



CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROJETO DE LEI N.º 5.810, DE 2013

(Do Sr. Salvador Zimbaldi)

Dispõe sobre a transparência na tomada de decisão no âmbito das agências reguladoras.

DESPACHO:

APENSE-SE À(AO) PL-2275/2003.

APRECIÇÃO:

Proposição sujeita à apreciação do Plenário

PUBLICAÇÃO INICIAL

Art. 137, caput - RICD

O Congresso Nacional decreta:

Art.1º Os atos praticados no âmbito das agências reguladoras referentes à tomada de decisão, mesmo que interlocutórias, serão públicos e disponibilizados no sítio da entidade em até cinco dias após a tomada da referida decisão.

Art. 2º Dos atos praticados no âmbito das Agências Reguladoras caberá recurso ao seu respectivo Conselho Diretor ou órgão correlato, interposto por interessado ou por membro da própria agência, respeitado a forma e os prazos estabelecidos na Lei n º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Art. 3º As reuniões deliberativas do Conselho Diretor ou órgão correlato das Agências Reguladoras serão públicas e gravadas em meio eletrônico.

§ 1º Somente serão objeto de deliberação nas reuniões deliberativas do Conselho Diretor ou órgão correlato as matérias que constem da pauta divulgada previamente com antecedência mínima de cinco dias úteis na sede da agência e seu sítio na internet.

§ 2º A gravação e a ata de cada reunião deliberativa devem ser disponibilizadas aos interessados na sede da Agência e no seu sítio na Internet, até cinco dias úteis após o encerramento da Reunião.

§ 3º A gravação e a ata devem permanecer na Internet pelo prazo mínimo de um ano.

Art. 4º Não se aplica o disposto nesta Lei aos atos e às reuniões deliberativas que versem sobre documentos ou processos classificados como sigilosos, na forma da Lei.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A Constituição Federal, ao adotar a publicidade dos atos como princípio basilar da Administração Pública, fê-lo com a necessidade de dotar o Poder Público da transparência necessária para que a sociedade acompanhe todos os seus atos. O princípio da publicidade é, pois, ínsito ao Estado Democrático de

Direito, tornando a transparência, por conseguinte, um dever da Administração Pública e um direito da sociedade.

Na prática, esse princípio está explícito no art. 5º, XXXIII da Constituição Federal, que garante a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão postadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Como corolário desse princípio é que foi editada a Lei nº. 12.527/2011, que regulamenta o mencionado dispositivo constitucional, dispondo sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações e à transparência pública. Ao regime da lei subordinam-se não só os órgãos da administração direta, como também os órgãos da administração indireta, como fundações, empresas de economia mista, empresas públicas e autarquias, nas quais se incluem as agências reguladoras, objeto da presente proposição.

Mesmo assim, ainda se verifica em muitas agências reguladoras não obedecem aos princípios básicos de transparência na justificação de seus atos, mormente nas decisões contra particulares em processos administrativos, uma vez o conteúdo não chega a ser publicado em órgãos ou sites de transparências, contrariando a legislação e afrontando o princípio constitucional da publicidade.

Dentre os atos que fogem ao controle da transparência, podemos citar: não divulgação das pautas prévias das reuniões; falta de elaboração de atas dos encontros; ausência de requisitos mínimos de transparência de seus processos decisórios.

Ressalte-se que a ausência de publicidade no acompanhamento do processo decisório no âmbito de algumas agências reguladoras é uma falta grave e que deve ser corrigida, por intermédio do estabelecimento de requisitos mínimos de transparência do processo decisório das agências.

Por conta disso, o objetivo da presente proposição é adicionar às regras e às práticas que regem o processo regulatório, procedimentos e normas que permitam que esta regulação se torne transparente e, por conseguinte, legítima, a

fim de dotar os atores envolvidos de informações necessárias para que possam acompanhar as decisões tomadas por esses órgãos.

Convém assinalar que o Tribunal de Contas da União –TCU- realizou auditoria operacional para aferir a governança das agências reguladoras de infraestrutura no Brasil. A Corte de Contas constatou a ausência de transparência na publicidade do processo decisório e recomendou às agências, por meio do Acórdão n. 2.261/2011, que viabilizassem os meios necessários para suprir essa falha.

Ademais, a publicidade das decisões emitidas pelas agências reguladoras é condição essencial para o *accountability* das ações do poder público, pois leva em conta não só fortalecer os mecanismos de controle social, como também despertar a consciência da correta utilização dos recursos públicos e da necessidade de prestação de contas transparentes.

Em razão disso, conto com o apoio dos nobres pares para a aprovação rápida do presente projeto de lei.

Sala das Comissões, 20 de junho de 2013.

Deputado **SALVADOR ZIMBALDI**
(PDT/SP)

**LEGISLAÇÃO CITADA ANEXADA PELA
COORDENAÇÃO DE ESTUDOS LEGISLATIVOS - CEDI**

**CONSTITUIÇÃO
DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
1988**

.....
**TÍTULO II
DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

**CAPÍTULO I
DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS**

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXX - é garantido o direito de herança;

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus* ;

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII - conceder-se-á *habeas data* :

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil de nascimento;

b) a certidão de óbito;

LXXVII - são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. ([Inciso acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. ([Parágrafo acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. ([Parágrafo acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

CAPÍTULO II DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. ([Artigo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000](#)) e ([Artigo com nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010](#))

.....

.....

LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999

Regula o processo administrativo no
âmbito da Administração Pública Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

§ 1º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;

II - entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;

III - autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011

Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei:

I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público;

II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Parágrafo único. A publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no caput refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Identificação

Acórdão 2261/2011 - Plenário

Número Interno do Documento

AC-2261-35/11-P

Grupo/Classe/Colegiado

GRUPO I / CLASSE II / Plenário

Processo012.693/2009-9 **Natureza**

Solicitação do Congresso Nacional

Entidade

Entidades: Agência Nacional de Águas - MMA; Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC/ MD; Agência Nacional de Energia Elétrica - MME; Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL - SEDE - MC; Agência Nacional de Transportes Aquaviários - MT; Agência Nacional de Transportes Terrestres - MT; Escritório Central da ANP/RJ - MME

Interessados

Interessado: Tribunal de Conta da União - TCU; Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados

Sumário

AUDITORIA DE NATUREZA OPERACIONAL. GOVERNANÇA REGULATÓRIA NO ÂMBITO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE INFRAESTRUTURA. OPORTUNIDADES DE MELHORIA. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. IDENTIFICAÇÃO DE BOAS PRÁTICAS. DISSEMINAÇÃO. COMUNICAÇÃO

Assunto

Solicitação do Congresso Nacional

Ministro Relator

JOSÉ JORGE

Representante do Ministério Público

não atuou

Unidade Técnica

Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação - 1 (SEFID-1)

Advogado Constituído nos Autos

não há

Relatório do Ministro Relator

Trata-se de solicitação do Congresso Nacional por meio da qual foi encaminhado ao Tribunal o Requerimento nº 156/2009, de autoria do Deputado Sílvio Torres, então presidente da

Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, segundo o qual é pleiteada auditoria para aferir "a governança das agências reguladoras de infra-estrutura no Brasil, de forma a identificar eventuais riscos e falhas estruturais, que possam comprometer o alcance dos objetivos da regulação estatal, e propor soluções de natureza operacional e legislativa, para fortalecer o modelo regulatório atual".

2. Autorizada a fiscalização, a Secretaria de Fiscalização de Desestatização - SEFID elaborou as matrizes de planejamento, as quais foram submetidas ao crivo da referida comissão, para conhecimento e manifestação. Foram realizados, também, workshop e painel de referência com vistas a dar consistência e transparência aos trabalhos de campo.

3. Ato contínuo, ajustado com o requerente o escopo dos trabalhos, a SEFID iniciou os trabalhos de campo, os quais foram sintetizados no relatório de folhas 1003/1135 que, ante a importância e profundidade com que as questões de auditoria foram tratadas, peço vênias para transcrever, no essencial, com os ajustes de forma que entendo aplicáveis:

"INTRODUÇÃO

1. A presente auditoria de natureza operacional tem como objeto a análise da governança regulatória das agências reguladoras federais de infraestrutura, quais sejam: Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel; Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP; Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel; Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT; Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq; Agência Nacional de Aviação Civil - Anac e Agência Nacional de Águas - ANA. Nos termos deste Relatório de auditoria, a utilização da palavra Agência congrega tão somente as entidades supramencionadas.

2. A expressão governança se apresenta com diferentes significados na literatura especializada e em textos técnicos. Além disso, tem aplicação em variados campos, com sentidos diferentes. É preciso, portanto, precisar o seu significado no contexto em que aqui foi aplicada. Governança regulatória são as regras e as práticas que regem o processo regulatório, a sistemática de interação entre os atores envolvidos e o desenho institucional no qual estão inseridas as agências, bem como os meios e instrumentos utilizados pelos reguladores em prol de uma regulação eficiente, transparente e legítima. O termo engloba outros atores, como os ministérios vinculados, conselhos formuladores de políticas setoriais e outros entes cuja atuação tem impacto na configuração do ambiente regulatório nacional.

3. A atuação dos reguladores setoriais, em busca da consecução dos objetivos institucionais para os quais foram criados, está sujeita a influências e a restrições que nem sempre estão sob seu controle. Assim, não se pode pensar em governança regulatória de forma unicamente centralizada nas agências reguladoras - AR, embora sejam atores fundamentais do processo.

4. A atividade regulatória dos serviços de infraestrutura interfere na vida de dezenas de milhões de brasileiros e gera significativos impactos de ordem econômica, social e ambiental. A atuação dos diversos atores envolvidos nessa atividade tem sido objeto de questionamentos e críticas, por parte da sociedade e de diversos entes governamentais, quanto à qualidade e à efetividade da governança regulatória. Nesse contexto, o Congresso Nacional, por intermédio da

Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (Ofício nº 155/2009-CFFC-P, fl. 1), solicitou uma avaliação da governança da atividade regulatória.

5. O Tribunal de Contas da União - TCU autorizou o início dos trabalhos da auditoria por meio do Acórdão nº 1.676/2009 - Plenário (fls. 24/25).

6. Não consta ter havido outras auditorias do TCU sobre o mesmo objeto - governança regulatória. Contudo, registre-se que a Corte de Contas vem acompanhando as atividades desenvolvidas pelas agências federais desde a sua criação, baseada na atuação especializada da Secretaria de Fiscalização de Desestatização - Sefid. Ademais, o Tribunal já realizou diversas auditorias de natureza operacional nas agências, das quais enumeramos algumas auditorias recentes, apresentadas em tabela aposta no Apêndice B.

7. A literatura sobre o tema, embora ainda escassa, associada à expertise do TCU sobre regulação, indicaram algumas dimensões inerentes a uma adequada governança regulatória, tais como: autonomia das agências para exercerem suas prerrogativas; clara definição de responsabilidades e de objetivos; estabilidade das regras; transparência de todo o processo regulatório, seus princípios e suas abordagens; recursos financeiros e capital humano adequados; processo decisório consistente e que evite arbitrariedades; participação e controle social; prestação de contas; acesso aos meios e instrumentos regulatórios apropriados para tomar medidas; não-discriminação; coerência das decisões.

8. Considerando limitações de recursos humanos e de tempo, e após debates internos, consultas à literatura especializada e a especialistas, a equipe de auditoria concentrou esforços em alguns pontos, buscando atender de maneira satisfatória a demanda do Congresso Nacional. Relevante destacar que o escopo detalhado da auditoria, constante da matriz de planejamento, foi encaminhado à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (ora solicitante), para conhecimento e manifestação, caso entendesse conveniente, sobre a pertinência das questões de auditoria propostas. Representantes desta Comissão também foram convidados e estiveram presentes em workshop e Painel de Referência realizados na fase de planejamento, eventos estes que tiveram, entre seus objetivos, dar transparência e consistência aos trabalhos. O conhecimento prévio do escopo da auditoria por parte da Comissão solicitante foi importante na medida em que o tema governança regulatória é bastante amplo. Assim, o objetivo da auditoria foi de avaliar a governança regulatória nas dimensões: competências regulatórias, autonomia, mecanismos de controle, de gestão de riscos e de avaliação de impacto regulatório.

9. O escopo da auditoria foi dividido nas dimensões acima referenciadas, de forma a sistematizar a coleta e a análise dos dados, tornando mais claro e objetivo os achados de auditoria. Importante destacar que as dimensões, apesar de claramente delimitadas no relatório, não são estanques, muito pelo contrário, elas se entrelaçam e buscam formar um conjunto harmonioso de análise.

10. Apesar da delimitação do escopo, o tema é bastante complexo e constatou-se a diversidade de abordagem das agências quanto a várias das questões auditadas. A equipe, à falta de critérios claros e consolidados (limitação de auditoria), buscou-os na escassa literatura sobre o

tema, em processos de benchmarking internacional, na detecção de boas práticas das próprias agências e na experiência e entendimentos desta Corte, quando existentes.

11. Ademais, observou-se a inexistência de uniformidade de tratamento legal quanto a temas afins, sendo que as leis de criação das agências regulam, muitas vezes de maneira diversa, pontos tratados neste relatório. Nesse particular, cumpre registrar a tramitação do Projeto de Lei nº 3.337/2004 no Congresso Nacional, que busca equalizar inúmeras questões institucionais atinentes aos entes reguladores.

12. Tendo em mente as incontestáveis diferenças de atribuições e responsabilidades inerentes a cada um dos reguladores setoriais auditados, com repercussões nas relações desses entes e os stakeholders (partes interessadas) envolvidos na atividade regulatória, o presente trabalho de auditoria buscou uma análise transversal das dimensões selecionadas nas agências em destaque. Se a falta de critérios explícitos constituiu-se em uma limitação do trabalho, o mapeamento dos mesmos pontos em todos os entes foi extremamente útil para a detecção de boas práticas.

13. A presente auditoria valeu-se de ampla coleta de informações por meio de diligências encaminhadas aos entes auditados, bem como por meio de entrevistas de gestores das agências setoriais em tela. Insta registrar que na fase de planejamento a equipe já havia promovido significativo levantamento de dados, como se depreende do projeto de auditoria, apostado às fls 28/61 dos autos.

14. O relatório apresenta, na próxima sessão, uma visão geral - contextualização do tema, descrição de características fundamentais do objeto da auditoria e correlações com os objetivos da auditoria. A sessão subsequente apresenta os capítulos principais do relatório, que contém as análises, as evidências e o relato articulado dos achados de auditoria, bem como as propostas de encaminhamento sugeridas. Segue uma outra sessão que consolida as análises dos comentários dos gestores. Finalmente, as duas últimas sessões são a conclusão e as propostas de encaminhamento.

VISÃO GERAL

15. A década de 90 no Brasil foi caracterizada por uma profunda reestruturação do aparato administrativo do Estado, marcada por uma reorientação político-administrativa onde os entes governamentais intensificaram o uso de mecanismos de delegação de atividades até então assumidas de maneira quase que exclusiva pelo aparelho estatal.

16. A partir das privatizações das empresas estatais e das delegações da exploração de serviços públicos à iniciativa privada, implantou-se um novo modelo, em bases legais, onde o Estado passou a regular a prestação desses serviços, em vez de ser ele mesmo o provedor direto.

17. A criação das agências reguladoras insere-se nesse contexto de mudança do papel do Estado, onde a administração pública redefine sua gerência, suas responsabilidades e sua relação com vários setores da economia. As agências foram concebidas como entidades menos suscetíveis a interesses políticos ocasionais, capazes de promover uma regulação contínua e coerente, que não incorra em problemas de continuidade devido a mudanças de governo. O objetivo relacionado à origem dos reguladores setoriais foi a criação de um ambiente estável e

seguro, que permitisse a atração de investimentos produtivos, a satisfação de necessidades de serviços públicos, o crescimento econômico, o desenvolvimento tecnológico e a geração de empregos.

18. Criadas como autarquias especiais, dotadas de personalidade jurídica de direito público interno, são entes que, segundo suas leis de criação, gozam de autonomia financeira e administrativa, vinculados e não subordinados hierarquicamente a um determinado ministério. A aludida autonomia administrativa e financeira são condições para a autonomia do processo decisório, que deve se calcar eminentemente em critérios técnicos.

19. Grotti (2006) assevera que as agências possuem um amplo poder normativo, outorgado pelos diversos diplomas normativos que as instituíram, cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório e o de dirimir conflitos de interesses entre os stakeholders. A não subordinação ao Executivo busca assegurar uma regulação imparcial, dotada de maior proteção contra as ingerências meramente políticas, que poderiam prejudicar o funcionamento ideal de um modelo competitivo e ainda afugentar o investimento privado, tão essencial no novo modelo de redefinição do papel do Estado.

20. Em se tratando de serviços públicos (inclusive os de infraestrutura), é patente o dever do Estado de regulamentar as condições de delegação das atividades, disciplinar as condições que devem nortear a prestação desses serviços essenciais e fiscalizar a execução dos mesmos.

21. Não obstante a obrigação decorrente da titularidade jurídica estatal sobre tais atividades, a regulação também se mostra fundamental pelo fato de que grande parte dos bens e serviços públicos são monopólios ou monopólios naturais. Ainda, dada a relevância da prestação dos serviços, as imperfeições porventura existentes no mercado concorrencial podem levar a resultados e desequilíbrios indesejáveis, de sorte que a regulação se faz necessária para tentar corrigir essas distorções e proteger os usuários dos serviços de eventuais abusos de poder econômico por parte dos agentes privados prestadores dos serviços. A atividade regulatória também se mostra relevante como indutora da universalização dos serviços de infraestrutura.

22. A criação de agências autônomas rompe com a forma de intervenção regulatória tradicional feita diretamente pelos ministérios. A inovação institucional teve a clara função de aprimorar a governança regulatória, face a sinalização de não interferência política indevida no processo decisório de definição e aplicação de normas regulatórias.

23. Tais questões ganham relevância fundamental quando se relacionam à oferta de serviços públicos de infraestrutura, que demandam elevados volumes de investimento, associados a longos prazos de retorno. Ademais, expressivas parcelas dos investimentos traduzem-se em custos afundados, tendo em vista a especificidade dos ativos envolvidos. Estes fatores justificam o receio dos investidores em aplicar seus recursos em tais atividades, caso não tenham uma clara definição de direitos de propriedade, marcos regulatórios estáveis e garantias institucionais de sua correta aplicação.

24. Ressalte-se, ainda, que são setores cuja relação custo-benefício privado tende a ser inferior à social, o que gera um volume e uma taxa de investimento inferior ao que seria socialmente desejável, além de serem fontes de fortes externalidades.

25. Ante o cenário exposto, um ambiente regulatório eficiente é condição indispensável para que a oferta dos serviços de infraestrutura seja satisfatória. Ao prover regras claras e estáveis, particularmente na fixação das tarifas, ele atenua a incerteza dos investidores e incentiva a entrada do capital privado. Ao remover as restrições à entrada de novos competidores, ao assegurar o acesso das novas firmas às redes de transmissão e de transporte e ao fixar tarifas que incentivem inovações tecnológicas e economia de custos, estimula a competitividade e a eficiência no interior da indústria. Na presença de monopólios naturais, permite que a sociedade se beneficie da eficiência produtiva - economias de escala e minimização de custos - sem incorrer nos custos do poder de monopólio - fixação de tarifas em níveis superiores ao custo médio.

26. Importante destacar, por oportuno, que sem alguns requisitos, inputs, traduzidos em uma boa governança, dificilmente pode-se conceber um processo regulatório capaz de atingir os objetivos hodiernamente esperados da regulação.

27. Por fim, resta transparente que o trabalho não teve o objetivo de avaliar a efetividade da regulação dos setores de infraestrutura, e sim a de trazer uma visão sistêmica dos meios, dos processos, instrumentos e até mesmo do desenho institucional que hoje, efetivamente, compõem a realidade do processo regulatório e que, sem dúvida, são requisitos indispensáveis para uma boa regulação.

