Oi detém em torno de 66% dos ativos necessários para a prestação desse serviço, os quais são utilizados não apenas por ela e para a prestação do STFC, mas também, de forma compartilhada, por outras operadoras e para a prestação de outros serviços de telecomunicações, como telefonia celular (serviço móvel pessoal - SMP) e banda larga.

17. Diante das proporções gigantescas, em todos os aspectos que tocam o poder e o erário públicos, do pedido de recuperação judicial ora processado na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, a Anatel tem um papel preponderante no processo, enquanto maior credor público e órgão regulador. Por arrastamento, não seria prudente nem produtivo por parte do TCU manter-se afastado do processo, devendo-se valer do poder fiscalizatório que exerce sobre os atos da Agência Nacional de Telecomunicações para acompanhar o desenrolar da matéria, averiguando, no limite de suas competências, a legalidade e a legitimidade dos atos praticados e o resguardo do interesse e do patrimônio públicos.

Nessa esteira, em que pese o juiz da causa ter instado o TCU a participar como co-mediador, de modo que a mediação 'seja processada de forma conjunta, ou seja, sob supervisão não apenas do Juízo da Recuperação, mas também do Tribunal de Contas da União' (peça 1), não se vislumbra na legislação vigente autorização que permita a esta Corte de Contas ir além do exercício das suas atribuições ordinárias, previstas na Constituição Federal e na Lei 8.443/1992 e regulamentadas em seu Regimento Interno (RITCU) e demais normativos internos. E, entre as competências aludidas, não se encontra a de atuar como mediador de controvérsias que envolvam entes públicos federais e particulares nem a de anuir com eventuais acordos que resultem de mediação dessa natureza. Como já demonstrado anteriormente, o presente caso não se enquadra na hipótese prevista no § 4º do art. 36 da Lei de Mediação, de modo que os atos que venham a ser realizados entre as partes independem de prévia anuência desta Corte. Igualmente, um eventual acordo entre as mediadas prescinde da chancela prevista no dispositivo, a qual se restringe aos casos que envolvam apenas órgãos e entidades federais, não abarcando soluções buscadas entre esses e particulares. 20. Nesse diapasão, o presente processo, que se consubstancia por meio do instrumento de fiscalização 'acompanhamento', deve guardar estrita observância aos normativos que regulamentam a atuação do TCU. Segundo tais normativos, a referida ação de controle, prevista nos arts. 241 e 242 do RITCU e disciplinada pela Portaria-Segecex 27/2016, é realizada de forma periódica e concomitante à execução dos atos de gestão, tendo como principal objetivo prevenir a ocorrência de atos danosos ao interesse público, seja por se mostrarem em desacordo com os normativos vigentes, seja por não alcançarem os objetivos previstos de forma econômica, eficiente, eficaz, efetiva e equitativa.

21. O instrumento difere-se dos demais tipos de fiscalização por permitir verificações de atos das unidades jurisdicionadas à medida que são realizados. Pela própria dicção dos arts. 241 e 242 do RITCU, verifica-se que o acompanhamento realiza-se sobre atos de gestão já praticados.

22. Um exemplo clássico de acompanhamento realizado pelo TCU e que evidencia bem esse ponto

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57919858.

consiste naquele que é feito pelas secretarias de infraestrutura do TCU em relação a procedimentos de privatizações, concessões, permissões e autorizações de serviços públicos. As fases do acompanhamento para cada procedimento estão disciplinadas na IN-TCU 27/1998 e têm início a partir do recebimento, pelo Tribunal, dos documentos encaminhados pelos respectivos órgãos ou entidades. Ou seja, o prazo para análise e manifestação da unidade técnica apenas começa a contar com o recebimento dos documentos que materializam os atos de gestão realizados, a exemplo de estudos de viabilidade, edital, análise da minuta do contrato e contrato assinado.