COMPETÊNCIAS REGULATÓRIAS

28. As atividades regulatórias são parte de um sistema mais amplo que precisa ser entendido como um todo. Isso quer dizer que se deve considerar a arquitetura institucional existente e as diferentes relações entre os diversos atores envolvidos, como conselhos setoriais, ministérios e agências reguladoras.

29. A dinâmica de interação eficiente entre os diferentes agentes é fundamental para a qualidade da governança regulatória e para a efetiva formulação e implementação das políticas públicas de infraestrutura. Assim, uma estrutura legal que estabeleça as "competências certas" para as "instituições certas" é peça-chave para o funcionamento efetivo da regulação estatal.

30. Nesse sentido, fez-se necessário identificar como as competências estão definidas para os diversos atores envolvidos na atividade regulatória, de forma a evidenciar eventuais lacunas regulatórias, falta de clareza, sobreposições de competências ou inoperância no exercício dos papéis institucionais. Ou seja, um dos objetivos da auditoria foi construir um diagnóstico, dentro de cada setor, de como as competências finalísticas da regulação (definição de políticas públicas e diretrizes estratégicas, outorgas, fiscalização etc.) estão distribuídas entre os diferentes agentes e, a partir desse mapeamento, identificar se existem problemas relacionados à definição dessas competências.

Distribuição de Competências Regulatórias

31. Com base na legislação vigente e em indagações feitas aos diversos envolvidos no processo regulatório, foi feito um mapeamento que identificou, dentro dos setores de infraestrutura

analisados, como estão definidas as competências dos atores que participam da atividade regulatória. A análise procurou identificar, dentro do marco regulatório dos setores de energia elétrica, petróleo, telecomunicações, transporte terrestre, transporte aquaviário, aviação civil e águas, que instituições detêm a competência por cada etapa do processo regulatório. A Tabela constante do Apêndice I resume as análises desse mapeamento e permite tirar algumas conclusões.

32. Observou-se, inicialmente, que não há lacunas ou sobreposições de competências regulatórias significativas nos setores regulados.

33. Dentro desse contexto, merece destaque o setor de transporte aquaviário, no qual algumas competências regulatórias estão divididas entre diferentes agentes. A definição das diretrizes gerais do processo licitatório, por exemplo, são estabelecidas pela Secretaria Especial de Portos (SEP) e pelo Ministério dos Transportes (conforme atribuições de cada órgão). No entanto, a Antaq também define algumas diretrizes específicas no que se refere aos estudos de viabilidade do empreendimento em arrendamentos portuários. Ademais, na definição das tarifas portuárias, atuam concomitantemente a Antaq, as Autoridades Portuárias e o Conselho de Autoridade Portuária (CAP).

34. A Agência Nacional de Energia Elétrica também indicou que as Leis nº 10.847/2004 e 10.848/2004 e seus desdobramentos deixaram algumas indefinições "operacionais" de ações como: aprovação de estudos e projetos de geração; preparação e realização de leilões de licitação de energia; decisões relacionadas às regras de despacho de usinas e consequente mobilização dos sistemas de transmissão.

35. Ainda merece registro a manifestação da Anatel de que existe um debate acerca da competência da agência em estabelecer sanções às prestadoras de serviços de radiodifusão, sobre questões relacionadas ao uso do espectro de radiofrequências e a certificação de equipamentos de telecomunicações, sendo que o Ministério das Comunicações entende que à Anatel cabe tão somente fiscalizar, e ao Ministério das Comunicações aplicar sanções. Segundo a percepção da Agência, também existem conflitos de competência entre as agências e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

36. De qualquer forma, as particularidades supra descritas se restringem a determinados detalhes dos respectivos setores e não comprometem a percepção geral de que os papéis regulatórios definidos para os setores de infraestrutura brasileiros não contêm vácuos ou sobreposições de funções.

37. Outro ponto importante da análise se refere à concentração do poder de outorga. Ao se comparar os diversos setores de infraestrutura, observou-se que, exceção feita ao setor elétrico, as diferentes legislações distribuem as competências regulatórias entre conselhos, ministérios e agências reguladoras de uma forma homogênea, caracterizada pela atribuição ao poder concedente, representado pelos conselhos e ministérios, da prerrogativa de definição de diretrizes estratégicas e de planejamento de longo prazo, deixando para as agências o poder de outorga, contratação, normatização e fiscalização técnico-financeira.

38. No setor elétrico, diferentemente dos demais setores, os poderes de outorga estão a cargo do poder concedente, ao qual compete a definição do plano de outorgas, a definição das diretrizes do processo licitatório, o desenho dos contratos e a execução das licitações.

39. Em um modelo ideal de Estado Regulador, definir a política pública do setor compete ao poder concedente, enquanto os entes reguladores autônomos devem assumir o encargo da implementação das diretrizes estratégicas definidas. É certo que a fronteira entre política pública e regulamentação, muitas vezes, não é tão clara, de forma que a elaboração dos planos de outorga e a definição das diretrizes da licitação podem conter elementos de decisão políticos, assim como técnicos.

40. Segundo Pereira e Correa, o desenho original das agências reguladoras concedeu tanto o poder de outorgar serviços públicos, como o poder de desenhar os contratos de concessão à Anatel, Aneel, ANP, ANTT, Antaq, Anac e ANA. Estes poderes conferiram às agências reguladoras a capacidade de ter um papel importante na definição da entrada de novos agentes em mercados controlados e no estabelecimento dos detalhes da moldura regulatória, partindo da premissa de que só quem conhece as minúcias do contrato, quem o preparou, pode fiscalizar bem os serviços concedidos.

41. No caso da Aneel, a Lei nº 10.848/2004 introduziu o artigo 3º- A e alterou o artigo 3º da Lei nº 9.427/1996, atribuindo ao Poder Concedente (representado pelo Ministério de Minas e Energia - MME) a competência de elaborar o plano de outorgas, definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios, promover as licitações e celebrar os contratos destinados à contratação de concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica.

42. Destaque-se que existe a possibilidade de delegação dessas competências para a Aneel, o que efetivamente foi implantado pelo Decreto nº 4.970/2004, provavelmente pelo fato de a Agência já ter o domínio técnico na operacionalização desses processos. No entanto, ainda assim o MME permanece com influência sobre as decisões de outorga, pois sempre poderá avocar essas competências.

43. É preciso ressaltar que o atual modelo de divisão de competências do setor elétrico é fruto de uma escolha de política pública materializada pela vontade legislativa, não havendo nenhuma irregularidade no referido modelo. Além disso, deve-se reconhecer que a definição dos empreendimentos a serem outorgados no setor elétrico envolve componentes de política pública e de decisões estratégicas de Estado, como a construção de diretrizes que impactam a definição da matriz energética, de incentivos para desenvolvimento econômico regional, entre outros.

44. A escolha do modelo institucional que atribui poderes de outorga ao poder concedente ou às agências reguladoras deve levar em conta as vantagens e desvantagens de cada modelo, tendo em mente a realidade de cada setor.

45. Com base nos elementos levantados nessa auditoria, não foi possível chegar a uma conclusão sobre a adequação do desenho institucional do setor elétrico ou de outros setores

de infraestrutura. Essa avaliação depende de estudos mais aprofundados, dentro de cada setor, o que motiva o desenvolvimento de trabalhos futuros sobre o assunto.

Conselhos Setoriais

46. A análise de deliberações dos conselhos setoriais revelou que alguns destes não estão sendo hábeis, em termos gerais, de fornecer diretrizes estratégicas que orientem os reguladores e delimitem objetivos de longo prazo a serem atingidos. O caso mais explícito é o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (Conit).

47. Um dos aspectos trabalhados pela equipe de auditoria foi a busca e a identificação de eventuais atores inoperantes quanto às suas competências regulatórias. Em outras palavras, mesmo com as responsabilidades bem definidas, o ente não está exercendo suas atribuições.

Tabela 1 - Número de deliberações ao ano dos conselhos setoriais

2009 2008 2007 2006 2005 2004 2003 2002 2001

CNPE 9 11 8 5 4 1 10 20 7

CNRH 8 14 14 12 10 11 4 13 4

CONIT 1 0 0 0 0 0 0 0 0

CONAC 8 7 26 0 0 0 18 0 0

Fonte: Sítios na internet do CNPE, CNRH e Conac

48. O Conit, criado em 2001, passou oito anos inoperante e se reuniu pela primeira vez em 24/11/2009 - a inoperância do referido conselho representa fator determinante para a manutenção de indefinições que contribuem para a falta de harmonização das políticas de transportes.

49. A inoperância dessa instituição já foi objeto de análise do TCU, como no Acórdão nº 1034/2008-Plenário, no qual foi constatado que o não funcionamento do Conit implica na falta de decisões estratégicas que permitem levar à integração dos transportes e à harmonização das políticas de infraestrutura.

50. De acordo com o relatório do Tribunal, o Conit deveria ser o principal organismo estratégico para a implementação da referida política setorial. A atribuição principal desse conselho seria propor ao Presidente da República políticas nacionais de integração dos diferentes modos de transporte de passageiros e de cargas, conforme definido no art. 5º da Lei nº 10.233/2001. A missão do Conit é de alta relevância estratégica para a infraestrutura do país, pois representa a instância de mais alto nível consultivo e decisório em relação à estrutura, operação e manutenção eficiente da matriz de transportes.

51. Além desse julgado, a falta de funcionamento do Conit já havia motivado recomendação deste Tribunal à Casa Civil, conforme item 9.4.1 do Acórdão nº 1.926/2004 - Plenário, por ocasião de auditoria operacional na Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. O TCU recomendou à Casa Civil que desse pleno funcionamento ao conselho, ao qual compete propor políticas nacionais de integração dos diferentes modos de transporte.

52. O vácuo deixado pelo Conit prejudica a ação dos reguladores nos setores de transportes terrestres e aquaviários (ANTT e ANTAQ), que carecem de diretrizes para direcionar sua atuação.

53. Destaque-se que o fato de as evidências constatadas atestarem mais veementemente o não funcionamento do Conit (houve apenas uma reunião em nove anos desde sua criação) não significa que os conselhos dos demais setores sejam efetivos, mas apenas ressalta a gravidade do problema do primeiro.

54. De uma forma geral, os conselhos setoriais dos setores de infraestrutura brasileiros ainda têm que avançar para serem capazes de fornecer diretrizes estratégicas que orientem os entes reguladores e delimitem objetivos de longo prazo a serem atingidos.

55. Ante o exposto, sugere-se determinar à Casa Civil que tome providências no sentido de operacionalizar os Conselhos Setoriais de infraestrutura, de forma que eles sejam capazes de orientar as agências reguladoras e delimitar objetivos e metas de longo prazo a serem alcançadas.

AUTONOMIA

56. As agências reguladoras devem atuar objetivamente, ou seja, como agentes responsáveis pela implementação de políticas públicas definidas pelo Executivo e pelo Legislativo. Para tanto, é preciso que sejam autônomos. A autonomia é importante para que seu processo decisório seja técnico e imparcial, livre de ações externas indevidas. Caso contrário, poderão ocorrer consequências danosas para a atividade regulatória, já que o regulador, se capturado, perderá a necessária posição de equidistância em relação às partes envolvidas.

57. O objetivo específico da presente dimensão foi de avaliar se existem mecanismos/instrumentos suficientes para garantir a autonomia financeira e a autonomia decisória das agências.

58. Nesse sentido, foram estudados os aspectos orçamentários para avaliar o grau de autonomia financeira das agências reguladoras, bem como foram analisados os aspectos legais inerentes à autonomia decisória destas.

AUTONOMIA FINANCEIRA

59. O Decreto-Lei nº 200/1967 define autarquia como entidade pertencente à administração indireta, dotada de personalidade jurídica própria, criada por lei, com patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeira, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizadas.

60. As agências são autarquias especiais, diferenciadas das demais autarquias devido às características específicas que suas leis de criação lhes atribuíram. São entidades que devem ou deveriam possuir uma maior autonomia em relação às autarquias comuns, notadamente no que se refere à autonomia financeira, obtenção e gestão de recursos.

Processo Orçamentário

61. As leis de criação das agências reguladoras preveem expressamente a autonomia financeira como uma característica própria dessas entidades. A despeito da previsão legal, elas se submetem aos ditames gerais do processo orçamentário e não existem mecanismos especiais que as diferenciem de outras unidades orçamentárias.

62. As agências são unidades orçamentárias, vinculadas a órgãos setoriais (ministérios vinculadores). Consoante o Manual Técnico Orçamentário de 2010, a proposta

orçamentária das agências segue o rito geral dos órgãos da administração federal. A proposta é elaborada pelo próprio ente a partir de limites orçamentários fixados pela Secretaria de Orçamento Federal (SOF), do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), tendo em conta a previsão de arrecadação e o cumprimento da meta de superávit primário estipulada pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

63. Observou-se que as agências reguladoras possuem liberdade para definir programas, ações e sua proposta orçamentária, bem como o montante de recursos a serem a elas destinados. Porém, as propostas devem observar os limites orçamentários repassados pela SOF aos ministérios vinculadores e, em última instância, por eles definidos.

64. A elaboração da proposta orçamentária da Agência se inicia nas superintendências responsáveis pelas ações, que dispõem de relativa liberdade para alteração das ações e programas que lhes competem e é consolidada na superintendência de administração e finanças. Após aprovação pela diretoria colegiada, a proposta é encaminhada à setorial de orçamento do respectivo ministério vinculado, onde ocorre nova consolidação. Há ainda uma consolidação de todos os órgãos da Administração Federal feita na SOF/MPOG.

65. Sendo assim, a proposta orçamentária é submetida à aprovação do órgão setorial, o que estabelece a necessidade de um bom relacionamento para que esta seja acolhida razoavelmente nos termos propostos e também para que depois sejam descentralizados os recursos necessários, pois, sendo uma unidade orçamentária, tem de disputar recursos com as demais unidades vinculadas ao mesmo ministério.

66. Em entrevistas com os gestores das agências, a equipe de auditoria questionou sobre as vantagens e as desvantagens dessas autarquias tornarem-se órgãos setoriais. Em termos gerais, foi expresso o entendimento de que haveria a vantagem de se poder negociar diretamente com a SOF a proposta orçamentária, sem intermediação do respectivo ministério vinculador. Ademais, quando da descentralização de recursos, não precisariam disputar com outras unidades orçamentárias os limites outorgados aos ministérios. Tal conformação ofereceria maior autonomia para defenderem suas necessidades perante o órgão de planejamento. Registre-se que uma agência reguladora indicou que poderia perder força se tivesse que negociar diretamente com a SOF, pois entende que o ministério vinculador compreende melhor suas necessidades e tende a ser mais sensível às suas demandas.

67. A equipe de auditoria entende que a transformação das agências em órgãos setoriais lhes proporcionaria maior autonomia, tendo em vista que poderiam negociar diretamente suas propostas orçamentárias com a SOF e não concorreriam com outros órgãos pelos recursos descentralizados aos ministérios vinculados. Tal conformação também mitigaria o risco de o ministério influenciar as ações das agências por meio de restrições orçamentárias.

68. Nesse sentido, tendo em vista a previsão legal de que são autarquias especiais dotadas de autonomia financeira, entende-se que a caracterização das agências em órgãos setoriais, desvinculando seus orçamentos dos respectivos ministérios vinculados, dotaria tais entes de maior autonomia.

Descentralização de Recursos

69. Apesar da previsão de autonomia financeira inerente às agências, não existem mecanismos formais que garantam maior estabilidade na descentralização dos recursos orçamentários a elas destinados.

70. Os gestores das agências asseveraram que, atualmente, tem ocorrido um bom relacionamento entre tais autarquias e os ministérios vinculador, o que tem permitido uma maior estabilidade dos recursos a elas descentralizados. Tais afirmações são confirmadas pelas análises que se seguem.

71. O gráfico e a tabela subsequentes permitem visualizar um aumento de 121,5% na dotação autorizada para as agências auditadas, 88,2% de crescimento na despesa liquidada, enquanto a reserva de contingência aumentou 198,1%. Considerando que o IPCA foi de 27,9% no período, percebe-se um considerável incremento real do orçamento das entidades em tela.

Gráfico 1 - Dotação autorizada x Despesa Liquidada x Reserva de Contingência (R\$)

[VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL] Fonte: Siafi

Tabela 2 - Dotação autorizada x Despesa Liquidada x Reserva de Contingência (R\$)

Exercício	2004	2005	2006	2007	2008	2009	Média
Dot Autorizada	941.612.902	1.190.096.761	1.060.079.699	1.341.760.498	1.847.497.641	2.085.826.984	1.411.145.748
Desp Liquidada	733.700.562	764.007.637	888.323.730	919.096.846	1.257.256.874	1.380.579.712	990.494.227
Res de Conting	2.543.337.694	4.015.900.063	4.529.035.663	5.335.411.932	6.376.641.066	7.582.338.324	5.063.777.457
Desp Liq/Dot Aut	77,9%	64,2%	83,8%	68,5%	68,1%	66,2%	71,6%

Fonte: Siafi

72. Houve um crescimento da despesa liquidada em quase todas as agências auditadas no período de 2004 a 2009. Na Anac e na Antaq, que representam os casos mais expressivos, as despesas liquidadas cresceram 158,8% e 137,7%, respectivamente. Por sua vez, no caso da Anatel, verificou-se um aumento de somente 14,2%.

Tabela 3- Despesa Liquidada (R\$)

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2004 - 2009
ANA	78.717.258	89.717.370	110.785.193	126.152.051	129.290.604	119.035.953	+ 51,2%
Antaq	23.693.748	29.459.230	34.317.692	41.393.033	47.594.556	56.308.670	+137,7%
ANTT	85.286.161	87.440.997	104.350.391	106.352.681	119.915.848	187.847.653	+ 120,3%
Anatel	251.903.284	231.144.022	229.743.047	229.323.222	254.908.209	287.752.461	+ 14,2%
Aneel	114.267.195	108.200.613	108.530.852	113.815.185	123.536.358	143.029.767	+ 25,2%

ANP 179.832.918 218.045.406 221.976.622 199.844.625 383.011.969 322.075.008
+79,1%

Anac 78.619.934 102.216.050 198.999.332 264.530.200 +158,8%

Fonte: Siafi

73. O fato de a despesa liquidada da Anatel e da Aneel terem apresentado um baixo crescimento em comparação com a das demais agências pode ser explicado em função de que, em 2004, já apresentavam uma estrutura razoavelmente mais adequada à realidade, se comparadas aos demais reguladores setoriais em destaque.

74. Uma análise da despesa líquida por grupo de despesas demonstra que houve, em todas as agências, um crescimento considerável de gastos em pessoal e encargos sociais. O aumento deu-se por conta de um incremento no quadro efetivo de servidores, associado à melhoria do nível salarial. Tal fato, segundo impressões colhidas em entrevistas com gestores das agências, foi um importante passo para a profissionalização e a valorização do quadro de pessoal nos últimos anos. Os entrevistados suscitaram ser extremamente relevante a autarquia ser capaz de recrutar e reter, em quantidade suficiente, pessoal qualificado.

75. Segundo a OCDE- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico -, é muito importante que as agências disponham de um número suficiente de funcionários capacitados e motivados para que possam realizar suas tarefas da forma mais eficaz possível, além de ser um fator positivo para assegurar a autonomia do ente regulador face aos ministérios vinculadores e as empresas reguladas.

76. O gráfico a seguir demonstra o crescimento dos gastos com pessoal, representando uma possível tendência de profissionalização e de valorização do capital humano nos últimos anos.

Gráfico 2 - Despesa liquidada com pessoal e encargos sociais (R\$ milhões)

[VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL]

Fonte: Siafi

77. A despeito da política orçamentária favorável às agências reguladoras nos últimos anos, o fato de não existirem mecanismos formais que garantam estabilidade dos recursos destinados a elas implica que não há garantias de que a citada política favorável continue a existir no futuro.