23. Na mesma linha, tem-se a IN-TCU 74/2015, que disciplina a fiscalização do processo de celebração de acordos de leniência, previstos na Lei 12.846/2013, os quais se aproximam mais do presente caso, uma vez que privilegiam o consensualismo como instrumento na busca de soluções mais favoráveis ao alcance do interesse público. Por esse normativo, o TCU não participa de forma ativa na construção do acordo em si, não tendo papel deliberativo nas reuniões entre a autoridade responsável pela celebração do acordo (sequer participa de tais reuniões) nem homologando os termos dele. A atuação do Tribunal dá-se por meio da análise de documentos e informações, obtidos mediante o acompanhamento de etapas definidas no normativo, as quais, por seu turno, se iniciam com o recebimento das informações e documentos apresentados pela autoridade responsável pela celebração.

24. Em ambos os casos, como o processo ocorre de forma concomitante, a cada uma das fases é possível que o TCU faça questionamentos e solicite a alteração de procedimentos. Especificamente quanto à mediação em tela, essa possibilidade deve se restringir aos atos praticados pela Anatel ou pela Procuradoria Federal Especializada (PFE), braço da Advocacia-Geral da União (AGU) que atua junto à agência, uma vez que, nesse processo, apenas essas unidades encontram-se sob a jurisdição da Corte de Contas.

25. Por oportuno, convém ressaltar que tais atos serão sempre analisados à luz do ordenamento jurídico vigente, de modo que o acompanhamento do desenrolar da mediação não exclui a possibilidade de que o Tribunal de Contas da União venha a questionar a legalidade de se sujeitar créditos públicos ao concurso universal de credores, assim como a legalidade e a adequação do próprio processo de mediação. Tais matérias são objeto de relevantes divergências no âmbito do processo da recuperação judicial, especificamente, e do Judiciário, como um todo, e trazem consigo riscos sistêmicos, cujo impacto potencial para a Fazenda Pública é elevadíssimo, de modo que, oportunamente, é inevitável que esta Corte tenha que se manifestar sobre a questão.

26. Nesses termos, entende-se necessário dar ciência ao Exmo. Juiz Fernando C. F. Viana, responsável pela condução do processo de recuperação judicial 020376511.2016.8.19.0001, em curso na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, e aos mediadores, no que diz respeito ao processo de mediação entre a Anatel e as recuperandas, que: i) a participação do TCU como co-mediador não encontra respaldo na Lei 13.140/2015 nem nos demais normativos que regem a atuação desta Corte, sobretudo a Constituição Federal, a Lei 8.443/1992 e o Regimento Interno desta Casa; ii) o TCU não tem papel deliberativo sobre os atos que venham a se concretizar no curso da mediação, os quais prescindem de prévia anuência desta Corte; iii) apenas estão sujeitos à jurisdição deste Tribunal, na mediação, os atos efetivados pela Anatel e pela PFE, nos termos do art. 71, incisos IV, IX e X, da Constituição Federal, c/c os arts. 1º, inciso II, e 5º, incisos I e VI, da Lei 8.443/1992; iv) a atuação do TCU no processo de mediação dar-se-á nos estritos limites estabelecidos pelos normativos desta Casa e, no caso em tela, de acordo com os procedimentos definidos para a realização de fiscalização do tipo acompanhamento, com fulcro nos arts. 241 e 242 do RITCU; v) o acompanhamento, pelo TCU, da mediação não significa que o Tribunal concorde com os seus termos nem exclui a possibilidade de que venha a questionar tanto a legalidade de se sujeitarem créditos públicos ao concurso universal de credores como a legalidade e a adequação do próprio processo de mediação.

II. Da designação de auditores para participarem da reunião

27. A indicação dos auditores que participaram da primeira reunião realizada no bojo da mediação, em novembro de 2016, partiu do próprio ministro relator (peça 2), que designou um assessor de seu gabinete e o então secretário da unidade técnica responsável pela matéria, a extinta Secretaria de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57919858.

Fiscalização de Infraestrutura de Aviação Civil e de Comunicações (SeinfraAeroTelecom).

28. No entanto, como ocorre em qualquer outro processo de fiscalização deste Tribunal, a designação da equipe de fiscalização, bem como a definição do prazo para a sua realização, deve estar normatizada em portaria editada pelo secretário da unidade. Diante disso, propõe-se acrescentar essa informação à ciência a ser dada ao juiz da causa e aos mediadores, esclarecendo-se, ainda, que o acompanhamento seguirá os padrões normatizados pelo TCU e as decisões do Tribunal serão proferidas parcialmente e ao final do processo, quando a secretaria encaminhará ao relator o processo devidamente instruído com as análises e as conclusões sobre a legalidade e a legitimidade dos atos praticados pela Anatel e pela AGU.

29. Como a referida portaria ainda não foi publicada, nesta oportunidade, propõe-se que a indicação dos servidores que participarão da sessão solicitada fique a cargo do dirigente desta secretaria. Embora desde novembro nenhum ato formal tenha sido praticado no âmbito da mediação, esta unidade tem acompanhado e monitorado os passos dados no processo da recuperação judicial que possam impactar o presente feito, por meio de uma equipe de auditores que já participaram de reuniões tanto com representantes da Anatel e da PFE como com os mediadores. Assim, esta secretaria dispõe das informações necessárias para que a designação dos auditores para a sessão de mediação confira qualidade, racionalidade e eficiência à presente ação de controle, de modo a garantir que os melhores os subsídios sejam colhidos para posterior análise e manifestação por esta Corte.

CONCLUSÃO

30. Vê-se, pois, que os normativos que balizam a atuação deste Tribunal não contemplam a sua participação como agente ativo da mediação objeto do presente acompanhamento. Nada obstante a relevância do tema e a dimensão do impacto potencial que possa ter sobre objetos e unidades jurisdicionados ao TCU, não há respaldo para que esta Corte exerça um papel deliberativo na mediação em si.

31. O acompanhamento da matéria deve ser feito nos limites das atribuições conferidas pela Constituição Federal e pela Lei 8.443/1992, regulamentadas no Regimento Interno e demais normativos expedidos pelo TCU, entre as quais não se encontra a de mediar solução para matéria sobre a qual sequer é pacífico que possa ser objeto de transação. Assim, em relação à sessão conjunta de mediação que acontecerá no próximo dia 15, os auditores deste Tribunal que forem designados deverão atuar como mero observadores.

32. De toda sorte, é importante deixar registrado que o referido acompanhamento não exclui a possibilidade de que o Tribunal de Contas da União venha a questionar a legalidade de se sujeitar créditos públicos ao concurso universal de credores, assim como a legalidade e a adequação do próprio processo de mediação.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

33. Em vista de todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, com a proposta de que o Tribunal de Contas da União adote o seguinte encaminhamento:

33.1. dar ciência ao Exmo. Juiz de Direito Fernando C. F. Viana, responsável pela condução do processo de recuperação judicial 020376511.2016.8.19.0001, em curso na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, e aos mediadores, no que diz respeito ao processo de mediação entre a Agência Nacional de Telecomunicações e as recuperandas, que:

33.1.1. a participação do TCU como co-mediador não encontra respaldo na Lei 13.140/2015 nem nos demais normativos que regem a atuação desta Corte, sobretudo a Constituição Federal, a Lei 8.443/1992 e o Regimento Interno desta Casa;

33.1.2. o TCU não tem papel deliberativo sobre os atos que venham a se concretizar no curso da mediação, os quais prescindem de prévia anuência desta Corte;

33.1.3. apenas estão sujeitos à jurisdição deste Tribunal, no curso da mediação, os atos efetivados pela Anatel e pela Procuradoria Federal Especializada junto à agência, nos termos do art. 71,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57919858.

incisos IV, IX e X, da Constituição Federal, c/c os arts. 1º, inciso II, e 5º, incisos I e VI, da Lei 8.443/1992;

33.1.4. a atuação do TCU no processo de mediação dar-se-á nos estritos limites estabelecidos pelos normativos desta Casa e, no caso em tela, de acordo com os procedimentos definidos para a realização de fiscalização do tipo acompanhamento, com fulcro nos arts. 241 e 242 do RITCU;

33.1.5. o acompanhamento será executado por equipe de fiscalização formalmente designada para tanto, por meio de portaria de fiscalização editada pelo titular da unidade técnica responsável pelo processo, com definição do período de duração do trabalho, o qual deve observar os padrões de acompanhamento normatizados pelo TCU;