Financiamento por Recursos Próprios

78. A OCDE (2008) assevera que:

"As agências reguladoras precisam de um orçamento claramente definido para dar suporte à estabilidade e autonomia regulatórias, e que, idealmente, esteja segregado do resto do orçamento do governo para que não haja capacidade ou incentivo do governo para usá-lo para outros fins, ou de segurá-lo".

79. Nesse particular, as leis de criação dos reguladores setoriais especificam os recursos que devem financiá-los.

80. A previsão de que as agências fossem financiadas por recursos próprios é inerente à autonomia financeira. Todavia, percebemos que, em geral, não existe a autosuficiência e os

reguladores setoriais são financiados por uma combinação de recursos orçamentários ordinários e recursos gerados pelo exercício da atividade regulatória (recursos próprios).

81. Nesse aspecto, existe uma discrepância muito grande entre as agências. Por exemplo, a Anatel e a Aneel são custeadas por recursos próprios, sendo que esta última teve sua despesa liquidada integralmente custeada pela fonte de recursos Receita de Concessões e Permissões (recurso próprio) no período 2004-2009. Por outro lado, a Antaq, em 2009, teve 98,8% de sua despesa financiada por recursos ordinários.

Tabela 4 - Porcentagem de despesa liquidada por recursos ordinários

Agência/Exercício	2004	2005	2006	2007	2008	2009	Média
Antaq	20,0%	29,5%	13,7%	99,1%	98,4%	98,8%	59,9%
Ana	31,1%	43,4%	42,4%	99,1%	30,9%	41,7%	48,1%
ANTT	4%	12,9%	58,3%	64,2%	64,4%	63,9%	44,6%
Anatel	0,0%	0,0%	0,6%	0,0%	0,0%	0,0%	0,1%
Aneel	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
ANP	0,1%	7,7%	6,3%	32,1%	48,8%	16,9%	18,7%
Anac	0,6%	42,7%	51%	73,8%	28%		

Fonte: Siafi

82. Percebe-se que não se pode avaliar ou definir o grau de autonomia financeira pela capacidade de financiamento por recursos próprios. Se assim o fosse, poder-se-ia afirmar que Aneel e Anatel são autônomas e as demais não. Além disso, o fato de arrecadarem recursos suficientes para o seu autofinanciamento não impede o contingenciamento dos recursos.

Mecanismos Limitadores da Autonomia Financeira das agências

83. Ainda que o art. 26 do Decreto-Lei nº 200/1967 estabeleça que "no que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade", há diversos mecanismos que limitam essa autonomia para as agências e outras unidades da administração indireta.

84. Em primeiro lugar, por causa do contingenciamento realizado anualmente pelo Poder Executivo, que tem suporte no art. 8º da Lei Complementar nº 101, de 4/5/2000, e em dispositivo da lei de diretrizes orçamentárias de cada exercício. A partir da definição do superávit primário, aprovado na lei de diretrizes orçamentárias, e do montante de restos a pagar inscritos em exercícios anteriores, são publicados decretos de programação financeira e orçamentária buscando compatibilizar a geração de superávit primário com a programação financeira da administração federal. Em 2009 foram publicados oito decretos, sendo um em janeiro e três em dezembro. Mesmo as agências que possuem receitas próprias suficientes para seu financiamento sujeitam-se aos contingenciamentos orçamentários.

85. Em segundo lugar, pela possibilidade de alteração de fontes por meio de portaria. Esse procedimento aumenta a discricionariedade da administração, que pode reservar recursos vinculados não gastos.

86. Em terceiro lugar, por causa da desvinculação de receitas que tem sido feita periodicamente pelo Poder Executivo, com o uso de medidas provisórias posteriormente

transformadas em lei ordinária. É o caso do art. 11, da Lei nº 11.803, de 5/11/2008, e de dispositivos similares nas Leis nº 10.762, de 11/11/2003, nº 10.595, de 11/12/2002, e nº 9.530, de 10/12/1997. Nesse caso, recursos arrecadados pelas agências e que tinham destinação vinculada acabam transformando-se em recursos ordinários. A desvinculação de recursos é prejudicial ao setor que contribuiu com a arrecadação, visto que abre a possibilidade de que parte de seus recolhimentos não sejam aplicados em prol do desenvolvimento do setor em apreço. Algumas agências, como ANP, Anatel e Aneel arrecadam montantes elevados de recursos. Nos casos em que a arrecadação tem sido razoavelmente superior ao montante efetivamente liberado às agências para seu custeio, poder-se-ia pensar em uma revisão dos percentuais estabelecidos para as taxas cobradas, em benefício dos usuários e dos agentes econômicos dos setores em questão.

87. Mediante entrevistas e diligências realizadas nas agências reguladoras, SOF e ministérios vinculados, verificou-se que não existem critérios formais explícitos e definidos ex-ante que estabeleçam prioridades quanto ao contingenciamento das agências. O Ministério de Minas Energia, por exemplo, foi categórico ao informar que não existe nenhuma exigência legal para que sejam aplicados às unidades orçamentárias os mesmos percentuais de contingenciamento impostos ao órgão setorial e nem para que seja dado tratamento diferenciado para os entes reguladores.

88. A liberação intempestiva de recursos também pode prejudicar de maneira relevante a atuação das agências. O gráfico 3, a seguir, demonstra uma série de setenta e duas observações de despesa liquidada das agências reguladoras, entre janeiro de 2004 e dezembro de 2009.

89. Percebe-se, claramente, que há um aumento significativo da despesa liquidada ao final dos exercícios. Tal incremento deve-se, em parte, pelo pagamento do 13º aos servidores, mas se pode inferir que também é devido à prática de liberação de recursos no final do exercício, comum à Administração Pública.

90. A liberação intempestiva prejudica a regular execução das atividades previamente planejadas. Se parte considerável dos recursos forem liberados no final do exercício aumenta-se a probabilidade de uma grande inscrição em restos a pagar não processados. Os restos a pagar indicam o não recebimento de bens e serviços programados para uma adequada operacionalidade das ações da unidade.

91. Conclui-se, assim, que a autonomia financeira legalmente concedida às agências reguladoras é limitada por diversos mecanismos.

Gráfico 3 - Despesa liquidada das agências: janeiro de 2004 a dezembro de 2009 (R\$ mil) - aumento significativo da despesa liquidada ao final dos exercícios

[VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL]Fonte: Siafi

Conclusões quanto à Autonomia Financeira das agências

92. As leis de criação das agências indicam que são entes pertencentes à administração indireta, dotados de autonomia financeira. Todavia, não foi possível conceituar com precisão o significado desta autonomia.

93. Tal autonomia não se refere à capacidade de gerarem receitas próprias suficientes ao seu financiamento, visto que várias agências dependem de recursos ordinários para a liquidação de suas despesas (item 4.1.3).

94. As agências reguladoras submetem-se aos ditames gerais do processo orçamentário, sem quaisquer prerrogativas que indiquem autonomia financeira (item 4.1.1). Também não existem quaisquer mecanismos formais que garantam estabilidade dos recursos descentralizados aos entes reguladores (item 4.1.2), estando sujeitos a contingenciamentos e a liberações intempestivas de recursos (item 4.1.4).

95. O contingenciamento orçamentário tem o condão de dificultar o planejamento e a própria execução das atividades das agências, com possíveis repercussões negativas de grande impacto para os setores regulados e a sociedade em geral. O impacto gerado por suas atividades regulatórias tende a ser relativamente maior que os respectivos montantes de seus orçamentos, visto que regulam setores que envolvem expressivas mobilizações de capital e intimamente associados ao desenvolvimento do país. Nesse sentido, seria benéfico associar autonomia financeira com certas prerrogativas em cenários de contingenciamento de recursos.

96. Considerando as constatações acima e tendo em vista a previsão legal de que as agências são entes dotados de autonomia financeira, entende-se que a criação de mecanismos/instrumentos formais que propiciem uma maior estabilidade e uma maior previsibilidade na descentralização de recursos para as agências reguladoras traria benefícios à governança da atividade regulatória.

97. Haja vista a lei orçamentária aprovada e atendidas as previsões de arrecadação no decorrer do exercício, tais prerrogativas evitariam o contingenciamento dos recursos. Ademais, é importante que a liberação de empenho ocorra de maneira tempestiva e de acordo com as reais necessidades das agências, permitindo a regular execução das atividades previamente planejadas.

AUTONOMIA DECISÓRIA

98. As agências reguladoras são autarquias especiais integrantes da administração indireta, vinculadas e não subordinadas hierarquicamente aos ministérios. Seus dirigentes possuem mandatos fixos e não podem ser demitidos ad nutum (estabilidade). Tal regime especial as diferencia das demais autarquias, atribuindo-lhe uma maior autonomia em relação ao Poder Executivo. A autonomia decisória é importante para garantir decisões técnicas e imparciais e mitigar eventuais ações externas indevidas.

99. A autonomia decisória dos reguladores setoriais materializa-se por meio da previsão legal de critérios técnicos e políticos a serem adotados na indicação, nomeação e remoção de seus dirigentes, além da garantia de mandatos estáveis.

Critérios para Indicação de Diretores

100. Constatou-se que estão previstos critérios formais para a indicação e a nomeação dos dirigentes das agências reguladoras na Lei nº 9.986/2000, que trata da gestão dos recursos humanos dessas entidades. Todavia, tais critérios são subjetivos, em dissonância com o caráter técnico do cargo que esses dirigentes ocupam.

101. Em estudo realizado em 2004 pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), denominado "agências reguladoras: A Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira", a Confederação alerta quanto à necessidade de que estejam dispostos em lei critérios técnicos rigorosos para a escolha dos dirigentes das agências, em razão do caráter técnico, e não essencialmente político, da função que desempenham.

102. De acordo com o art. 5º da Lei nº 9.986/2000, os dirigentes das agências reguladoras serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal.

103. Ao observarmos o quadro comparativo constante do Apêndice E, verificamos que as leis instituidoras da Anatel, ANTT, Antaq e Anac não apresentam nenhuma inovação ou especificação, apenas repetem os mesmos critérios já dispostos no citado diploma legal.

104. Referida lei não especifica o que se entende por reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos, dificultando a comprovação objetiva da aptidão do candidato ao cargo. A subjetividade dos critérios possibilita a indicação de diretores que não possuem os conhecimentos imprescindíveis para o exercício de cargo de natureza técnica.

105. A OCDE (2008) afirma que a dimensão política das nomeações "pode ser minimizada quando há o requerimento de que os chefes das agências sejam nomeados por decisões coletivas do governo em sistemas parlamentares ou pelo Presidente, sujeito à aprovação do Legislativo, como no Brasil". Ressalte-se que a necessidade de sabatina pelo Senado Federal representa, indubitavelmente, um importante instrumento de salvaguarda e de legitimação no processo de escolha dos dirigentes. Todavia, a exigência legal de preenchimento de requisitos técnicos objetivos certamente concorrerá para diminuir as possibilidades de eventuais indicações meramente políticas e não baseadas em critérios técnicos.

106. Cabe registrar também que, para a OCDE (2008), a indicação de um dirigente que não tenha a experiência profissional apropriada poderá prejudicar a reputação da agência.

107. Ante o exposto, considerando os possíveis benefícios que uma alteração da legislação poderia trazer à autonomia decisória das agências, entende-se que a criação de critérios mínimos, técnicos e objetivos, para a indicação e a nomeação dos dirigentes das agências na Lei nº 9.986/2000 e, se necessário, o estabelecimento de critérios específicos nas leis instituidoras de cada agência, consoante as especificidades do setor regulado, diminuiria as possibilidades de eventuais ingerências e nomeações sem a qualificação técnica suficiente para a direção dessas entidades, além de garantir a transparência necessária para a melhoria da governança regulatória.

Período de Quarentena

108. Todas as agências preveem em sua legislação específica (lei ou regulamento) um período de quarentena para seus dirigentes. Porém, o período é considerado curto para os moldes internacionais.

109. Para garantir a autonomia decisória dos órgãos reguladores é preciso que esses entes sejam independentes perante os agentes econômicos exploradores da atividade regulada.

Um dos principais mecanismos utilizados para efetivar essa independência é a imposição de regras que limitem o recrutamento de ex-dirigentes das agências por empresas dos setores regulados.

110. O cumprimento da "quarentena" é comum em toda a Administração Pública, mas deve ser tratado com mais rigor no âmbito das agências reguladoras, haja vista a importância de suas decisões e o risco de captura de seus dirigentes.

111. O art. 8º da Lei nº 9.986/2000 uniformizou para todas as agências o período de quarentena em quatro meses, contados da exoneração ou do término do mandato do dirigente. Durante esse período, o ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva Agência.

112. Antes do advento da Lei nº 9.986/2000, as leis de criação da ANP e Aneel previam um período de quarentena de um ano, enquanto a legislação da Anatel, ANTT e Antaq determinavam que esse período de afastamento do dirigente deveria ser de até um ano.

113. Para a OCDE (2008):

"O período de quarentena recorrentemente adotado de quatro meses, onde o pessoal mais qualificado deixa a agência para ir ao setor privado é muito curto e deveria ser estendido para um mínimo de um ano dentro da linha adotada pela melhor prática internacional, com compensação adequada para os funcionários em questão".

114. O curto período estabelecido para a quarentena dos dirigentes dos órgãos reguladores brasileiros aumenta a possibilidade de captura desses profissionais pelo setor regulado. Quanto maior o período de tempo que o ex-dirigente ficar afastado do setor regulado, menor será o fluxo de informações privilegiadas do regulador para o regulado, o que torna esse mecanismo de segurança mais eficaz.

115. Nesse sentido, entende-se que o período de quarentena deve ser de no mínimo 1 ano, tendo por parâmetro as melhores práticas internacionais, pois mitigaria os riscos de captura dos dirigentes dos órgãos reguladores federais por empresas dos setores regulados, melhorando a governança regulatória.

116. Mostra-se oportuno e conveniente uma discussão quanto à pertinência de se estender a quarentena para outros cargos de alto escalão das agências, como os Superintendentes. Tais funcionários, apesar de não terem, formalmente, voz ativa nas decisões colegiadas, tem acesso a informações muito sensíveis acerca do funcionamento do setor. Além disso, podem, em alguns casos, substituir eventualmente os diretores em seus impedimentos e afastamentos regulamentares ou, ainda, são os responsáveis pela elaboração dos pareceres técnicos que subsidiam decisões dos órgãos colegiados. Destaque-se que a aplicação do instituto da quarentena deve vir acompanhada de garantias remuneratórias aos agentes que a ela se submetam.

117. Ante o exposto, sugere-se recomendar à Casa Civil que verifique a possibilidade de aplicação da quarentena aos superintendentes das agências.

Recondução de Dirigentes

118. A recondução é permitida nas agências reguladoras de infraestrutura em destaque.

119. As agências reguladoras deverão ter suas atividades resguardadas de eventuais interferências políticas indevidas. Referidas interferências podem prejudicar a autonomia decisória dos entes reguladores ao comprometer a neutralidade das decisões regulatórias. Nesse sentido, a possibilidade de recondução dos dirigentes é arriscada, pois pode incentivar o dirigente a aceitar pressões do governo no intuito de permanecer no cargo.

120. No entendimento da OCDE (2008), o cancelamento da possibilidade de renomeação dos dirigentes das agências reguladoras tenderia a reforçar a sua autonomia, limitando o risco de captura por recondução.

121. Importante destacar que a eventual extinção da possibilidade de recondução deveria vir acompanhada de uma discussão e de uma reavaliação acerca da adequação e a compatibilidade do período de mandato dos dirigentes para a obtenção de resultados efetivos em uma gestão.

122. Em resposta a diligência realizada pela equipe de auditoria, verificou-se que já foram realizadas diversas reconduções de dirigentes das agências reguladoras.

123. Ante o exposto, entende-se que a vedação da possibilidade do instituto da recondução mitigaria o risco eventual de que os dirigentes das agências tomem decisões injustificadas, visando somente à recondução ao cargo.

Hipóteses de Perda de Mandatos

124. O art. 9º da Lei nº 9.986/2000 determina que os dirigentes das agências somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Todavia, o parágrafo único desse mesmo artigo dispõe quanto à possibilidade de as agências preverem outras condições, além das dispostas no caput, para a perda do mandato de seus dirigentes.

125. De acordo com o Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial organizado pela Casa Civil:

"A possibilidade de demissão dos dirigentes das agências reguladoras, a critério do Poder Executivo, por exemplo, tende a criar a percepção de enfraquecimento da autonomia administrativa da agência, prejudicando o entendimento de que a agência está dotada da independência necessária para evitar a captura por grupos de interesse, perseguir os objetivos principais da missão regulatória, e ser capaz de criar expectativas favoráveis em relação à estabilidade do marco regulatório".

126. Um efeito concreto das possibilidades abertas pelo parágrafo único do art. 9º da Lei nº 9.986/2000 pode ser percebido na lei de criação da ANA, que estabelece a possibilidade de exoneração imotivada de seus dirigentes nos quatro primeiros meses de seus mandatos.

127. Assim, durante os primeiros quatro meses de seus mandatos, os dirigentes da ANA podem ser exonerados ad nutum pelo Chefe do Executivo, sem nenhuma fundamentação e nem a participação do Senado Federal. Tal demissão poderá ser motivada por questões políticas ou pessoais, prejudicando a estabilidade dos mandatos dos dirigentes, que são nomeados para exercer seus cargos durante um determinado prazo.

128. Conforme anteriormente mencionado, um aspecto que diferencia as agências reguladoras das demais autarquias é o fato de possuírem uma maior autonomia em relação ao Poder Executivo, pois seus diretores não podem ser demitidos imotivadamente. Pode-se dizer, então, que a autonomia decisória das entidades reguladoras fica fragilizada com a possibilidade de seus dirigentes serem demitidos sem um motivo claro, o que pode levá-los a atuarem segundo interesses ocasionais.

129. Por esse motivo, entende-se que seria benéfico à governança regulatória que seja taxativo o rol de hipóteses de perda de mandato dos dirigentes dos entes reguladores, impossibilitando uma eventual exoneração imotivada.

130. Com isso, pretende-se reforçar a autonomia decisória das agências reguladoras e a estabilidade dos mandatos dos seus dirigentes, bem como mitigar o risco de captura.

Substituição de Dirigentes

131. À exceção do regimento da Anatel, constatou-se que não estão previstos, de forma clara, nos regulamentos das agências reguladoras, os critérios para a substituição dos conselheiros e dos diretores em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares ou ainda no período de vacância que anteceder a nomeação de novo conselheiro ou diretor.

132. Para a autonomia decisória desses entes é fundamental que seu corpo colegiado esteja completo a fim de possibilitar as deliberações necessárias para uma efetiva e tempestiva regulação do setor, além de manter a necessária pluralidade do colegiado. Segundo a OCDE (2008), "em termos de governança, é importante que as agências possam funcionar eficazmente a todo o momento e que sua neutralidade não seja posta em dúvida".

133. Nesse sentido, o art. 10 da Lei nº 9.986/2000 determina que o regulamento de cada Agência discipline a substituição dos conselheiros e diretores em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares ou ainda no período de vacância que anteceder a nomeação de novo conselheiro ou diretor.

134. A única Agência que disciplinou claramente esses critérios de substituição foi a Anatel, que, no art. 27 de seu Regimento Interno, enumera critérios específicos para a substituição de seus dirigentes. Nos regimentos da ANP, ANTT, Antaq e Aneel disciplinou-se somente a forma de substituição de seus Diretores-Gerais, conforme quadro comparativo constante do Apêndice E.

135. Nesse particular, a equipe de auditoria realizou diligência às agências reguladoras no intuito de analisar os períodos de vacância dos cargos de diretores e se as deliberações da diretoria colegiada foram prejudicadas devido à eventual insuficiência de quórum.

136. As agências diligenciadas informaram sobre o número de diretores em exercício no cargo por mês e ano, desde a sua criação. A partir da análise dos regimentos dessas autarquias, constatou-se que as reuniões da diretoria colegiada já podem ser afetadas se somente 3 diretores ou conselheiros estiverem em exercício. É prevista a necessidade de maioria absoluta dos votos dos membros para a tomada de decisões da diretoria colegiada, à exceção da ANA, que prevê a maioria simples de votos, mas exige a presença de pelo menos 3 diretores para a realização das reuniões colegiadas. Registre-se que, à exceção da Antaq, que conta com 3 membros, as demais diretorias colegiadas são compostas por 5 dirigentes.

137. No caso de necessidade de maioria absoluta para aprovação, se somente 3 diretores estiverem efetivamente em exercício, é necessário que todos estejam presentes à reunião e que todos os votos sejam convergentes, sob pena de se inviabilizar quaisquer aprovações.

138. De acordo com o Gráfico 4, a seguir, que consolida as informações obtidas pelas diligências, verificou-se que a ANTT e a ANP apresentaram o maior percentual de meses de funcionamento, da diretoria colegiada, com apenas 3 ou menos diretores. A Aneel foi a agência que ficou a maior parte do tempo com a sua diretoria completa. 139. No caso da Antaq, que possui apenas 3 diretores - consoante a sua lei de criação -, constatou-se que essa característica legal pode ser considerada prejudicial para a capacidade deliberativa da Agência. Está previsto em seu regimento interno que a diretoria se reunirá com a presença mínima de dois diretores, e as decisões serão tomadas pelo voto da maioria absoluta. A eventual vacância de um cargo ou mesmo o afastamento regular de um diretor já pode prejudicar a tomada de decisões, já que os votos dos outros dois diretores devem convergir para se alcançar a necessária maioria absoluta. A ausência de dois membros impede a própria realização das sessões. Ao contrário das demais entidades, que contam com uma margem maior de possibilidade de ausências, pois precisam da presença de, no mínimo, três diretores, do total de 5.

140. Somente duas agências, Antaq e Anatel, alegaram perda de capacidade deliberativa por falta de quórum, especialmente em deliberações em que houve posicionamentos divergentes e que exigiam maioria absoluta para decisão. Tal fato é extremamente prejudicial e tem o condão de prejudicar gravemente a autonomia decisória dos entes reguladores. A demora em preencher as vacâncias ocasionou situações,

como no caso da Antaq, em que a Agência não mais podia votar qualquer decisão colegiada, chegando à paralisia decisória da entidade de dezembro de 2005 a junho de 2006.

Gráfico 4 - Percentual de tempo de diretores em exercício desde a criação da Agência
[VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL]

Fonte: Dados tratados pelo TCU

*A diretoria colegiada da Antaq é composta de somente 3 membros

141. Esses fatos, indubitavelmente, comprometem a governança, a capacidade deliberativa e a própria autonomia decisória do regulador. Entretanto, isso não deveria estar ocorrendo, pois o legislador criou um mecanismo (art. 10 da Lei nº 9.986/2000) para que as agências não ficassem inoperantes à espera da indicação pelo Executivo e sabatina pelo Legislativo do candidato a dirigente. As agências deveriam disciplinar, detalhadamente, o processo e os critérios de substituição de seus diretores, evitando a eventual debilidade decisória da entidade. Além de disciplinar, devem, efetivamente, quando necessário, fazer uso dos mecanismos de substituição dos membros do colegiado.

142. Cabe ressaltar, no entanto, que o ideal seria que tais mecanismos de substituição dos dirigentes só fossem utilizados em casos excepcionais, e que o processo de indicação, sabatina e nomeação dos dirigentes dessas entidades ocorresse de forma tempestiva. Nesse particular, seria relevante também que se regulamentassem prazos para o processo de indicação, sabatina e nomeação de diretores das agências.

143. Com o intuito de evitar a perda de quórum deliberativo e a consequente debilidade de capacidade decisória das agências e em atenção ao art. 10º da Lei nº 9.986/2000, sugere-se determinar que ANA, ANP, Aneel, ANTT, Antaq e Anac disciplinem, de forma clara em seus regulamentos, a forma de substituição dos conselheiros e diretores em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares ou ainda no período de vacância que anteceder a nomeação de novo conselheiro ou diretor, nos termos do art. 10º da Lei nº 9.986/2000.

144. Ainda quanto à questão, entende-se que garantiria maior estabilidade à continuidade dos trabalhos das agências a normatização legal de prazos para a indicação, a sabatina e a nomeação de dirigentes das agências reguladoras .

145. Dessa forma, pretende-se evitar que os cargos de diretor ou conselheiro fiquem vagos por um longo período, comprometendo o processo de tomada de decisões que precisam de quórum mínimo.

MECANISMOS DE CONTROLE

146. A ausência de mecanismos de controle adequados pode permitir que as agências reguladoras exerçam indevidamente sua autonomia, prejudicando a efetividade da atividade regulatória. Também assim entende a OCDE (2008), ao avaliar que a escolha correta do equilíbrio entre autonomia e responsabilização, ao mesmo tempo em que se delegam competências regulatórias, reflete as escolhas estratégicas de políticas públicas.

147. Assegurar a responsabilização é fundamental para que os reguladores possam desempenhar sua missão e obter autonomia em suas relações com seu ministério vinculador.

148. Mecanismos de controle são procedimentos institucionalizados para assegurar a responsabilização e para garantir que haja aderência da atuação finalística dos órgãos reguladores aos marcos regulatórios e às políticas públicas de infraestrutura.

149. Registre-se que atividade finalística abrange os atos inerentes à regulação do setor, como, por exemplo, determinação de tarifas, metodologias para reajustes/revisões, assinatura e fiscalização de contratos de concessão/permissão/arrendamento.

150. Neste capítulo buscou-se avaliar os mecanismos de controle dos atos finalísticos das agências reguladoras de infraestrutura, nos aspectos de accountability, transparência e controle social da atividade regulatória.

ACCOUNTABILITY

151. Accountability relaciona-se com os processos de prestação de contas e responsabilização, representando o processo de contínua demonstração, pelos gestores das agências, de que suas ações estão alinhadas às diretrizes definidas nos marcos legais regulatórios e políticas públicas, devendo responder pelos atos que praticarem.

Mecanismos para Avaliação de Atividades Finalísticas

152. Apesar de algumas agências terem desenvolvido metodologias para avaliação do resultado da ação regulatória vis a vis sua missão e seus objetivos estratégicos (incluindo o desenvolvimento de alguns indicadores), os mecanismos para esse tipo de avaliação ainda são insuficientes. Os respectivos ministérios vinculadores também não dispõem de metodologias sistematizadas e instituídas formalmente para efetuar tal avaliação.

153. As agências reguladoras devem possuir objetivos e metas claras, além de instrumentos suficientes para garantir que seus dirigentes possam comprovar que as tem alcançado da melhor forma. Nesse sentido, os processos de planejamento estratégico são importantes para se criar um conjunto de indicadores e também de outros mecanismos de acompanhamento da atividade finalística das agências. Outrossim, é fundamental que as políticas públicas sejam eficientes na definição de diretrizes e metas objetivas para guiar a atuação dos entes e servir de parâmetro para a avaliação da atuação finalística dos reguladores setoriais pelos respectivos ministérios vinculados, pelos órgãos de controle e pela sociedade em geral.

154. O documento OCDE - Relatório sobre a Reforma Regulatória "BRASIL - Fortalecendo a governança para o crescimento" foi uma das referências para realização deste trabalho, de onde se extraiu o seguinte arrazoado, que foi adotado como principal critério para avaliação deste item:

"O uso de avaliação é fundamental para melhorar a qualidade das decisões e ações dos reguladores. Isso inclui determinar o impacto das ações dos reguladores. A avaliação de desempenho pode ser realizada a priori ou a posteriori. Uma análise a priori consiste em uma Análise de Impacto Regulatório. Uma análise a posteriori inclui a avaliação da consecução dos objetivos dos reguladores por meio da avaliação do impacto social e econômico e relativo aos poderes e recursos que lhe são designados. Isso é fundamental para as instituições financiadas pelos cofres públicos que tem a obrigação de prestar contas".

155. Como a questão da Análise do Impacto Regulatório (avaliação a priori) é abordada na seção 6.3 deste relatório, avalia-se a seguir em que medida as agências objeto desta investigação fazem avaliação a posteriori de suas ações regulatórias.

156. Em termos gerais, pode-se dizer que as políticas públicas de infraestrutura não tem sido hábeis no estabelecimento de metas estratégicas, dificultando, portanto, a avaliação da atuação das agências, que são os órgãos responsáveis pela implementação dessas políticas, conforme o modelo regulatório adotado pelo Estado brasileiro. Como analisado na seção 3.2 deste relatório, de uma maneira geral, existe ainda uma ineficiência dos conselhos setoriais em fornecer diretrizes estratégicas que delimitem, claramente, objetivos de longo prazo e que possam servir de parâmetro seguro para uma aferição objetiva da atuação finalística dos reguladores.

157. Para fins de avaliação sistematizada do desempenho finalístico, a maioria das agências apenas faz uso de instrumentos de gestão do Plano Plurianual - PPA, que são voltados para o monitoramento macro por parte dos órgãos centrais relacionados ao planejamento governamental, para avaliar de maneira global a implementação dos Programas de Governo. Também são utilizadas para esses fins metas físicas e financeiras previstas na Lei Orçamentária Anual - LOA. Contudo, considerando a abrangência dos Programas de Governo, os indicadores constantes do PPA não apresentam o detalhamento e a precisão necessária para subsidiar uma avaliação mais específica da gestão das agências quanto ao desempenho finalístico.

158. Indicadores comuns a programas de governo a cargo de algumas das agências aqui investigadas não traduzem a efetividade de suas ações, a exceção de indicadores relativos a

atividades de fiscalização, que, em certa medida, também acabam medindo eventos que não necessariamente decorrem da atuação dos reguladores.

159. Como exemplo, conforme ofício de fls. 472, as atividades finalísticas da Antaq encontram-se consignadas em poucas ações básicas, entre as quais "Concessão e Regulação dos Serviços e da Exploração da Infraestrutura do Transporte Aquaviário". O indicador utilizado para essa ação é o "Número de Outorgas Emitidas", que, segundo a própria Agência, não reflete adequadamente sua atuação, vez que resulta da demanda de mercado.

160. Já no caso da Anatel, indicadores relacionados com densidade de telefonia representam a "Qualidade dos Serviços de Telecomunicações", mas sob a ótica das operadoras e não propriamente dos resultados de melhoria da qualidade proporcionadas por ações do órgão regulador. Ademais, em reuniões de trabalho, técnicos de alguns dos órgãos reguladores relataram que os indicadores estabelecidos para acompanhamento do PPA são difíceis de serem alterados por envolver negociações refratárias com os órgãos centrais de planejamento/orçamento. Normalmente as negociações ocorrem no processo de revisão do planejamento plurianual, geralmente de quatro em quatro anos.

161. Também se constatou, a partir do relato de técnicos, que alguns desses indicadores são de difícil concepção e mensuração. Além do mais, o dimensionamento efetivo do grau de relação entre os indicadores estabelecidos e o resultado dos programas não é absoluto. Entretanto, a equipe de auditoria observou que algumas agências, como a Anatel e a ANP, já adotam um conjunto de indicadores, desenvolvidos no âmbito dos próprios órgãos, para realizar um monitoramento mais focado em ações que melhor retratam a atuação do regulador e os resultados atingidos.

162. Alguns desses indicadores representam, em algum grau, como a atuação do órgão acarreta impactos para a sociedade. Pode-se citar como exemplo o indicador "Taxa de demandas de acessibilidade atendidas", utilizado pela Anatel. Apesar de representar um ganho em termos de informação, muitos desses indicadores são focados em processos ou possuem caráter operacional, carecendo, ainda, de melhor divulgação para a sociedade. Um razoável conjunto de indicadores tem sido apurado pela Anatel (fls. 487-v/488), mas ainda não são compilados em forma compatível para fins de prestação de contas para a sociedade. Ademais, ainda possuem apenas aplicação interna nas atividades operacionais do órgão.

163. Ressalte-se que mesmo nas agências onde indicadores específicos já são adotados, a exemplo da Anatel e da ANP, estes ainda não são uniformes em toda a organização, ou seja, diferentes setores desses entes utilizam metodologias e formatos diferentes para computar e agregar as informações que compõem os índices.

164. Algumas agências, tais como ANA, Anac e Antaq, se encontram em um estágio embrionário de planejamento estratégico, onde está sendo previsto a criação de indicadores a partir de um planejamento integrado. Contudo, ainda é uma iniciativa cujos resultados só devem ser observados em médio ou longo prazo. Destaque-se que é fundamental vincular indicadores a objetivos estratégicos para assegurar o envolvimento e o acompanhamento dos resultados obtidos, em nível mais elevado da organização.

165. A Aneel e a ANA utilizam, para efeitos de prestação de contas aos órgãos competentes, metodologia de avaliação de desempenho institucional. Contudo, como verificado pela equipe, esta possui um caráter fundamentalmente descritivo e não permite uma avaliação objetiva da atividade finalística.

166. Segundo manifestações colhidas dos gestores das agências (volume 4, fls. 841/849), a insuficiência de mecanismos de avaliação se deve principalmente à complexidade para o estabelecimento de indicadores e parâmetros de mensuração dos resultados da ação regulatória, de maneira objetiva, mais que à falta de instrumentos com esse intuito. Bem certo que existem dificuldades em se estabelecer referidos parâmetros e indicadores e, nesse particular, ninguém melhor que os próprios reguladores para identificar tais dificuldades e buscar meios para mitigá-las. Importante é o comprometimento das agências em buscar criar os mecanismos necessários e hábeis à mensuração objetiva de suas atividades finalísticas.

167. A despeito de não haver uma sistemática objetiva de avaliação de desempenho, os entes regulatórios alegam que é periodicamente realizada uma aferição da atuação das agências por meio de avaliações técnicas com prognósticos dos efeitos da aplicação da regulamentação sobre o mercado, bem como por meio de estudos quanto ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões, quando do embasamento de atos decisórios. E, ainda, por meio de manifestações dos agentes do setor de infraestrutura, consumidores e da sociedade, em audiências públicas, e demais formas de participação.

168. As agências, de fato, fazem uso de algumas ferramentas de avaliação de sua atuação, especialmente nos relatórios de atividades ou de gestão anualmente divulgados e no embasamento e exposição de motivos dos atos decisórios, quando disponibilizados. Contudo, tais avaliações carecem de parâmetros objetivos que permitam uma verificação sistemática da atuação das agências quanto ao cumprimento de suas missões institucionais.

169. Em suma, não existem mecanismos sistematizados hábeis a mensurar a atuação finalística das agências de maneira mais completa. Existem métodos de aferição implantados e em implantação em algumas áreas específicas dessas autarquias, mas que não permitem uma avaliação, em termos gerais, se estão cumprindo a contento suas missões institucionais ou mesmo seu planejamento estratégico.

Acompanhamento Ministerial

170. Os ministérios ainda fazem pouco uso de mecanismos formais para avaliação da atuação das agências, bem como ainda há falta de coordenação entre as informações trocadas entre o órgão vinculado e a agência setorial para este fim.

171. Como indício dessa constatação consta o expediente às fls. 1/7 do Anexo 4 dos presentes autos, em que a Anatel encaminhou relatório de acompanhamento que ainda não havia sido validado pelo Ministério das Comunicações - MC à época da diligência, alegando que "a Agência está buscando adequar as orientações desse Ministério ao modelo de controle interno existente, haja vista a necessidade de alinhar os projetos aos formulários apresentados pelo Ministério".

172. Nota-se que apesar de ter sido pactuado o desenvolvimento de um sistema de acompanhamento das demandas do Ministério das Comunicações para fins de avaliação das atividades da Anatel, até o momento da auditoria não havia sistemática implantada de acompanhamento na relação agência - órgão vinculado.

173. A previsão de utilização de instrumentos para pactuar um conjunto de metas a serem observados na relação entre o órgão vinculado e o órgão regulador, como o contrato de gestão adotado pela Aneel, previsto no art. 7º da Lei nº 9.427, de 26/12/1996, não está presente na maioria dos marcos regulatórios setoriais estudados.

174. Em 1998, a Aneel celebrou contrato de gestão com o Ministério de Minas e Energia -MME, com vigência até 31/12/2000. A partir do exercício de 2001, várias interações foram feitas entre a Aneel e a Secretaria de Energia do MME com o objetivo de renovar o contrato de gestão por períodos sucessivos de quatro anos, conforme previsto em sua Cláusula Décima Terceira, não tendo sido concretizado a celebração do instrumento por um longo período. A Aneel e o MME retomaram o uso do contrato de gestão somente no ano de 2010 - em 26/2/2010 os dois entes assinaram contrato de gestão com vigência prevista até 31 de dezembro de 2012.

175. Também existe a previsão para estabelecimento de contratos de gestão no Decreto nº 3.692/2000, que aprovou a estrutura regimental da ANA. O art. 10º do diploma regulamentar indica que tal instrumento, que deveria ser negociado entre o Diretor-Presidente da Agência e o Ministro de Estado de Meio Ambiente, estabeleceria os indicadores que serviriam para avaliar, objetivamente, o desempenho da autarquia. Contudo, referido contrato não tem sido firmado.

176. Independentemente do formato utilizado, caracteriza-se boa prática de avaliação o estabelecimento de metas acordadas entre os entes. Todavia, em geral, tais práticas não têm sido adotadas no acompanhamento realizado pelos ministérios vinculadores em relação às agências.

177. Se bem desenhados e formulados, instrumentos de pactuação de metas constituem-se em ferramentas que podem aperfeiçoar a prestação de contas, facilitando o acompanhamento ministerial e o controle, inclusive o social, sobre a atuação das agências. Ressalte-se, contudo, que deve haver uma necessária correlação entre o estabelecimento de metas e a disponibilização de recursos adequados e suficientes para a consecução destas. O difícil é atingir o ponto de equilíbrio, de forma a assegurar a autonomia das agências, o acompanhamento ministerial, o controle e a responsabilização dos gestores pelos seus atos.

178. Também se colheram indícios de que o acompanhamento ministerial, além de carecer de instrumental de acompanhamento, tem se dado tardiamente.

179. Nesse sentido, o Ministério das Comunicações, por exemplo, afirmou que apenas em 24/4/2009 oficiou a Anatel sobre procedimentos para a realização de acompanhamento ministerial, com base em parecer emitido pela Consultoria Jurídica do ministério, conforme expediente às fls. 1/7 do Anexo 4.

180. O Ministério do Meio Ambiente (fls. 416/420) informou que, quanto à ANA, baseia-se no acompanhamento do cumprimento dos Programas de Governo no PPA, nos

instrumentos de prestação de contas formal, como o Relatório de Gestão integrante da Prestação de Contas Anual ao TCU - PCA, e, futuramente, utilizará os indicadores a serem desenvolvidos no âmbito do planejamento estratégico em fase de implantação no órgão regulador.

181. O MME enumerou (fls. 421/422) ações de acompanhamento a seu cargo, bem como uma série de produtos e ações que são desenvolvidos em conjunto com os órgãos reguladores na área energética ou a partir de diretrizes emanadas do ministério.

182. Com base nesses relatos, conclui-se que alguns órgãos vinculados realizam um trabalho mais estreito de acompanhamento das atividades a cargo das agências, assim como participam da elaboração de produtos e atividades. Ainda assim, em regra, os ministérios não dispõem de metodologias ou sistemas próprios para tal acompanhamento, bem como não foram identificados, objetivamente, produtos ou resultados específicos da atividade de acompanhamento ministerial.