33.1.6. as deliberações do TCU sobre a fiscalização ocorrerão parcialmente e ao final, após o encaminhamento, pela unidade técnica ao relator, do processo devidamente instruído com as análises e conclusões sobre a legalidade e a legitimidade dos atos praticados pela Anatel e pela AGU;

33.1.7. o acompanhamento, pelo TCU, da mediação não significa que o Tribunal concorde com os seus termos nem exclui a possibilidade de que venha a questionar tanto a legalidade de se sujeitarem créditos públicos ao concurso universal de credores como a legalidade e a adequação do próprio processo de mediação;

33.2. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) deste Tribunal que indique os auditores da unidade que participarão, como observadores, da sessão conjunta de mediação, entre a Anatel e o Grupo Oi, a ser realizada no dia 15/8/2017, às 10h;

33.3. dar ciência da decisão que vier a ser adotada, bem como de seus fundamentos, ao Exmo. Juiz de Direito Fernando C. F. Viana; aos mediadores, Emmanoel Campelo de Souza Pereira, Rubens Decoussau Tilkian e Juliana Loss; à Agência Nacional de Telecomunicações; e à Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel; e

33.4. restituir os autos à SeinfraCOM para que sejam emitidas as comunicações pertinentes e adotadas as providências para o regular início da fiscalização.”.

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57919858.

VOTO

Cuidam os autos de acompanhamento do processo de mediação entre o Grupo Oi S/A e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), no âmbito do processo de recuperação judicial 020376511.2016.8.19.0001 em curso na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, em que se encontram em possível negociação créditos originados em multas aplicadas pela autarquia federal.

2. Nesta oportunidade, submeto à apreciação do Plenário pronunciamento da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM), elaborado com o objetivo de esclarecer questões atinentes "à forma e aos limites da atuação da Corte de Contas na presente ação de controle, dado o ineditismo do seu objeto" e "propor as balizas para a ação de controle a ser desenvolvida com o eventual avanço da mediação".

3. Propõe-se, basicamente, dar ciência ao juízo da recuperação e aos mediadores que: 1) a participação do TCU como **co-mediador não encontraria respaldo normativo**; 2) o TCU **não teria papel deliberativo** sobre os atos praticados no curso da mediação; 3) apenas os atos efetivados pela Anatel e pela Procuradoria Federal Especializada junto à agência estariam sujeitos à jurisdição deste Tribunal; 4) a atuação do TCU no processo de mediação dar-se-á nos **estritos limites** estabelecidos pelos normativos desta Casa e, no caso em tela, de acordo com os **procedimentos definidos para a realização de fiscalização do tipo acompanhamento**; 5) o acompanhamento deveria observar os padrões atualmente normatizados; 6) as deliberações do TCU ocorreriam ao final, **após o encaminhamento do processo devidamente instruído pela unidade técnica ao relator**; 7) o acompanhamento da mediação não significaria concordância do Tribunal com os seus termos nem excluiria a possibilidade de futuro questionamento.

4. Logo de início, registro que, em virtude das razões que passo a explicitar, não obstante o habitual zelo da unidade instrutora, estou em frontal desacordo com o posicionamento da dirigente nesta oportunidade, ressalvadas algumas concordâncias pontuais.

5. Preliminarmente, julgo pertinente mencionar a forma pela qual o Tribunal encontrou-se envolvido em tal processo de mediação.

6. No âmbito de representação formulada pela então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Aviação Civil e Comunicações (TC 033.413/2015-0), acolhi proposta da unidade instrutora e concedi medida cautelar para determinar à Anatel que se abstivesse de assinar o Termo de Ajustamento de Conduta que estava em vias de ser pactuado com a prestadora Oi.

7. Naquela oportunidade, a equipe de fiscalização, inicialmente designada a realizar auditoria operacional, constatou graves irregularidades no procedimento do TAC, no qual se transacionavam multas aplicadas pela Agência por outras obrigações de fazer.

8. Ocorre que aquele processo restou sobrestado em virtude da recuperação judicial do Grupo Oi, fator superveniente com claro impacto na análise da matéria:

> "12. Com efeito, o pedido de recuperação judicial deferido ao Grupo Oi, superveniente à decisão cautelar proferida nos presentes autos, seguramente impacta a decisão de mérito a ser exarada por esta Corte. **Os mais de R$ 10 bilhões de créditos da Anatel em discussão no pedido incluem as multas inseridas no TAC objeto desta representação, da ordem de R$ 1,18 bilhão**. Restam inequívocas, portanto, a materialidade e a essencialidade de tais créditos na negociação do plano de recuperação judicial do grupo empresarial, que totaliza R$ 65 bilhões, com inevitável repercussão sobre os compromissos negociados no TAC.
>
> (...)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57919859.

> 14. Nesse sentido, entendo que o pedido formulado pela Oi mostra-se pertinente e oportuno, devendo ser deferido, sobretudo diante das notícias de que o plano de recuperação foi apresentado em 5/9/2016 e está sendo discutido com os respectivos credores, entre os quais se inclui a Anatel. Assim, **o julgamento de mérito da presente representação deverá ser suspenso até que se resolvam, no âmbito do processo que trata de pedido de recuperação judicial formulado pelo Grupo Oi, as questões atinentes às multas administrativas devidas à Anatel e incluídas no TAC ora em análise**." (voto condutor do Acórdão 2.572/2016-TCU-Plenário, destaques acrescidos).

9. Ou seja, existe uma íntima conexão entre o que o Tribunal, por intermédio de determinação deste Relator e por iniciativa da unidade instrutora, impediu que fosse feito em âmbito administrativo e o que se pretende fazer no contexto da mediação judicial.

10. Portanto, não posso concordar que, agora, o Tribunal pretenda sinalizar que qualquer deliberação da Anatel na mediação prescinda de manifestação deste Tribunal; ou mesmo colocar em questionamento, *a priori* e antes de qualquer problema concreto, a viabilidade jurídica da participação ativa do Tribunal de Contas da União no procedimento de mediação; ou, ainda, assumir uma postura estrategicamente neutra e relativista, como se não tivéssemos absolutamente nenhuma relação com uma questão tão complexa como esta.

11. Pelo contrário. Considero que a Corte de Contas deve agir com responsabilidade institucional e arcar com as decisões técnicas que profere e com os sinais que emite ao mundo real, no mínimo por dever de lealdade com os agentes administrativos e econômicos que confiam na seriedade de suas manifestações.

12. Bem postas as coisas, passo a examinar as propostas formuladas pela SeinfraCOM.

13. Em essência, propõe-se dar ao juízo de recuperação e aos mediadores ciência acerca dos seguintes aspectos:

a) natureza e limites da competência e da jurisdição do Tribunal sobre o procedimento em tela (itens 33.1.1, 33.1.2, 33.1.3 e 33.1.7 do despacho transcrito no relatório que acompanha este voto);

b) formalização e procedimentos eminentemente internos relativos à operacionalização da atuação do Tribunal (itens 33.1.4, 33.1.5 e 33.1.6 do despacho transcrito no relatório que acompanha este voto).

14. Inicio minhas considerações pelo segundo aspecto (item "b" acima). Não vislumbro razão para cientificar juiz e mediadores acerca de aspectos internos do Tribunal, como a maneira de operacionalizar sua atuação nesse caso. Com efeito, não impactam o processo judicial questões como o rito interno de deliberação do TCU, os normativos que eventualmente possam reger as equipes ou a necessidade ou não de expedição de portaria de fiscalização. Por essa razão, deixo de acolher as propostas consubstanciadas nos itens 33.1.4, 33.1.5 e 33.1.6 sugeridas pela dirigente da unidade instrutora.

15. Também rejeito as propostas condensadas no primeiro aspecto acima (item "a"), em especial porque essa matéria deverá ser mais propriamente abordada quando das análises de mérito acerca dos problemas concretos que surgirem no acompanhamento da mediação.

16. Examinando a reflexão teórica desenvolvida no despacho da secretaria especializada, verifico que o raciocínio empregado baseia-se no esforço de enquadrar essa atuação, que não é de todo corriqueira, nos marcos existentes e conhecidos, construídos para reger os trabalhos tradicionais do TCU.