183. A tabela a seguir resume a situação encontrada nas agências reguladoras em relação à existência de indicadores para avaliação de desempenho:

Tabela 5 - Indicadores para aferição do desempenho das agências reguladoras

Agência Indicadores de desempenho associados ao cumprimento do PPA Indicadores de desempenho desenvolvidos para acompanhar a atividade finalística da agência Indicadores de desempenho associados ao planejamento estratégico

ANA Sim -Não Em desenvolvimento inicial

ANAC Sim Não Em desenvolvimento inicial

ANTAQ Sim Não Previsto, mas ainda não iniciado.

ANTT Sim Não Em desenvolvimento inicial

ANEEL Sim Não Não

ANATEL Sim Sim Em desenvolvimento inicial

ANP Sim Sim Em desenvolvimento inicial

Fonte: dados tratados pelo TCU

184. Como efeito dessa situação, percebe-se baixo grau de mecanismos de avaliação da ação finalística das agências reguladoras, que em grande medida acaba sendo relatada por meio de indicadores operacionais agregados, pela percepção das áreas técnicas em relatórios de atividades e de gestão ou por meio de embasamento dos atos decisórios, mas que não traduzem com precisão e regularidade como e em que grau a ação regulatória como um todo resultou em ganhos para a sociedade.

185. Boas práticas foram identificadas, tais como a definição de indicadores de desempenho como uma etapa do processo de planejamento estratégico, que vem sendo desenvolvido na ANA, na Anac, na Anatel, na ANP e na ANTT. Mas essas ações ainda precisam ser incorporadas à cultura das agências em processo que demandará tempo e recursos.

186. Também se reputa como boa prática a formalização de contrato de gestão entre a Aneel e o MME. Destaque-se que a boa prática identificada refere-se ao procedimento utilizado de pactuação/fixação de metas e de aferição das mesmas, sem uma avaliação do instrumental

utilizado. Como mencionado anteriormente, considera-se salutar uma eficiente pactuação de metas como instrumento de acompanhamento.

Processos de Prestação de Contas e Avaliação da Atividade Finalística das agências reguladoras

187. A insuficiência de mecanismos e metodologias que permitam uma avaliação objetiva da atividade finalística das agências reguladoras reflete na prestação de contas destas entidades, que, apesar da evolução percebida nos últimos anos, ainda não é capaz de avaliar objetivamente, em toda a sua plenitude, a atuação do regulador quanto à sua atividade fim.

188. Inicialmente, cabe esclarecer que a prestação de contas supra mencionada refere-se aos processos anuais de prestação de contas das agências ao Tribunal de Contas da União.

189. O pressuposto para a autonomia das agências é a existência de fiscalização efetiva sobre elas. Nesse contexto, os atos das agências deverão ser objeto de fiscalização para garantia da transparência e do atendimento ao princípio de prestação de contas que deve reger a atuação dos entes públicos.

190. A prestação de contas é uma obrigação constitucional, aplicável a todas as esferas da Administração Pública. É uma obrigação que decorre diretamente das características de um estado democrático de direito, como observado em nosso País. A ausência da prestação de contas pode ensejar, inclusive, a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, nos termos do art. 34 da Constituição Federal.

191. A prestação de contas é um mecanismo que permite o controle dos atos dos dirigentes públicos e deve ser periódica, transparente, fidedigna e facilmente auditável. O art. 37 da Constituição Federal normatiza os parâmetros que devem nortear os atos dos administradores públicos, in verbis: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”

192. O Tribunal de Contas da União, consoante dicção do art. 71 da Carta Magna, é o órgão encarregado de exercer o controle externo em auxílio ao Congresso Nacional e é responsável pela apreciação e julgamento das contas dos administradores públicos, inclusive dos gestores das agências reguladoras.

193. A prestação de contas deve refletir a exatidão da gestão administrativa e também ser capaz de avaliar o resultado das ações finalísticas das agências, permitindo uma avaliação objetiva tanto da área meio como da área fim. As duas vertentes de avaliação são relevantes para que o controle possa se certificar de que as ações dos administradores públicos estão seguindo os parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal e, na inobservância destes, responsabilizar os gestores.

194. A presente auditoria avaliou se as prestações de contas são capazes de avaliar, objetivamente, a atuação finalística dos órgãos reguladores e garantir que haja aderência das agências aos marcos regulatórios e às políticas públicas de infraestrutura. Atividade finalística abrange os atos que impactam a regulação do setor, como, por exemplo, determinação de tarifas,

metodologias para reajustes/revisões, assinatura e fiscalização de contratos de concessão/permissão/arrendamento.

195. Constatou-se que, para fins de avaliação da atividade finalística, os relatórios de gestão das agências utilizam em larga escala parâmetros quantitativos que buscam demonstrar o grau de implementação das ações dos programas governamentais sob suas responsabilidades, especialmente em termos de execução orçamentária/financeira e alocação de pessoal. Cita-se, como exemplo, a tabela a seguir, extraída do Relatório de Gestão da Antaq, relativamente ao ano de 2008:

Tabela 6 - Atendimento de Programa Governamental a cargo da Antaq

[VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL]

Fonte: Relatório de Gestão, Prestação de Contas Anual, ANTAQ, 2008

196. Como já discutido na seção anterior, não necessariamente o resultado efetivo da atividade fim dos órgãos reguladores é diretamente correlacionado com indicadores previstos no PPA e na LOA.

197. Percebeu-se também que é comum a existência de listagens (às vezes extensas) de atividades e produtos desenvolvidos pelas agências no âmbito das ações associadas a programas governamentais, que também não espelham, efetivamente, o resultado da ação do órgão.

198. Mencione-se ainda que a análise de alguns relatórios de gestão dos órgãos reguladores demonstrou existir diferentes graus de qualidade e de detalhamento da informação provida para fins de avaliação de sua atuação.

199. As agências reguladoras devem dispor de ferramentas capazes de comprovar que tem alcançado seus objetivos e metas da melhor maneira possível, devendo os gestores responder pelas ineficiências quanto ao cumprimento de suas missões regulatórias.

200. A seção 5.1.1 deste relatório concluiu que, a par da utilização de indicadores para acompanhamento do PPA e o desenvolvimento de indicadores de desempenho específicos por algumas agências, via de regra, as agências reguladoras e os respectivos ministérios vinculadores ainda não dispõem de metodologias sistematizadas e instituídas formalmente para avaliar, objetivamente, o desempenho finalístico dos entes reguladores. A insuficiência de parâmetros objetivos tem reflexo na prestação de contas, que ainda não consegue capturar e avaliar, em toda a sua plenitude, a atuação do regulador quanto à sua atividade fim.

201. As prestações de contas atuais são, em parte, hábeis a uma avaliação objetiva da gestão administrativa das agências. As informações constantes dos relatórios de gestão permitem que o controle faça uma avaliação segura e suficiente quanto à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência dos atos dos gestores quanto à atividade meio. Por outro lado, não se pode afirmar que as contas trazem elementos suficientes para a mesma avaliação objetiva quanto à atividade finalística.

202. A despeito da insuficiência de parâmetros objetivos para a avaliação em destaque, o processo de prestação de contas tem evoluído. O Projeto Contas do TCU tem tentado adaptar as prestações de contas às especificidades de cada entidade auditada e, nesse sentido,

avaliar a aderência do regulador às suas funções institucionais e aos marcos regulatórios. Este é um processo que tem merecido a atenção da Corte de Contas Federal, que busca continuamente aperfeiçoar o enfoque do controle sobre suas unidades jurisdicionadas.

203. Importante destacar, por oportuno, que os relatórios de gestão exprimem, de certa forma, as principais ações e os resultados mais relevantes do regulador quanto às suas atividades finalísticas, mas ainda não permitem uma avaliação em termos objetivos e em toda a sua plenitude do desempenho dos reguladores.

Controle do TCU sobre a atividade finalística das agências

204. A atuação do TCU sobre a atividade finalística das agências não se resume à apreciação das suas contas anuais, como doravante descrevemos.

205. A fiscalização da regulação dos serviços públicos encontra fundamento no art. 71 da Constituição Federal, especialmente nos incisos II, IV, VII a XI desse artigo. A avaliação de desempenho das agências reguladoras é respaldada pela atribuição constante do art. 71, IV, de o TCU realizar auditoria de natureza operacional. Cabe à Corte de Contas verificar, no caso das agências, se os resultados obtidos estão de acordo com os objetivos desses órgãos, conforme estabelecidos em lei. Tal verificação compreende examinar o cumprimento de sua missão reguladora e fiscalizadora, segundo os aspectos da economicidade, eficiência e eficácia. Bem certo que o TCU também promove o controle da legalidade e da legitimidade dos atos finalísticos das agências.

206. O TCU fiscaliza também a execução dos contratos de concessão. No que diz respeito a essa fiscalização, tal competência não se confunde com aquela atribuída às agências reguladoras. O TCU examina apenas se as agências estão fiscalizando os contratos de delegações de serviços públicos de forma a assegurar a prestação do serviço público adequado à população.

207. Tendo em vista o princípio da eficiência inserto na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, cabe ao Tribunal examinar também a eficácia e a efetividade da prestação de serviços públicos. Nesse sentido, o TCU analisa se os meios de que dispõem as agências reguladoras estão sendo utilizados de forma a que sejam atingidos os resultados previamente estabelecidos por lei. Do mesmo modo, o TCU verifica se os fins pretendidos pelas agências estão em consonância com o interesse público.

208. Nesse particular, cumpre mencionar a existência da Secretaria de Fiscalização de Desestatização - Sefid do TCU. Esta secretaria especializada tem como área específica de atuação a fiscalização e a avaliação da outorga de obras e serviços públicos e de atividades econômicas dos setores de infraestrutura, da execução dos respectivos contratos, da regulação setorial, da atuação dos entes reguladores e das privatizações de empresas estatais. A Sefid atua especificamente no controle da regulação (atividade fim das agências), em parceria com as demais secretarias do Tribunal que tem os órgãos reguladores como clientela.

209. Nos termos da Lei Orgânica (Lei nº 8.443/1992) e do Regimento Interno do Tribunal, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União. Ademais, estão disponíveis aos legitimados as representações, as consultas e as solicitações do Congresso Nacional, como a que ora se

apresenta. Tais instrumentos permitem à sociedade provocar o órgão de controle externo e não existem restrições a que tais manifestações versem acerca da atividade finalística das agências.

210. Resta nítido que o controle do TCU sobre a atividade finalística das agências não está adstrita ao julgamento das contas dos gestores. As prestações de contas e as demais fiscalizações buscam assegurar a aderência da atuação dos gestores aos marcos regulatórios e às políticas públicas. São controles complementares e que propiciam elevados benefícios à sociedade.

211. Ante todo o exposto, conclui-se que as informações veiculadas nas prestações de contas das agências exprimem, de certa forma, as ações e os resultados mais relevantes do regulador quanto às suas atividades finalísticas, mas ainda não permitem uma avaliação em termos objetivos e em toda a sua plenitude do desempenho dos reguladores. A utilização dos indicadores de acompanhamento do PPA, as metas físicas e financeiras da LOA e as descrições das ações relacionadas aos programas governamentais não são instrumentos efetivos para que o regulador setorial demonstre que tem alcançado seus objetivos institucionais da melhor forma. Ciente disto, o TCU tem tentado adaptar as prestações de contas às especificidades de cada entidade auditada e, nesse sentido, aprimorar a avaliação da aderência da Agência às suas funções institucionais e aos marcos regulatórios. Por fim, percebe-se que a avaliação da atividade finalística das agências não está adstrita ao julgamento das contas, sendo que o Tribunal, sistematicamente, utiliza-se de auditorias de desempenho e de outras formas de fiscalização no controle da regulação.

TRANSPARÊNCIA

212. Transparência refere-se às práticas adotadas pelos reguladores para fornecer, às partes interessadas, informações claras, acessíveis e diretas sobre suas atividades, perpassando os métodos e processos de elaboração, alteração e implementação de atos regulatórios.

Divulgação das Principais Ações e Decisões Finalísticas das agências

213. Apesar de algumas agências possuírem setores dedicados ao assessoramento de comunicação, ainda não há uma política específica e formal para divulgação dos principais atos/decisões regulatórias e seus impactos, sendo tal divulgação baseada, sobretudo, em ações incipientes e reativas.

214. Ainda na etapa de levantamento da auditoria, que contou com a participação de diversos stakeholders, ficou premente o entendimento comum quanto à necessidade de divulgação das ações como forma de prestação de contas com uma abrangência mais ampla e com uma abordagem menos formal.

215. O principal efeito da falta de uma política orientada à divulgação das ações regulatórias é o desconhecimento da sociedade quanto ao papel das agências e, especificamente, quanto ao teor das decisões regulatórias. Na ocasião da crise conhecida como "apagão aéreo", por exemplo, a Anac foi muito demandada para tratar de problemas que eram da responsabilidade das companhias aéreas.

216. A ANP apresenta uma preocupação com a divulgação institucional ao ponto de dispor de uma Superintendência para Divulgação e Comunicação Institucional - SCI, subordinada hierarquicamente à diretoria-Geral, diferentemente das outras agências, em que os setores encarregados formalmente dessa tarefa têm o status de assessorias.

217. Registre-se também que a ANA dispõe de uma Política de Comunicação datada de 2006 (fls. 403), que estabelece diretrizes da Agência para fortalecimento dos processos e produtos de comunicação, assim como sua identidade corporativa, abrangendo ações de relacionamento com a mídia, relações públicas, publicidade e marketing.

218. A ANTT e a Antaq também alegaram dispor de uma política de comunicação, contudo não foi identificado nenhum documento que corrobore essa afirmação. Constatou-se que a estratégia de divulgação se baseia precipuamente na disponibilização de informações nos respectivos portais na internet e divulgação de periódicos com tiragem limitada para públicos específicos.

219. Em resposta à indagação da equipe de auditoria, a maior parte das agências informou não dispor de política específica e formal para divulgação de material informativo sobre suas principais ações.

220. A Aneel, apesar de adotar um conjunto de ações de divulgação de forma difusa e em momentos distintos do processo regulatório, não possui estratégia integrada e formal, sendo a publicidade de sua atuação realizada de forma descentralizada por diversos setores do órgão.

221. A Anac possui algumas rotinas de divulgação, provenientes de ordens e orientações de diretores, mas também não possui política escrita e aprovada para esses fins. Sua estratégia consiste basicamente na divulgação de informações em seu sítio na internet.

222. Técnicos da Assessoria Parlamentar e de Comunicação Social - APC da Anatel relataram problemas de falta de pessoal e de recursos financeiros para deflagrar campanhas com maior abrangência e periodicidade. Queixa compartilhada pelas outras agências visitadas pela equipe de auditoria.

223. Constataram-se esforços pontuais de divulgação, pelos órgãos reguladores, de eventos regulatórios com maior repercussão, como a mudança de regras sobre determinados serviços com maior impacto sobre a sociedade.

224. Como exemplo, cita-se a campanha informativa deflagrada pela Anatel quando da implantação da portabilidade numérica para a telefonia fixa e móvel. A ação esteve concentrada entre o período de setembro/2008 a março/2009, especialmente entre o início e o fim da implementação.

225. Registre-se que as ações de publicidade oficial devem seguir as recomendações da Subsecretaria de Comunicação Institucional da Secretaria-Geral da Presidência da República (Secom) e ali são centralizadas. Alegou-se que várias campanhas de propaganda oficial não têm sido feitas por falta de orçamento.

226. Como as ações publicitárias tem que ser centralizadas na Secom, que dispõe de recursos limitados, a agenda de divulgação dos órgãos reguladores se submete às prioridades e à agenda do órgão central encarregado da publicidade oficial.

227. Registre-se que a Anatel manifestou a necessidade de que as agências não fossem submetidas à Secom, haja vista que esta situação compromete a autonomia dos entes reguladores.

228. Nesse contexto e dada a escassez de recursos, algumas agências, em ações de maior apelo social, procuram fomentar a mídia espontânea, estratégia que, apesar de válida, limita o controle do órgão sobre a forma e o alcance dos produtos de divulgação.

229. Outro fator que corrobora a falta de uma política específica para divulgação das ações das agências é que não são realizadas pesquisas para avaliar que tipo de informação o usuário necessita quando da elaboração de produtos/campanhas de divulgação.

230. O monitoramento dos produtos de divulgação das ações das agências é feito com base na percepção dos técnicos dos entes reguladores e outras avaliações subjetivas. Não há mecanismos formais e periódicos para avaliação da acessibilidade, relevância e qualidade dos produtos de divulgação. Na maioria das agências esse monitoramento é feito somente com base no nível de acesso a determinados conteúdos nos portais na internet e no grau de demanda dos órgãos de imprensa, notadamente a imprensa especializada.

231. Em algumas, como a Antaq, foi externado um entendimento de que, como não há demandas significativas pleiteando a alteração ou a criação de formas de divulgação, o serviço de comunicação institucional estaria sendo prestado a contento.

232. Segundo a ANP - em resposta a diligência da equipe -, mensalmente são emitidos relatórios contendo o número de contatos e os assuntos mais solicitados, o que permite a identificação do tipo de consumidor e a possibilidade de que a disseminação das informações siga uma melhor linguagem para a comunicação.

233. Outras agências também realizam levantamento sistemático do perfil das chamadas aos seus centros de atendimento, como a Assessoria de Relacionamento com o Usuário - ARU da Anatel. Essa informação, contudo, não tem sido utilizada, pelo menos não de maneira sistemática, para alimentar o processo de divulgação institucional. Tais dados são comumente utilizados para direcionar, por exemplo, as ações de fiscalização da Agência.

234. Por fim, reforça-se que não há estratégia sistematizada de divulgação da atuação das agências e as ações isoladas que são deflagradas com esse intuito ainda possuem caráter muito incipiente e reativo, precipuamente orientadas à disponibilização de documentos eletrônicos na internet (alguns sítios são confusos e de difícil navegação), que ainda possui baixa penetração no Brasil.

235. Ante o exposto, sugere-se recomendar às agências o desenvolvimento de políticas voltadas à ampla divulgação de suas ações, mormente aquelas de maior apelo e impacto social, com foco e linguagem adequados. A estruturação de tais políticas tende a fomentar uma maior participação da sociedade na atividade regulatória, além de permitir um maior esclarecimento ao público da importância dos entes reguladores e do impacto que as decisões destes podem ter em suas vidas cotidianas. Para tanto, é necessária a disponibilização de recursos humanos e financeiros adequados e suficientes, além da efetiva estruturação de uma política formal voltada para melhor divulgação das ações das agências.

236. Uma boa prática, pensada no âmbito do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização - GESPÚBLICA, criado em 23/2/2005, por meio da publicação do Decreto nº 5.378, é o Projeto Carta de Serviços ao Cidadão, cujo objetivo é a implantação da Carta de

Serviço, documento elaborado por uma organização pública que visa informar aos cidadãos quais os serviços prestados por ela, como acessar e obter esses serviços e quais são os compromissos de atendimento estabelecidos.

237. A Carta de Serviços busca colocar à disposição do cidadão todas as informações relacionadas aos serviços por ela prestados explicitando como acessá-los, como eles serão prestados, quem são os responsáveis pela prestação de cada um dos serviços e os meios pelos quais o cidadão poderá emitir sugestões para a melhoria desses serviços. É um instrumento que, apesar de não estar voltado à divulgação das principais ações e resultados, pode auxiliar na divulgação dos serviços prestados pelas agências para que sejam amplamente conhecidos pela sociedade.

Processo Decisório

238. Constatou-se que há grande diversidade entre os procedimentos utilizados pelas agências para dar transparência ao seu processo decisório, em função da divergência de entendimentos quanto à necessidade ou quanto à pertinência de divulgação de determinadas etapas do processo.

239. Durante o levantamento das questões de auditoria, constatou-se inicialmente que a Aneel dispõe de um processo decisório consubstanciado em arcabouço normativo robusto, derivado do Decreto nº 2.335, de 6/12/1997, que regulamentou a Lei nº 9.427/1996, bem como da Portaria MME nº 349, de 28/11/1997 e outros normativos.

240. Como registrado no documento de fls. 449/469, as pautas com os assuntos que serão deliberados nas reuniões públicas e a lista de processos a serem julgados tem prévia divulgação pela Secretaria-Geral, assim como todas as outras etapas processuais tem ampla divulgação na internet, contando com a transmissão, por esse meio, das sessões deliberativas de sua diretoria.

241. As reuniões da diretoria também são previamente agendadas em calendário anual emitido por Portaria, a qual é dada devida publicidade em boletim interno e em seu portal na internet.

242. Também é dada divulgação de todos os atos originários das decisões das reuniões da diretoria, inclusive das atas que, após aprovadas, ficam disponibilizadas no sítio eletrônico.

243. Há sistema de acompanhamento processual eletrônico com informações sobre o assunto do processo e outros detalhes de sua localização.

244. Partindo-se da agência reguladora de energia elétrica como referência, verificou-se uma grande variação nas políticas de transparência do processo decisório nas demais agências.

245. Na Antaq, por exemplo, não há divulgação das pautas previamente às reuniões deliberativas, sendo disponibilizadas apenas internamente na intranet local e distribuídas aos participantes, porque, conforme relatado em entrevistas, isso poderia ensejar a oportunidade da interposição de medidas protelatórias por terceiros de má-fé. Entende-se que tal justificativa contraria o princípio da publicidade. Ademais, boa parte das etapas do processo decisório que possuem divulgação, tem visualização apenas na rede interna do órgão. Também não há realização

de reuniões periódicas da diretoria, que se reúne apenas por iniciativa de seus membros quando verificada a necessidade de deliberar acerca de determinada matéria, ainda que previamente agendadas.

246. O acompanhamento sobre o assunto de um processo também só pode ser verificado presencialmente. O sistema de acompanhamento processual só dispõe de informações muito básicas.

247. Também não é realizada transmissão pública da reunião da diretoria, aliás, como é a prática em todas as outras agências, à exceção da Aneel. Apesar de estar em análise interna a realização de reunião pública, foram relatadas dificuldades para sua implementação, como a necessidade de aquisição de equipamentos e sistemas que permitam essa funcionalidade (fls. 474).

248. Na ANA, cabe registrar que os processos são digitalizados e disponibilizados na rede intranet pelo sistema Próton de Gestão de Documentos e Processos, com acesso apenas interno, mas irrestrito (fls. 409). Ressalte-se que boa parte das etapas do processo decisório possui divulgação restrita à sua rede interna.

249. Na ANTT, as pautas são divulgadas com antecedência de 48 horas na internet. Também dispõe de sistema de consulta aos processos, o SIGED, que, contudo, permite apenas acesso interno. Para acesso externo é necessário solicitar vista do processo.

250. Na Anatel, em algumas ocasiões, os votos de conselheiros são pronunciados oralmente.

251. Ainda relativamente à Anatel, cabe transcrever trecho de relatório de sua Ouvidoria, em relação à ferramenta de acompanhamento processual:

"Outra deficiência verificada é a ausência de uma ferramenta informatizada e robusta para acompanhamento processual, principalmente, dos Pado"s sub-judice, dificuldade esta apontada pela Procuradoria Federal Especializada da Anatel (...), fato que entendemos de extrema gravidade diante do volume dos processos judicializados e do seu crescimento. É imperioso o suporte da Anatel para a implantação desta ferramenta em face dos riscos iminentes. Registre-se que nem mesmo as superintendências dispõem destes dados com a segurança requerida".

252. Conclui-se que a forma de tratamento da divulgação do processo decisório das agências é bastante díspar, sendo verificados diversos graus de maturidade. Essa diversidade gera, em alguns entes, um nível de transparência insuficiente, prejudicando o acompanhamento de suas ações.

253. Como ressaltado aqui, os procedimentos adotados pela Aneel, descritos anteriormente, representam boa prática a serem observados pelos outros reguladores setoriais.

254. Nesse sentido, sugere-se recomendar às agências reguladoras o estabelecimento de requisitos mínimos de transparência do processo decisório, tendo por parâmetro os procedimentos adotados pela Aneel.

255. Ressalte-se, por fim, que a transparência do processo decisório deve se compatibilizar com a preservação, quando necessária, do "sigilo das informações".

CONTROLE SOCIAL

256. Controle social compreende os mecanismos que permitem a participação da sociedade na elaboração de normas, na fiscalização, no monitoramento e no controle da atividade regulatória.

Participação da Sociedade nos Processos de Controle Social

257. Apesar de implementados e aplicados pelas agências, denotou-se uma baixa participação da sociedade nos processos de controle social.

258. Uma das facetas da regulação é ponderar interesses e a baixa participação efetiva da sociedade nos processos de controle social dificulta o trabalho do regulador em verificar os diversos interesses envolvidos, podendo a regulação tornar-se desequilibrada.

259. O Poder Público preocupa-se, atualmente, em incentivar o controle social e em conhecer os interesses dos usuários/consumidores finais, bem como das empresas prestadoras. Observou-se que esse cuidado também está presente nas agências reguladoras de infraestrutura.

260. Nesse sentido, os sítios das agências estão equipados com diversos instrumentos para garantir o contato do público com seus técnicos e diretores. Como exemplos, cite-se o "fale conosco", que possui formato telefônico, formulário digital ou mesmo chat on line. Além desses recursos, algumas agências possuem ouvidorias ou centros de atendimento ao usuário/consumidor, onde se recebem denúncias, elogios, reclamações, dúvidas e sugestões.

261. As leis de criação das agências auditadas, com exceção da ANA, regem a necessidade desses órgãos realizarem audiências públicas para a discussão de alterações de suas normas administrativas e de decisões de diretoria que alterem direitos de agentes e usuários. Verificou-se que esses entes utilizam em larga escala as audiências e consultas públicas, inclusive em ocasiões não previstas originalmente nas leis, ou seja, ampliando o escopo da participação da sociedade e a publicidade dos atos regulatórios, o que é louvável.

262. A ANA é uma agência sui generis, já que não regula a prestação de serviços públicos. Nesse sentido, sua lei de criação não previu a realização de audiências ou consultas públicas, razão pela qual jamais utilizou tal instituto desde sua criação. Nas entrevistas, todavia, seus técnicos afirmaram que a autarquia encontra-se preparada para operar audiências, caso haja necessidade e um novo marco legal assim exija.

263. Outra forma de participação da sociedade, no caso da Anatel e da Anac, são os conselhos consultivos, com participação pública e privada, e que possuem função de discutir políticas ou assessorar a diretoria das agências na realização de suas competências. Esse instrumento, porém, carece de melhorias. Segundo as entrevistas realizadas, a escolha dos membros não possui critérios técnicos claros, há falta de interesse de alguns envolvidos e a quantidade de membros de diferentes vertentes muitas vezes impede o consenso. Ademais, sua atuação é residual.

264. Pode-se citar, ainda,

[VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL]os comitês e conselhos de usuários da Anatel, as reuniões públicas da diretoria da Aneel e o grupo paritário de trabalho da ANTT.

265. Apesar do número de instrumentos de controle social identificados, os técnicos das agências reconheceram nas entrevistas que a participação da sociedade ainda é pequena e

pouco baseada tecnicamente, dificultando o aproveitamento efetivo de grande parte das contribuições. Isso pode ser explicado, em parte, pela grande especificidade e complexidade dos assuntos inerentes à regulação dos serviços de infraestrutura.

266. Grande parte dos usuários - geralmente consumidores finais - possui baixa capacidade de mobilização e pouco conhecimento do assunto, de sorte que suas contribuições tendem a limitar-se a reclamações sem argumentação técnica. Por outro lado, uma pequena parcela de usuários - geralmente consumidores intermediários - e as empresas concessionárias/permissionárias são capazes de defender mais organizadamente seus interesses e de utilizar os instrumentos de controle social de forma mais ativa e tecnicamente baseada. Verificam com frequência o sítio das agências, são bem representados por especialistas e somam a quase totalidade das contribuições recebidas nas audiências.

267. Considerando que uma regulação eficiente pressupõe o conhecimento, pelo regulador, de todos os interesses envolvidos, a baixa participação de parcela considerável dos usuários nos processos de controle social pode prejudicar a consecução dos fins esperados pela atividade regulatória.

268. Ante todo o exposto e tendo em vista a razoável quantidade de instrumentos de controle social já aplicados pelas agências, entende-se que uma política de capacitação dos usuários (ou de suas instâncias representativas) promoveria um maior grau de participação efetiva de considerável parcela da sociedade na atividade regulatória.

Audiências e Consultas Públicas

269. Constatou-se a inexistência de tratamento uniforme e de padronização mínima na aplicação dos processos de audiências e consultas públicas.

270. As tabelas a seguir resumem as características das audiências/consultas públicas nas agências reguladoras de infraestrutura. Para construí-la, a equipe realizou entrevistas com técnicos das autarquias auditadas e pesquisou em seus sítios o histórico, em média, de 10 a 15 audiências e consultas públicas de

[VIDE GRÁFICO NO DOCUMENTO ORIGINAL]2008 e 2009, compilando as informações e o formato como elas foram disponibilizadas, bem como seu prazo de finalização. Não foi escopo da presente auditoria avaliar a qualidade das contribuições recebidas pelas agências, nem as análises realizadas, ou, ainda, definir seu grau de aceitação.

Tabela 7 - Características das audiências/consultas públicas nas agências reguladoras de infraestrutura

Agência Quando normativamente ocorre? Possui regulamento para operacionalizar audiências/

consultas? Outras formas de participação da sociedade

Anatel Lei nº 9.472/1997, projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da diretoria que alterem direitos de agentes e usuários. Sim. Portaria nº 760/2008

Padronizou internamente o procedimento administrativo de audiência pública

- Conselho consultivo: representantes do CN, Executivo, entidades de classe das prestadoras, entidades de usuários. Função de opinar sobre políticas antes do envio ao MC, de aconselhar sobre instituir ou eliminar prestação de serviço público e de fazer proposições.

- Comitês: sempre sob a direção de um conselheiro pra realizar estudos e formular proposições. Ex: dos usuários.

- Conselhos de Usuários: 47 junto às concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), com caráter consultivo, formula propostas de melhoria do serviço.

Aneel - Lei nº 9.427/1996, projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da diretoria que alterem direitos de agentes e usuários. Sim.

Resolução 273/2007. Desce no nível operacional, mas não há prazo para disponibilizar relatório de análise das contribuições. - Reuniões Públicas da diretoria - participação aberta ao público, transmitida via internet e com pautas e relatórios de processos disponibilizados no site.

ANP - Lei nº 9.478/1997, projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da diretoria que alterem direitos de agentes e usuários. Sim.

Instrução Normativa - Não informado.

Anac - Lei nº 11.182/2005, projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da diretoria que alterem direitos de agentes e usuários.

Sim.

IN Anac nº 18/2009. Desce no nível operacional, mas não há prazo para disponibilizar relatório de análise de contribuições - Conselho Consultivo: função de assessorar a diretoria da Anac na implementação das políticas, bem como propor ações e emitir parecer sobre a gestão da diretoria. Formado por representantes do Comando da Aeronáutica, empresas de transportes, exploradores de infraestrutura aeroportuária, usuários, indústria aeronáutica, dentre outros.

ANTT - Lei nº 10.233/2001, projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da diretoria que alterem direitos de agentes e usuários. Sim.

Resolução ANTT nº 3.026/2009. Desce no nível operacional. diretoria aprova relatório de contribuições antes de envio ao site, mas não há prazo. - Formulário postal disponível em alguns terminais rodoviários

- Grupo Paritário de Trabalho envolvendo usuários, concessionária e ANTT.

Antaq - idem. Sim.

Resolução ANTT nº 3.026/2009. Desce no nível operacional. diretoria aprova relatório de contribuições antes de envio ao site, mas não há prazo. - Não informado.

ANA - n/a

n/a - Conselho Nacional de Recursos Hídricos, previsto na Lei 9.433/1997. Possui representantes dos usuários e de associações civis (ONGs, Org. de Ensino etc.). No total são 57 conselheiros com mandatos de 3 anos. Orienta e media as decisões de recursos hídricos.

Fonte: dados tratados pelo TCU

Tabela 8 - Informações disponibilizadas nos processos de audiências/consultas públicas

Agência Informações disponíveis nas audiências/consultas: Informações disponíveis após as audiências/consultas:

Minuta de resolução Exposição de motivos Análises, estudos, , Informe, NT sobre proposta Contribuições identificadas Relatório de avaliação das contribuições, resultados

Anatel sim sim sim sim sim

Aneel sim sim sim sim sim

ANP sim não***** Sim***** sim Sim*

Anac sim sim sim sim Sim**

ANTT sim Sim*** Sim**** sim Sim*****

Antaq sim não não sim sim

ANA n/a n/a n/a n/a n/a

Fonte: dados tratados pelo TCU

*Formato do relatório varia.

**O relatório não individualiza as contribuições quando elas versam sobre o mesmo artigo. Ele condensa todas num texto único.

***Apenas quando disponibilizado a NT

****Apenas em alguns casos.

*****Norma atual prevê relatório com análise identificada e individual, mas no geral disponibiliza a súmula onde algumas vezes isso não ocorre e o padrão varia.

*****A relação dos atos administrativos oficiais da ANP não inclui a figura da Exposição de Motivos

*****Não são disponibilizados em todos os casos

271. Os diplomas legais apenas indicam as ocasiões em que deveriam ocorrer audiências públicas (poucas mencionam o termo consulta pública) e não especificam com clareza a própria definição do instituto, nem enumeram os requisitos mínimos que caracterizariam certo procedimento como audiência ou consulta.

272. Nenhuma das agências disciplinou um prazo para disponibilizar o relatório de análise das contribuições recebidas ou mesmo o formato deste relatório. Em muitos casos, esse relatório não é disponibilizado em prazo razoável. Pode acontecer de a sociedade participar desses processos, o ato administrativo ser editado e, apenas meses depois, o particular ter a possibilidade de entender ou mesmo ter acesso às razões que levaram o ente regulador a rejeitar sua contribuição, enfraquecendo a própria essência do instrumento de controle social.

273. O critério utilizado pela equipe identifica que a audiência ou consulta pública requer, no mínimo, que algumas informações sejam disponibilizadas antes e após sua realização.

274. Inicialmente, o motivo de realização da audiência/consulta deve ser externalizado expressamente e de forma clara. Essa exposição de motivos deve fazer parte do procedimento. Além disso, a Agência deve disponibilizar uma nota técnica onde discorre sobre as escolhas que realizou, os critérios que utilizou, as alternativas que possuía e o porquê de sua minuta de resolução. Ou seja, essa nota técnica deve conter, no mínimo, uma exposição de motivos clara, além da análise fática e os estudos envolvidos na formulação daquela minuta. Essa

publicidade é importante para que a sociedade possa entender as escolhas do regulador e, assim, ser capaz de criticar e de propor suas alternativas, caso julgue pertinente.

275. Deve-se levar em consideração que regular é uma atividade eminentemente técnica e pouco política, portanto, a discricionariedade, quando ocorre, é limitada por critérios científicos e a Constituição Federal exige que essas escolhas sejam justificadas e externalizadas.

276. Algumas agências não disponibilizam os motivos, nem fundamentam suas escolhas em todos os processos. A Antaq disponibilizou apenas a minuta de resolução nas audiências pesquisadas, ou seja, não publicou sua motivação. A ANTT disponibiliza nota técnica apenas em alguns casos, geralmente os mais relevantes e de grande impacto na sociedade.

277. O prazo para recebimento das contribuições, depois de dada publicidade à audiência/consulta, geralmente é de 30 (trinta) dias, denotando certa preocupação e flexibilidade das agências em oferecer um prazo razoável para recebimento das proposições da sociedade.

278. É importante que a Agência, após a audiência, disponibilize um relatório que contenha a análise de todas as contribuições recebidas - podendo agrupar aquelas de mesmo teor -, motivando sua rejeição quando for o caso, bem como delimitando o resultado alcançado pela audiência.

279. Observou-se que, recentemente, as agências têm disponibilizado tais relatórios, porém, em alguns casos, em prazos não razoáveis. Mesmo nos entes que possuem resolução disciplinando a operacionalidade das audiências, não é dada devida importância à tempestividade da análise das contribuições, o que representa uma ineficiência grave do processo.

280. A ausência de regulamentação institucional de prazo para disponibilizar o relatório de análise das contribuições, bem como a disponibilização deste em prazo não razoável pode gerar dúvidas acerca da utilidade da audiência/consulta pública, inibindo participações futuras. Nesse sentido, sugere-se determinar às agências que definam, normativamente, prazos razoáveis para disponibilização dos relatórios de análise das contribuições recebidas em audiências/consultas públicas.

281. Registre-se que a legislação normalmente menciona o termo audiência pública, mas as agências institucionalizaram também as consultas públicas, configurando uma boa prática. Elas geralmente são delegações da diretoria a superintendentes e servem para buscar aprimorar a discussão em assuntos específicos das matérias em análise. Por exemplo, o edital de licitação e a minuta de contrato de uma concessão são apresentados à sociedade por meio de audiências públicas. Anteriormente a isso, contudo, a Superintendência responsável pode sentir necessidade de questionar a sociedade acerca de alguns parâmetros, tais como o modo de prestação do serviço. Isso pode ser feito por uma consulta, antes de aprovar o edital, competência que pertence, normalmente, à diretoria.

282. A diferença para as audiências é bem sutil, mas a boa prática reside exatamente na ampliação das possibilidades previstas na lei para participação da sociedade no processo regulatório. Esclarece-se aqui que a terminologia na Anatel, por força de sua lei, segue lógica contrária. Ou seja, o que foi conceituado para audiência, na referida agência chama-se consulta.

283. A falta de padronização conceitual e operacional de audiências e consultas públicas pode gerar confusão, dificultando a participação de parte dos usuários. Ante o exposto, entende-se que as audiências/consultas públicas, respeitadas as particularidades inerentes aos diversos entes reguladores, ganhariam maior eficiência e

representatividade mediante padronização mínima dos institutos entre as agências, notadamente quanto aos documentos que devem ser disponibilizados antes e após a audiência ou consulta pública, bem como o prazo máximo que elas deveriam possuir para disponibilizar essas informações aos interessados.

284. A padronização das audiências e consultas públicas nos termos supra mencionados facilitará e incrementará a participação da sociedade, contribuindo para uma discussão mais profunda dos atos regulatórios.

Ouvidorias

285. O papel das ouvidorias é muito heterogêneo entre as agências. Em alguns casos, denota, inclusive, a ausência de uma função de avaliação da atuação do ente.