17. Na verdade, não considero improvável que, em breve, tenhamos que reformular nossos normativos ou criar normas específicas para esse tipo de ação de controle, vez que pode não ser possível seguir os "estritos limites" de regras formuladas para vistoriar outro tipo de ação estatal. É o caso, por exemplo, do acompanhamento dos acordos de leniência, que segue ritos específicos.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57919859.

18. Creio que seria inadequado compreender o novo à luz do velho, dando uma leitura simplista e burocrática às ações negociais que têm crescido na Administração Pública e, consequentemente, ao acompanhamento delas pelo Tribunal. Tangenciei esse tema no meu comunicado ao Plenário sobre o presente acompanhamento:

> "Aliás, os acordos de leniência (arts. 16 e 17 da Lei AntiCorrupção), os termos de ajustamento de conduta (previstos nas leis e nas resoluções que regem a atuação das agências reguladoras) e a previsão expressa de autocomposição envolvendo entes estatais (arts. 32 a 40 da Lei de Mediação c/c arts. 3º, § 3º, 15, 174 e 175 do Código de Processo Civil) são apenas os exemplos mais evidentes do crescente consensualismo que vem modificando a Administração Pública contemporânea, atribuindo-lhe perspectivas mais negociais e mais mediadoras. **Teremos de aprender a lidar, cada vez mais, com essa realidade** inexorável." (peça 5)

19. Especificamente no caso da Lei 13.140/2015, existe previsão expressa de acompanhamento do processo de mediação pelo TCU, o que demonstra que a atuação aqui proposta, no mínimo, não é nada estranha às atribuições desta Casa. Registro, inclusive, a participação do nosso decano, eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues, na Comissão de Juristas responsável por opinar e orientar a formulação legislativa do então projeto de lei.

20. Mas é incorreto qualquer raciocínio que exija que a atuação desta Corte dependa de previsão legal expressa. Aliás, a fiscalização de editais de licitação por iniciativa própria, de acordos de leniência ou de pactuação de termos de ajustamento de condutas (TACs) não encontra previsão específica em lei ordinária, mas decorrem de interpretação do TCU sobre seu próprio mandato outorgado pela Constituição Federal de 1988.

21. Ora, ainda que não possam ser caracterizados como atos administrativos em sentido estrito, os atos negociais da Administração praticados no âmbito de um procedimento de mediação, quando envolvem transação de bens e recursos públicos, estão sujeitos à jurisdição do Tribunal. Cabe apenas avaliar a conveniência e a oportunidade de atuar caso a caso, com base em critérios de materialidade, relevância e risco.

22. Neste processo, essa decisão não cabe mais à unidade instrutora, eis que já foi tomada por este relator com o referendo do Plenário (sessão de 30/11, conforme peça 5). Afinal, poucos casos até hoje reuniram de maneira tão intensa os três requisitos que costumam justificar nossas ações (materialidade, relevância e risco). A própria SeinfraCOM reconhece isso no seu pronunciamento.

23. Todavia, até o momento nenhum ato de conteúdo decisório foi tomado por mim ou pelo Plenário neste feito, muito embora as etapas iniciais do processo de mediação já tenham ocorrido. Nesse contexto, as questões apresentadas pela SeinfraCOM poderão ser abordadas no momento próprio, quando houver questões de mérito a serem analisadas, considerando que a melhor hermenêutica sobre o alcance de institutos jurídicos não é feita *a priori*, de maneira abstrata, mas na aplicação efetiva, diante de problemas concretos que estejam submetidos à decisão jurídica.

24. Considero, por exemplo, precipitado estabelecer neste momento, seguindo a proposta, que escapa ao TCU qualquer papel deliberativo ou que os atos da Anatel prescindiriam de anuência desta Corte, dadas as irregularidades identificadas e a medida cautelar proferida na transação administrativa. Ao menos em tese, pode-se vislumbrar a possibilidade de adoção de medida cautelar por representação da equipe de fiscalização determinando que a Anatel deixe de proceder de determinada maneira na negociação. Em essência, isso não diferiria do que já foi feito em processos de acompanhamento de TACs e acordos de leniência (de minha relatoria, posso mencionar o TC 033.413/2015-0, assim como o Acórdão 245/2017-TCU-Plenário, nos quais o Tribunal determinou a adoção de alguma medida ainda na fase de negociação, antes da conclusão da deliberação em si).