286. De forma geral, a situação encontrada nas ouvidorias está resumida na tabela a seguir.

Tabela 9 - Características das ouvidorias das agências reguladoras de infraestrutura

ANAC ANATEL ANTT ANTAQ ANEEL ANA

Mandato 2 anos 2 anos 3 anos 3 anos Diretor-Ouvidor (4 anos) N/A

Recondução Uma vez por igual período Uma vez por igual período Uma vez por igual período Uma vez por igual período N/A N/A

Nomeação Presidente da República Presidente da República Presidente da República Presidente da República N/A Corregedor indicado pela diretoria e nomeado pelo MMA

Independência funcional/ Órgão de ligação Não. diretoria-Geral com grau de vinculação Sim. Está no nível da diretoria, mas sem vinculação Não. diretoria-Geral com grau de vinculação Não. diretoria-Geral com grau de vinculação Não. Ouvidor é um dos Diretores, que faz parte da estrutura da Agência Não. Corregedoria é parte da estrutura da Agência

Funções* Apreciação crítica da atuação da Agência e recepção e tratamento de manifestações que se refiram à atuação institucional da Agência Apreciação crítica da gestão da Agência

Participação nas reuniões da diretoria sem direito a voto Voltadas a call center Voltadas a call center Voltadas a call center

Responsável pela cobrança da correta aplicação de medidas pelos agentes no atendimento de reclamações de agentes e consumidores Voltadas a call center Produtos -Relatório semestral (legal)

-Relatório circunstanciado, quando a diretoria julgar oportuno -Relatório semestral (legal)

-Pode realizar outros quando oportuno Relatório semestral de suas atividades (legal) Relatório semestral de suas atividades (legal) -Relatório mensal quantitativo e qualitativo do

atendimento das demandas (mencionado na entrevista) Prestar informações à diretoria pra melhora administrativa. Demanda baixa nunca justificou essa função

Fonte: dados tratados pelo TCU

* Entende-se como funções voltadas a call center aquelas relacionadas, apenas, ao recebimento de pedidos de informações, esclarecimentos e reclamações, ou seja, não há previsão de análise crítica da gestão e da atuação da agência por parte da ouvidoria.

Obs 1: A lei de criação da ANP não prevê a instituição de ouvidoria. Por meio da Portaria ANP nº 111/2000, foi criado o Centro de Relações com o Consumidor - CRC, com funções voltadas ao recebimento de denúncias, reclamações, dúvidas e elogios.

Obs 2: A lei de criação da ANA também não prevê a existência de ouvidoria. Em razão disso, o Regimento Interno da Agência delegou tal função ao Corregedor.

287. Observou-se que as ouvidorias estão em diferentes graus de implantação e possuem diferentes características de mandato, função e atuação. Essa variação decorre de suas próprias leis de criação. Por exemplo, as leis de criação da Aneel (1996), Anatel (1997) e ANP (1997), apesar de contemporâneas, conceberam ouvidorias inteiramente diferentes. A Anatel separou a ouvidoria, que avalia a gestão da Agência, do serviço de call center, enquanto a Aneel previu a figura do diretor ouvidor, com funções de call center, e a ANP nem mencionou a existência de uma ouvidoria.

288. Os mandatos variam entre 2 (dois) e 4 (quatro) anos. Em entrevista, a ouvidora da Anac afirmou que o mandato de dois anos seria insuficiente para o desempenho de suas competências e que um mandato mais longo poderia trazer ganhos à eficiência e ao planejamento da atividade dentro da Agência.

289. Em relação à nomeação e à recondução, notou-se certa padronização, na medida em que os ouvidores, em geral, necessitam de nomeação do Presidente da República e podem ser reconduzidos uma vez por igual período.

290. No tocante à independência funcional do ouvidor, o critério utilizado pela equipe identificou apenas um modelo que garante esse atributo, o da Anatel, por posicionar sua Ouvidoria no nível da diretoria sem vínculo de subordinação.

291. Entendeu-se que a ouvidoria, para ser instrumento eficaz de controle social, deve ter autonomia e independência, estando no mesmo nível da diretoria, porém sem vínculo de subordinação a esta; deve ter acesso livre à demanda de reclamações, denúncias, questionamentos e elogios dos usuários (não necessariamente deve controlar quem recolhe essas informações, ou seja, o call center); utilizar esses dados para avaliar a gestão interna do regulador e, assim, propor melhorias nos procedimentos de atendimento ao usuário, garantindo que esse atendimento seja útil, eficaz e tempestivo.

292. Se a ouvidoria for ligada ao Colegiado com grau de subordinação/vinculação, pode haver certo corporativismo ou dificuldade na avaliação e no acesso às informações, na medida em que avaliar a gestão do órgão regulador envolve, em alguns casos, disponibilizar dados e conclusões que desabonam a atuação da Agência. Apenas um ouvidor com independência e sem

quaisquer vínculos de subordinação possui todos os incentivos para exercer a função primordial da ouvidoria, defender os interesses da sociedade e garantir o melhor atendimento das demandas.

293. Nas entrevistas realizadas, o ouvidor da ANTT, que possui competências voltadas à administração de call center, reconheceram que a ligação da ouvidoria com a diretoria-Geral com grau de subordinação dificulta suas atuações. Reconheceram também que a ouvidoria deveria ir além da mera administração do recolhimento de reclamações e elogios dos usuários, corroborando o critério utilizado pela equipe. Inclusive a Associação dos Ouvidores pleiteia junto ao Congresso Nacional que o modelo da Anatel seja estendido às demais agências.

294. A ANA não possui ouvidoria. A Lei nº 9.984/2000, que a criou, e o Decreto nº 3.692/2000, que aprovou sua estrutura regimental, não mencionaram a existência de uma ouvidoria. Assim, seu Regimento Interno delegou tais funções ao corregedor. Nas entrevistas, seus técnicos alegaram que a Agência não exerce regulação e nem administra bens e serviços públicos, portanto, não lida com usuários ou empresas prestadoras. Dessa forma, a demanda de sua ouvidoria é quase inexistente. O corregedor afirmou que, mesmo dentro dessa pequena demanda, a maior parte diz respeito a questões de competência das companhias de abastecimento e não da própria Agência (reclamações de contas e quedas no abastecimento).

295. A ANP também não possui ouvidoria, por omissão da Lei nº 9.478/1997. Por meio da Portaria ANP nº 111/2000, a Agência criou o centro de relações com o consumidor - CRC, que administra e fiscaliza o "fale conosco" do órgão regulador, que não possui a função de avaliar a gestão interna do ente.

296. A Aneel possui a figura do diretor ouvidor, por força de sua lei de criação (Lei nº 9.427/1996), atribuindo-lhe zelar pela qualidade do serviço e receber reclamações dos usuários. A norma também rege que essa função será exercida alternadamente entre os diretores.

297. Em relação aos produtos editados pelos ouvidores, legalmente todos exigem relatório semestral de atividades. Em alguns casos, como Anac e Aneel, são emitidos relatórios quantitativos e qualitativos de análise do atendimento das demandas dos consumidores respondidos pelas superintendências. Tais documentos são disponibilizados na internet. Ressalte-se que o sítio da Antaq é o único que não apresenta os relatórios de sua ouvidoria.

298. A heterogeneidade legal permitiu a instituição de ouvidorias que não exercem as funções que, no entender da equipe da auditoria, seriam típicas de órgão dessa natureza. Ou seja, uma estrutura independente capaz de avaliar criticamente a eficiência do órgão regulador no atendimento às demandas da sociedade e de dar publicidade a essa análise.

299. Esta heterogeneidade também prejudicou a evolução de uma cultura de ouvidoria nas agências. Observou-se nas entrevistas com os técnicos dos órgãos reguladores o desconhecimento do papel, do objetivo e da própria necessidade da criação das ouvidorias. Mesmo desconhecendo seus objetivos, notou-se certo receio de que o ouvidor limite ou eventualmente venha a limitar de alguma forma a autonomia da Agência, o que certamente não é o objetivo do instituto.

300. Como boa prática, a Lei nº 9.472/1997, que criou a Anatel, possui elementos interessantes acerca da instituição de ouvidorias. Prevê a independência do Ouvidor, presente no

organograma da Agência no nível da diretoria, mas sem qualquer vínculo ou subordinação; concede acesso irrestrito a quaisquer informações e, ainda, atribui-lhe a competência de avaliar criticamente a gestão interna da Agência, propondo melhorias administrativas e procedimentais.

301. Ante o exposto, entende-se que a institucionalização nas agências de um modelo de ouvidoria nos termos a seguir listados permitirá um incremento na efetividade desse instrumento de controle social:

- (i) inserção da ouvidoria no organograma da Agência no mesmo nível da diretoria colegiada, contudo sem quaisquer vínculos de subordinação;
- (ii) mandatos legalmente expressos para avaliar a gestão da Agência;
- (iii) padronização mínima do teor dos relatórios/produtos que as ouvidorias devem, obrigatoriamente, emitir e os instrumentos que garantam sua eficiente divulgação à sociedade;
- (iv) igual duração dos mandatos dos ouvidores em todas as agências;
- (v) garantia de acesso irrestrito a informações. Nesse caso, é prudente aplicar ao ouvidor o instituto da quarentena.

302. Cabe destacar que, considerando o modelo de ouvidoria anteriormente descrito, deve-se também reavaliar as condições de indicação e de nomeação que se aplicariam ao ouvidor, com o fito de se preservar a necessária autonomia das agências frente a influências indevidas. Pode-se fazer um paralelo com a indicação dos próprios dirigentes dos entes reguladores, que são indicados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal. Tal conformação poderia outorgar legitimidade ao ouvidor para a assunção de competências tão relevantes.

303. Por fim, observe-se que tais alterações somente poderiam ocorrer com a edição de novas leis, na medida em que grande parte das ouvidorias dos órgãos reguladores foi instituída pelas próprias leis de criação dessas autarquias.

MECANISMOS DE GESTÃO DE RISCOS E DE AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO

304. A gestão de riscos e a análise do impacto regulatório - AIR propiciam às agências mecanismos para garantir a eficiência e a efetividade das atividades regulatórias. Tais ferramentas tem o condão de melhorar a governança regulatória, propiciando transparência para a tomada de decisão, conforme riscos e oportunidades identificadas; e decisões regulatórias justificadas e apropriadas, por meio da análise prévia do impacto de escolhas regulatórias.

305. Segundo o Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission - Coso:

"O gerenciamento de riscos corporativos trata de riscos e oportunidades que afetam a criação ou a preservação de valor, sendo definido da seguinte forma: o gerenciamento de riscos corporativos é um processo conduzido em uma organização pelo conselho de administração, diretoria e demais empregados, aplicado no estabelecimento de estratégias, formuladas para identificar em toda organização eventos em potencial, capazes de afetá-la, e administrar os riscos de modo a mantê-los compatíveis com o apetite a risco da organização e possibilitar garantia razoável do cumprimento de seus objetivos".

306. A gestão de riscos é apontada como um instrumento importante para definir a transparência necessária para uma governança eficaz. Por meio desse processo, são identificados e

analisados os riscos com a maior probabilidade de ocorrência e que mais impactam o alcance dos objetivos da organização, o que proporciona uma visão dos riscos assumidos e mitigados pela organização.

307. A avaliação de impacto regulatório, conforme relatório sobre a reforma regulatória, elaborado pela OCDE (2008) é assim definida:

"A AIR é uma ferramenta regulatória que examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas. Ela oferece aos tomadores de decisão dados empíricos valiosos e uma estrutura abrangente na qual eles podem avaliar suas opções e consequências que suas decisões podem ter. Um escasso entendimento dos problemas em questão ou dos efeitos indiretos da ação governamental pode debilitar os incentivos regulatórios e resultar em falha regulatória. A AIR é utilizada para definir problemas e garantir que a ação governamental seja justificada e apropriada".

308. A finalidade da gestão de riscos é estabelecer a direção para o alcance dos objetivos e das políticas definidas. O objetivo da AIR é analisar o impacto de decisões regulatórias para orientar o processo decisório quanto a casos concretos. Essa análise leva em consideração os riscos associados e pode, conseqüentemente, influenciá-los. Assim, são dois instrumentos essenciais para a governança das agências.

309. Nesse contexto, buscou-se analisar como as agências reguladoras estão inserindo a gestão de riscos e a AIR no cotidiano de suas atividades regulatórias. Considerando a discussão sobre o equilíbrio adequado entre a autonomia das agências e a devida prestação de contas e responsabilização, a presente análise é bastante relevante e atual, já que um eficaz gerenciamento de riscos e a implementação da Análise do Impacto Regulatório ampliam a almejada e necessária transparência das escolhas regulatórias.

GESTÃO DE RISCOS

310. Verificou-se que ainda não há processo de gerenciamento de riscos formalmente institucionalizado nas agências reguladoras de infraestrutura. Observaram-se, contudo, experiências pontuais de análise e identificação de riscos em setores isolados da ANA, da Aneel e da Anac.

311. Os documentos COSO (Committee Of Sponsoring Organizations) I e II e ISO (International Organization for Standardization) foram utilizados como referência para analisar a estrutura de gerenciamento de riscos das agências reguladoras de infraestrutura. O modelo COSO I tornou-se referência mundial por padronizar conceitos de controles internos, após a criação da Treadway Commission, em 1985, para estudar as causas de ocorrências de fraude em relatórios financeiros. O modelo COSO II foi definido devido a novas crises no mundo corporativo, em que se entendeu oportuno estabelecer melhorias na governança e no gerenciamento de riscos.

312. É importante observar que o gerenciamento de risco é um processo contínuo, conduzido por profissionais em todos os níveis e unidades da organização e compatível com as estratégias definidas. Além disso, é necessário estabelecer a visão de portfólio de todos os riscos a que a organização está exposta, de forma a garantir uma segurança razoável de que foram

identificados, para o conselho de administração e diretoria executiva, os eventos em potencial que podem afetar a organização, o risco tolerado e o tratamento para os riscos.

313. Os benefícios do gerenciamento de riscos são diversos. Observa-se que eles ultrapassam as instituições nas quais a gestão de riscos é implementada, pois propiciam uma linguagem clara dos objetivos da organização e os riscos por ela assumidos. É um instrumento essencial para estabelecer transparência e accountability, além de viabilizar um comportamento proativo diante dos riscos identificados.

314. Segundo o COSO, a eficácia do gerenciamento de riscos depende da presença e do bom resultado de oito componentes inter-relacionados: ambiente interno, fixação de objetivos, identificação de eventos, avaliação de riscos, resposta a riscos, atividades de controle, informação e comunicação, e monitoramento. A ISO estabeleceu os atributos necessários para uma gestão de riscos avançada. A partir desses dois documentos, definiram-se dimensões para avaliar a estrutura de cada Agência quanto à gestão de riscos, conforme a Tabela 10 apresentada a seguir (tabela completa e detalhada encontra-se aposta no Apêndice F).

315. A Tabela 10 consolida todas as informações prestadas pelas agências, em entrevistas e diligências, quanto aos critérios descritos acima. O objetivo da tabela de gestão de riscos avançada é avaliar, em conjunto, a estrutura das autarquias estudadas para definir que regulador possui uma estrutura de governança mais apta e próxima de uma gestão de riscos avançada. O ano de criação de cada ente foi considerado para informar quais agências são mais antigas, pois parte-se do pressuposto de que elas deveriam estar mais bem estruturadas do que as mais recentes.

Tabela 10 - Gestão de riscos avançada							
agências Ana Aneel ANP Anac Antaq Antt Anatel							
Ano de Criação	2000	1996	1997	2005	2001	2001	1998
Ambiente Interno (Comprometimento)							
Alta Administração	+	+	+/-	+/-	--	+	+
Corpo Técnico	+	+	+/-	+/-	+/-	+	+
Fixação de objetivos							
Objetivos legais claros	+						
	+						
	+						
	+/-						
	+ +						
Existência de planejamento estratégico							
	+						
	--						
	+/-						
	--						
	+ +						

Desdobramentos do planejamento estratégico +/-

+

--

--

-- +/-

+/-

Análise dos riscos

Identificação de riscos +/-

+/- -- +/- -- -- --

Documentação dos Riscos +/-

+/- -- +/- -- -- --

Priorização das atividades conforme os riscos identificados

Nível de riscos aceitáveis --

--

--

--

--

--

--

Recursos necessários para áreas, processos críticos e fiscalizações. +/-

-- -- +/-

-- --

--

Definição Clara de Responsabilidade (consciência das tarefas, riscos e controles necessários)

Registro das responsabilidades. -- +/-

-- -- -- -- --

Processo de Tomada de decisão (a gestão de risco é considerada no processo de tomada de decisão dentro da organização)

Pela alta administração +/-

-- -- +/-

-- -- --

Pelos setores da organização +/-

+/-

-- +/- -- -- --

Comunicações Contínuas (Formas de comunicação contínua com partes interessadas internas e externas a respeito do desempenho da gestão de riscos, como parte da boa governança)

Existência de reportes internos e externos +/-

+/-

-- +/-

-- -- --

Conclusão: Em todas as AR estudadas, a gestão de riscos não é vista como central nos processos de gestão da organização, isto é, os processos e a estrutura de governança não são baseados na gestão de riscos.

Fonte: dados tratados pelo TCU

Legenda

(+) Está implementado

(+/-) Está parcialmente implementado

(-) não está implementado

Ambiente Interno

316. A primeira dimensão analisada é o ambiente interno da organização. O ambiente interno é a base para a implantação do gerenciamento de riscos. Compreende os valores e a integridade ética da organização, inclusive, quanto aos compromissos assumidos pelo corpo técnico e pela alta administração para implementar o processo de gerenciamento de riscos.

317. A alta administração deve dar o exemplo dos compromissos e valores assumidos pela organização. Sem o aval da alta administração nenhum planejamento se concretizará, pois esse comportamento não será internalizado pelo corpo técnico. Além disso, os dirigentes devem participar ativamente do processo do planejamento, em todas as suas fases, assegurando mecanismos e instrumentos que garantam o cumprimento das metas planejadas. Está previsto, em todas as leis de criação das agências, que compete à diretoria colegiada deliberar sobre o planejamento estratégico do ente e sobre as políticas de administração, fazendo com que sejam cumpridas.

318. A construção de um ambiente interno propício à gestão de risco depende também da participação e motivação do corpo técnico. Apenas deste modo são deliberadas metas factíveis e reais, sendo que, ao deliberar sobre o processo de planejamento e gestão de riscos, o corpo técnico toma conhecimento de suas responsabilidades.

319. Para avaliar o ambiente interno das agências estudadas, adotou-se como critério, para analisar o comprometimento da alta administração, a deliberação e a aprovação do planejamento estratégico pela diretoria colegiada. Assim, o ideal é que o processo de planejamento estivesse deliberado e aprovado, já que a alta administração deve, além de autorizar o processo de planejamento, zelar pelo seu cumprimento.

320. Avaliou-se o comprometimento do corpo técnico por meio da participação dos servidores nas etapas do planejamento da Agência ou na promoção de cursos e eventos para motivá-los, nos casos dos reguladores que ainda não possuem planejamento estratégico consolidado.

321. Conforme a Tabela 10, constatou-se que o processo de planejamento foi autorizado pela alta administração, mas ainda está em deliberação na ANP e na Anac, sendo que na Antaq, ainda, não foi autorizado e nem deliberado. Como esse processo ainda não está totalmente implementado nas citadas agências, foi considerado parcial o comprometimento da alta administração. Como exposto, é importante para o gerenciamento de riscos o comprometimento da

alta administração em todas as fases, inclusive quanto à aprovação e a adoção de medidas para estabelecer os instrumentos necessários ao cumprimento dos objetivos estabelecidos.

322. Assim, essa constatação está apenas vinculada à fase em que se encontra o processo de planejamento. Não houve nenhuma informação ou relato em relação à falta de empenho ou interesse da alta administração nesses casos. Cabe ressaltar que a Anac encontra-se em um estágio avançado do seu processo de planejamento estratégico, apesar de ser a Agência mais recente dentre as estudadas. O caso da ANP e da Antaq são mais emblemáticos, pois a ANP conta com 12 anos de existência e ainda não implementou o planejamento estratégico. A Antaq não autorizou e tampouco deliberou o seu planejamento estratégico.

323. Quanto ao comprometimento do corpo técnico, todas as agências demonstraram a preocupação em motivar os servidores quanto à discussão e à implantação do planejamento estratégico. Nas agências que ainda estão deliberando o planejamento (ANP, Anac e Antaq), o comprometimento do corpo técnico foi considerado parcial por que ainda não está totalmente completo o processo do planejamento.