25. Ademais, é improdutivo discutir eventual impropriedade que pudesse existir na utilização, pelo juiz da causa, da expressão "co-mediação" para caracterizar a participação do Tribunal, bem

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57919859.

como me parece descabida a pretensão de "corrigir" os termos utilizados por aquele juízo de recuperação no convite dirigido a esta Corte para acompanhar o caso.

26. Afora a inoportunidade e a contraproducência da "corrigenda" proposta, como estudioso do tema posso afirmar que não há qualquer inadequação na terminologia utilizada pelo douto juiz da recuperação judicial, até por força do art. 36, § 4º, da Lei 13.140/2015, cuja aplicação foi rejeitada pela unidade instrutora.

27. Não julgo que esteja afastada a incidência do dispositivo a controvérsias que envolvam órgãos ou entidades públicas, de um lado, e entes privados de outro, ainda que esse fato não interfira na nossa atuação vez que, como já frisei, a participação do TCU não depende de previsão legal expressa.

28. Com efeito, dispõe o referido dispositivo:

> "Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre **órgãos <u>ou</u> entidades** de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.
>
> (...)
>
> § 4º. Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou **do Ministro Relator**."

29. Ora, é regra elementar de hermenêutica jurídica que *"In eo quod plus est semper inest et minus"*, ou seja: quem pode o mais pode o menos. Se a lei de regência textualmente atribui ao Ministro Relator do TCU o poder de autorizar a mediação de conflitos que envolvam órgãos ou entidades públicos, evidentemente ele também pode acompanhar e supervisionar a mediação judicial, especialmente quando isso se dá em comum acordo com o poder judiciário.

30. Dessa forma, não vislumbro qualquer impropriedade na fórmula de "co-mediação" proposta pelo douto juízo de recuperação judicial.

31. Mas ainda assim, creio que devemos atentar mais ao conteúdo da atuação do Tribunal, e não às expressões utilizadas por terceiros para classificá-la. De se observar que os mediadores de direito já foram designados pelo juízo, conforme também comuniquei ao Plenário (em 15.3.2017), e estão atuando efetivamente no processo. Evidentemente, nem o TCU nem seus agentes estão desempenhando tal função.

32. Independentemente do termo utilizado pelo juízo, o que efetivamente se espera do Tribunal é o papel de "**acompanhamento**", "**supervisão**" e "**controle**", conforme revela a leitura atenta da comunicação do juízo a este relator (peça 1). Segundo meu despacho, os dois Auditores Federais de Controle Externo que estiveram presentes à primeira sessão foram designados para "**acompanharem a audiência**" (ressalto que, à peça 2, o negrito consta do original). E, conforme comuniquei ao Plenário em 15.3.2017, "cresce em importância o papel desta Corte na **supervisão da mediação em curso, de modo a preservar, sob a perspectiva do interesse público e da jurisprudência do TCU**, eventual acordo que se venha a obter" (conforme Ata 08, da sessão de 15.3.2017). Ou seja, até agora, não me parece que haja algum risco de que o Tribunal se arvore em efetivo mediador dos interesses em conflito.

33. Ainda num exercício de mera reflexão, somente vislumbro relevância nessa questão na remota hipótese de vir a ser solicitada do Tribunal alguma ação que escape suas competências, oportunidade na qual poderá vir a ser conveniente comunicar ao juiz e aos mediadores algo na linha sugerida pelo pronunciamento da SeinfraCOM.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57919859.

34. Quanto ao posicionamento da Secretaria de que somente serão acompanhados os atos proferidos por agentes da Anatel e da Procuradoria Federal que atua naquela agência, considero-o correto, uma vez que atos jurisdicionais escapam do controle exercido por esta Corte, mas não vejo razão para que esse entendimento conste de acórdão, ao menos nesta oportunidade, quando não há controvérsia quanto a isso.

35. Pelas razões expostas, rejeito, portanto, todas as propostas de "dar ciência" ao juízo e aos mediadores formuladas no despacho ora em apreciação.

36. Em verdade, a única informação relevante de ser ressaltada ao juiz da causa e aos mediadores, é a de que qualquer posicionamento do Tribunal depende de deliberação deste relator ou do Plenário da Corte, independentemente da designação de servidores para acompanhar os atos processuais. É certo que, seguindo minha orientação, essa questão foi expressamente frisada na audiência inicial, por sinal a única acompanhada por Auditores do Tribunal até este momento. Mas, julgo que, para maior segurança jurídica e eventual conformação de expectativas, é conveniente que essa informação passe a constar dos ofícios que designarem novos Auditores para o acompanhamento dos atos processuais relativos à mediação.

37. Por outro lado, estou de acordo que deve ficar a cargo da SeinfraCOM definir quais Auditores devem acompanhar a questão. Na primeira audiência, ao ser solicitado pelo juízo, designei formalmente o então titular da unidade, por considerar que, ao menos naquele primeiro momento, isso daria segurança e celeridade à ação do Tribunal. Nada impedia, entretanto, a meu ver, que o Secretário delegasse o encargo a algum subordinado. Mas, julgo adequado que, de fato, a própria SeinfraCOM avalie essa questão, de acordo com seu planejamento interno, sem prejuízo de eventual tratativa com a Segecex, desde que isso não implique prejuízo ao acompanhamento do processo.

38. De qualquer forma, isso não obsta a possibilidade de que o relator do processo designe assessor para estar presente nas audiências de mediação, sempre que julgar conveniente. Isso, evidentemente, não implica participação na fiscalização, não viola qualquer garantia de independência da unidade instrutora e, ao contrário, pode dar celeridade à decisão do Tribunal. Aliás, no âmbito do TC 005.084/2015-6, autorizei que o Procurador Júlio Marcelo de Oliveira indicasse assessor para acompanhar processo de negociação de acordo de leniência que então era negociado pela CGU.

39. Por fim, informo que foi me solicitado pelos mediadores que designasse os servidores que acompanhariam reunião realizada na Anatel na data de 15.8.2017. Movida por esse fato processual, a SeinfraCOM ingressou com o despacho ora em exame. Como não estava de acordo com as ponderações apresentadas, considerei inoportuno que o Tribunal acompanhasse tal reunião, antes que essas propostas fossem apreciadas pelo Plenário.

40. Ante o exposto, voto por que o Tribunal restitua os autos para que a SeinfraCOM proceda à continuidade do acompanhamento, conforme minuta de Acórdão que submeto à apreciação do colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 16 de agosto de 2017.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57919859.

ACÓRDÃO Nº 1790/2017 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 033.612/2016-1.
2. Grupo II – Classe de Assunto: V - Acompanhamento
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado (manifestação oral).
7. Unidade Técnica: Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM).
8. Representação legal:
8.1. Daniel Andrade Fonseca e outros, representando Agência Nacional de Telecomunicações.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de acompanhamento do processo de mediação entre o Grupo Oi S/A e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), no âmbito do processo de recuperação judicial 020376511.2016.8.19.0001 em curso na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro;

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

9.1. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) deste Tribunal que:

9.1.1. expeça portaria de fiscalização indicando os auditores da unidade que realizarão o acompanhamento da mediação entre a Anatel e o Grupo Oi;

9.1.2. informe ao juízo de recuperação e aos mediadores, nos próximos ofícios que vierem a ser expedidos com a finalidade de indicar servidores para acompanhar as próximas audiências, que qualquer deliberação do Tribunal depende de manifestação do relator ou de seus órgãos colegiados, independentemente da presença de auditores nos atos em curso no âmbito do processo de recuperação judicial 020376511.2016.8.19.0001;

9.2. restituir os autos à SeinfraCOM para que seja dada continuidade ao acompanhamento.

10. Ata n° 31/2017 – Plenário.
11. Data da Sessão: 16/8/2017 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1790-31/17-P.
13. Especificação do quorum:
13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Bruno Dantas (Relator) e Vital do Rêgo.
13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.
13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MÚCIO MONTEIRO
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral, em exercício

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 57919862.