Fixação de Objetivos

324. A segunda dimensão analisada é o componente definido pelo COSO como fixação de objetivos. Estes devem existir antes que a administração possa identificar os riscos que podem comprometê-los. O critério adotado, para avaliar essa dimensão, foi a existência de definição clara sobre os objetivos legais da Agência, pois, sendo entidades públicas, criadas por leis específicas, os objetivos devem estar alinhados com as competências legais definidas. Além disso, deve estar clara a área de atuação de cada Agência; existência de planejamento estratégico; e desdobramentos do planejamento estratégico em objetivos operacionais e processos de trabalho.

325. Quanto aos objetivos legais, quase todos os entes estudados afirmaram que os objetivos/competências definidos na legislação estão claramente compreendidos. Apenas a Antaq afirmou que ainda existem lacunas na atuação de alguns atores. O planejamento estratégico ainda está em fase de construção e estruturação, como mencionado, na ANP, Anac e Antaq. Apenas na Aneel o processo de planejamento encontra-se desdobrado tanto em objetivos operacionais quanto nos processos de trabalho da Agência. Na ANA, ANTT e Anatel observou-se o alinhamento dos objetivos estratégicos aos objetivos operacionais, no entanto, ainda não foram revistos os processos de trabalho da organização conforme as metas estratégicas definidas. **Análise de Riscos**

326. A análise de riscos representa a identificação de eventos e a avaliação de riscos, etapas nas quais os riscos são identificados e priorizados considerando a probabilidade de ocorrência e o impacto associado. Os riscos devem ser identificados e avaliados em um processo que envolva toda a organização, pois uma análise isolada pode não proporcionar a real dimensão do risco avaliado. Os riscos identificados devem estar documentados para garantir transparência e responsabilidade de cada setor no processo.

327. Conforme a Tabela 10, para avaliar essa dimensão, foram levantadas experiências que podem estar relacionadas com a identificação de eventos e com a análise de riscos, já que não foi identificado em nenhuma Agência um processo completo de gerenciamento de riscos.

328. Identificaram-se casos isolados de análise e documentação de riscos em setores específicos ou voltados para uma área de atuação de algumas agências. É o caso da ANA, Aneel e Anac. A análise e a identificação de riscos, nesses casos, foi considerada parcial, pois a gestão voltada para riscos não está inserida em todos os processos e atividades da autarquia. Apesar disso, essas experiências foram consideradas boas práticas, pois já representam uma preocupação quanto à identificação e priorização de áreas críticas.

329. A ANA definiu o mapa de gestão dos recursos hídricos que identifica e prioriza as bacias mais críticas para orientar a atuação da Agência. As auditorias internas da Anac e da Aneel implementaram documentos próprios para a escolha das fiscalizações conforme critérios de riscos. Além disso, a Anac está implementando, conforme preconizado em práticas internacionais, um plano para orientar prioridades regulatórias e de supervisão baseadas em gerenciamento de riscos (Programa Brasileiro de Segurança Operacional).

Priorização das Atividades Conforme os Riscos Identificados

330. O principal ganho do gerenciamento de risco na governança das agências está no fato dele ser um processo sistematizado, institucionalizado em todos os níveis da organização, que auxilia a priorização de atividades conforme os riscos identificados e o nível de risco aceitável para o alcance dos objetivos.

331. Sendo assim, após a identificação e a análise de riscos, são definidas respostas aos riscos levantados, conforme o grau de tolerância, para cada evento negativo, adotado pela administração, podendo ser então: evitado, aceitado, reduzido ou compartilhado. Após essa etapa, devem ser definidas as atividades de controle, que são políticas e procedimentos específicos estabelecidos de acordo com a resposta ao risco escolhida pela administração.

332. Para a correta identificação da responsabilidade de cada agente no processo de gerenciamento de riscos, as informações relevantes devem ser identificadas, colhidas e comunicadas, de forma a preservar e desenvolver a gestão de risco em todos os níveis da organização. Por fim, deve-se monitorar o gerenciamento dos riscos para mantê-lo constantemente atualizado.

333. Não foram identificados processos de gerenciamento de risco formalmente institucionalizados nas entidades em destaque. Consequentemente, não há como se estabelecer um nível aceitável dos riscos para a organização, nem priorizar áreas mais críticas conforme o nível de risco assumido. Dessa forma, nenhuma das agências estudadas estabeleceu o nível de riscos aceitáveis para o alcance dos objetivos estratégicos da entidade. No entanto, quanto à definição dos recursos necessários para áreas e processos críticos e fiscalizações, a ANA e a Anac asseveraram que levam em consideração riscos para priorizar as ações.

Definição Clara de Responsabilidade, Processo de Tomada de Decisão, Comunicações Contínuas

334. Além dos atributos identificados pelo COSO, a análise considerou também os atributos estabelecidos pela ISO (2009, pág.229) para uma gestão de risco avançada. A norma cita dois resultados-chave de um gerenciamento de risco avançado: "A organização tem um

entendimento atual, correto e abrangente de seus riscos; os riscos da organização estão dentro de seus critérios de riscos".

335. Conforme a ISO, uma gestão de riscos avançada deve definir claramente as responsabilidades para implementar e manter esse modelo de gestão. Nesse sentido, um banco de dados ou um sistema de informações é essencial para estabelecer a consciência das tarefas, os riscos envolvidos e os controles necessários. A gestão de riscos deve auxiliar e ser considerada no processo de tomada de decisão, tanto pela alta administração quanto pelo corpo técnico.

336. Como parte de uma boa governança, a ISO estabelece a necessidade de comunicações contínuas com partes interessadas internas e externas a respeito do desempenho da gestão de riscos. Por fim, deve-se avaliar se a gestão de risco é vista como central nos processos de gestão da organização, isto é, se os processos e a estrutura de governança são baseados na gestão de riscos.

337. Não foi identificada a existência de registro de responsabilidade sobre o gerenciamento de riscos em banco de dados ou sistemas de informações nas agências. A Aneel disponibiliza um sistema de informações interno que contém todos os processos organizacionais mapeados, o que, apesar de não estar voltado para uma gestão de riscos, pode ser considerado um instrumento que atribui responsabilidades.

338. A ANA, Aneel e Anac levam em consideração a análise de riscos para a tomada de decisão - tanto a alta administração quanto os setores da organização, contudo, apenas nas áreas em que foram identificados os riscos, como a área de auditoria interna, fiscalização e regulação. Como prática de uma boa governança, as comunicações entre as partes interessadas, a respeito do desempenho da gestão de riscos, devem ser contínuas. Neste caso, considerou-se que a ANA, a Aneel e a Anac estabeleceram documentos que informam, parcialmente, os riscos identificados, pois não representam riscos da organização como um todo.

339. Por fim, em nenhuma das agências a gestão de riscos é uma peça central nos processos de gestão da organização, isto é, os processos e as estruturas do regulador não estão definidos de acordo com critérios de gerenciamento de riscos.

Gerenciamento de Risco nas agências reguladoras

340. Não foram identificados processos de gerenciamento de riscos formalmente institucionalizado nas agências reguladoras de infraestrutura. Apesar disto, experiências isoladas foram detectadas em algumas delas.

341. A inexistência de um processo de gestão de riscos ocasiona prejuízos à governança dos reguladores setoriais. Além de ser um eficiente instrumento gerencial, a transparência que o gerenciamento de riscos confere ao processo de tomada de decisão é relevante para a prestação de contas das agências à sociedade e aos órgãos vinculados.

342. Conforme a Tabela 10, a Aneel é a Agência que está mais bem estruturada para a implantação de uma gestão de riscos, isto é, possui o maior número de atributos totalmente implementados. A segunda entidade que apresentou maior aderência aos critérios analisados foi a ANA, seguida pela ANTT e pela Anatel. A Anac, quanto aos atributos definidos para identificar uma

gestão de risco avançada, está mais bem estruturada que a ANP e a Antaq, apesar de ainda ser uma Agência criada recentemente.

343. Ainda é necessária a implementação de várias etapas para se estabelecer uma gestão de riscos avançada nas agências reguladoras, que possa servir de instrumento para a melhoria na estrutura de governança quanto ao planejamento de atividades, responsabilização e accountability.

344. Por fim, destaca-se que a implantação de mecanismos de gestão de riscos não é uma tarefa trivial e não se pode conceber que referidos mecanismos devam ser utilizados, necessariamente, a todas as situações cotidianas vivenciadas pelas agências. Contudo, reforça-se a relevância da gestão de riscos como instrumento de melhoria da gestão interna dos entes reguladores, bem como de aperfeiçoamento da governança regulatória.

AUDITORIA INTERNA

345. A auditoria interna da Aneel, da ANP, da ANTT e da Anatel estão vinculadas hierarquicamente ao Diretor-Presidente (ou Diretor-Geral) da respectiva Agência e não à diretoria colegiada, em contraposição ao previsto nas boas práticas de auditoria e às normas regulamentares.

346. As unidades de auditoria interna das agências reguladoras foram objeto de estudo deste trabalho em razão de sua importância para avaliação e eficácia do gerenciamento de riscos. As normas estabelecidas pelo Instituto dos Auditores Internos - Audibra, no Brasil, estipulam que o alcance da atuação dessas unidades deve incluir o gerenciamento de riscos e os sistemas de controles internos. Estabelece, também, outros critérios necessários para a eficácia das ações e recomendações da auditoria interna, como um canal de comunicação com autoridade que possa avaliar e implementar as recomendações propostas.

347. Assim, a solidez e a independência da auditoria interna são atributos essenciais para a governança, pois essa unidade é o instrumento necessário à administração para a avaliação, detecção e correção de processos ineficientes.

348. Nesse sentido, três aspectos são fundamentais para a garantia dos trabalhos dessa unidade:

- i) independência para a execução de seus trabalhos;
- ii) canal de comunicação direto com a autoridade máxima;
- iii) vinculação a autoridade da organização que tome ciência dos trabalhos e resultados levantados e possa apurar as irregularidades.

349. As normas internacionais para o exercício profissional da auditoria interna estabelecem, como requisito da independência organizacional (normas de atributos 1100), a necessidade de o diretor de auditoria estar subordinado a um nível dentro da organização que permita à atividade de auditoria interna cumprir suas responsabilidades. O diretor deve também estar livre de interferências na determinação do escopo da auditoria, na execução do trabalho e na comunicação de resultados.

350. Em consonância com as normas mencionadas, pode-se citar o art. 15 do Decreto nº 3.591, de 06/07/2000, que dispõe sobre o sistema federal de controle interno do poder executivo federal, in verbis:

"§ 3º A auditoria interna vincula-se ao conselho de administração ou órgão de atribuições equivalentes.

§ 4º Quando a entidade da administração pública federal indireta não contar com conselho de administração ou órgão equivalente, a unidade de auditoria interna será subordinada diretamente ao dirigente máximo da entidade, vedada a delegação a outra autoridade.

§ 5º A nomeação, designação, exoneração, ou dispensa do titular de unidade interna será submetida, pelo dirigente máximo da entidade, à aprovação do conselho de administração ou órgão equivalente, quando for o caso, e, após, à aprovação da Controladoria Geral da União".

351. A motivação para a vinculação da auditoria ao conselho de administração ou órgão de atribuição equivalente tem fundamento nas competências deste órgão. Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC (pag. 29, 2009):

"O conselho de administração é o órgão colegiado encarregado do processo de decisão de uma organização em relação ao seu direcionamento estratégico, é o principal componente do sistema de governança. Seu papel é ser o elo entre a propriedade e a gestão para orientar e supervisionar a relação desta última com as demais partes interessadas". Aduz ainda que "O conselho de administração deve zelar pelos valores e propósitos da organização e traçar suas diretrizes estratégicas. Para que o interesse da organização sempre prevaleça, o conselho deve prevenir e administrar situações de conflito de interesse e administrar divergência de opiniões. (.....) Dentre as responsabilidades do conselho de administração destacam-se: discussão, aprovação e monitoramento de decisões, envolvendo:

- i) Estratégia;
- ii) Estrutura de capital;
- iii) Appetite e tolerância a risco (perfil de risco);
- iv) Fusões e Aquisições;
- v) Contratação, dispensa, avaliação e remuneração do diretor- presidente;
- vi) Escolha e avaliação da auditoria independente;
- vii) Processo sucessório dos conselheiros e executivos;
- viii) Práticas de governança corporativa; relacionamento com parte interessadas; sistemas de controle internos;
- ix) Políticas de gestão de pessoas;
- x) Código de conduta"

352. No âmbito das agências analisadas, está previsto nos respectivos regimentos internos que compete ao órgão colegiado deliberar sobre questões administrativas, além de questões regulatórias, sendo a instância administrativa final de decisão nesses casos. Não existe conselho de administração nessas agências. No entanto, devido às suas atribuições administrativas, conforme será analisado, esses órgãos colegiados possuem competências

semelhantes ao conselho de administração, podendo ser considerados órgãos de atribuição equivalente. Senão vejamos:

i) A Anatel definiu em seu sítio na internet que o conselho diretor é o órgão máximo da entidade. Está previsto no art. 35 do seu regimento interno (Decreto nº 2.338, de 16/7/1997) que compete ao conselho diretor (órgão colegiado) estabelecer as diretrizes funcionais, executivas e administrativas a serem seguidas pela Agência, zelando por seu efetivo cumprimento;

ii) Segundo o art. 8º do regimento interno da Aneel (Decreto nº 2.335, de 6/10/1997), à sua diretoria colegiada, constituída por um Diretor-Geral e quatro diretores, compete, em regime de colegiado, analisar, discutir e decidir, em instância final, as matérias de competência da Agência, bem como: o planejamento estratégico, políticas administrativas internas e de recursos humano e seu desenvolvimento;

iii) São competências da diretoria da ANP analisar, discutir e decidir, como instância administrativa final, todas as matérias pertinentes às competências da Agência, e especialmente: O planejamento estratégico e sua articulação com o plano plurianual do governo brasileiro; as políticas internas e de recursos humanos e seu desenvolvimento (Decreto nº 2.455, de 14/01/1998, art; 6º);

iv) No âmbito da ANTT, cabe à diretoria colegiada decidir sobre o planejamento estratégico; estabelecer as diretrizes funcionais, executivas e administrativas a serem seguidas, zelando pelo seu efetivo cumprimento; decidir sobre políticas administrativas internas e de recurso humanos e seu desenvolvimento (Decreto nº 4.130, de 13/2/2002).

353. Não resta dúvida que a vinculação da auditoria interna daquelas agências deveria ser ao respectivo órgão colegiado. A vinculação ao Diretor-Presidente ou ao Diretor-Geral, conforme constatado e a seguir relatado, pode gerar conflito de interesses, pois a auditoria interna avalia a gestão deste dirigente. Sendo a ele vinculada, não há garantias de que os trabalhos da auditoria serão planejados e executados com a independência necessária.

354. Outro problema da vinculação ao Diretor-Presidente é a ausência da transparência necessária aos trabalhos realizados pela unidade de auditoria interna, pois a alta administração (órgão colegiado) pode não ser informada sobre fatos importantes e alegar desconhecimento diante de irregularidades.

355. Segundo informações prestadas pelas próprias agências, na Aneel, ANP, ANTT e Anatel, a auditoria interna está vinculada ao respectivo Diretor-Presidente ou Diretor-geral, pois o consideram a autoridade máxima da organização. Apesar do dirigente também possuir atribuições administrativas, os regimentos internos estabelecem que o órgão colegiado é a instância administrativa final das agências em tela. Então, resta claro, conforme as atribuições previstas e mencionadas para a diretoria colegiada e de acordo com as normas citadas, que as unidades de auditoria interna deveriam estar vinculadas ao órgão colegiado, de forma a propiciar efetiva independência a essas unidades, bem como mitigar potenciais interferências em suas atuações.

356. Por fim, as agências supra citadas argumentam que a vinculação da auditoria interna ao Diretor-Geral/Diretor-Presidente é apenas administrativa e que, na prática, o colegiado é informado sobre todas as atividades realizadas e a realizar, além de deliberar sobre o Plano Anual

de Atividades - PAINT e sobre o Relatório Anual de Atividades - RAIN'T da auditoria interna. Nesse sentido, as respectivas unidades de auditoria teriam asseguradas a necessária autonomia para a realização de suas atividades.

357. Se, na prática, as auditorias internas respondem aos colegiados, não há nenhum problema efetivo em, formalmente, vincular referidas unidades diretamente aos órgãos colegiados. Mesmo que seja uma alteração formal, ela propicia melhorias na governança das agências, garantindo uma padronização da organização e do funcionamento das auditorias internas dos entes reguladores, e a imposição, por meio legal, da autonomia necessária à efetividade dos trabalhos realizados.

358. Ante o exposto, sugere-se recomendar à Aneel, à ANP, à ANTT e à Anatel que vinculem hierarquicamente suas unidades de auditoria interna diretamente aos respectivos órgãos colegiados.

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

359. A Análise de Impacto Regulatório - AIR ainda não está formalmente institucionalizada no contexto regulatório brasileiro. Estão sendo desenvolvidas metodologias, conduzidas, principalmente, pelo Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, para a adaptação da AIR à realidade das agências reguladoras de infraestrutura brasileiras.

360. A AIR é um conjunto de procedimentos formalmente desenhados para garantir uma maior eficácia das escolhas regulatórias, já que é "um instrumento formal que permite explicitação dos problemas regulatórios, das opções disponíveis de política e das consequências das decisões regulatórias, em cada caso concreto, mediante a utilização de dados empíricos" (RAMALHO, 2009). É um instrumento importante para garantir a qualidade das decisões regulatórias, pois auxilia o processo decisório, verificando, previamente, os custos e os benefícios de uma eventual ação regulatória.

361. A despeito de as agências empreenderem alguns tipos de análise de impacto da introdução ou modificação de normas regulatórias, estas não são feitas sistematicamente, em atenção a metodologias definidas e formalizadas.

362. A OCDE (2008) indica que especificidades das metodologias de AIR dependem do histórico político, econômico, cultural e do arcabouço legal de cada país e que a implementação destas requer um processo de planejamento acurado, recursos específicos e objetivos de curto e médio prazo. Nesse contexto, para o modelo de AIR a ser adotado no Brasil, deve-se considerar as peculiaridades de cada setor e de cada ente regulador em particular.

363. A AIR, como instrumento indutor de qualidade das decisões e da atividade regulatória como um todo, já vem sendo estudada e debatida pelo PRO-REG, da Casa Civil da Presidência da República. Consoante orientação da OCDE, o debate é válido e atual, pois a implementação sistemática de AIR busca assegurar que as opções regulatórias mais eficientes e eficazes sejam as escolhidas.

ANÁLISE DOS COMENTÁRIOS DOS GESTORES

364. Consoante as melhores práticas de auditoria operacional e em atendimento aos preceitos do Manual de Auditoria Operacional do TCU, o Relatório Preliminar de Auditoria foi encaminhado aos gestores das entidades auditadas para, caso entendessem conveniente, manifestarem-se acerca do teor das análises ali presentes.

365. Registre-se que, previamente ao encaminhamento formal do Relatório Preliminar aos gestores, houve uma apresentação dos achados de auditoria no Fórum das agências reguladoras, efetivada pelo Secretário da Secretaria de Fiscalização de Desestatização. Também foi realizada uma exposição dos achados de auditoria aos técnicos das agências, no contexto de um Painel de Achados, realizado na própria Corte de Contas Federal.

366. Destaque-se que o Fórum das agências reguladoras encaminhou manifestação conjunta contendo os pontos comuns acordados entre as agências incluídas na presente auditoria operacional. À exceção da Antaq, as demais agências também se manifestaram individualmente sobre o Relatório Preliminar, abordando questões específicas relacionadas a cada uma em particular.

367. Em termos gerais, houve concordância por parte dos entes reguladores acerca do teor das análises efetuadas e dos achados de auditoria. Algumas informações do Relatório foram atualizadas e/ou corrigidas, bem como, sem prejuízo ao mérito das análises, a equipe de auditoria acatou sugestões e proposições que foram incorporadas ao texto.

368. Os comentários dos gestores estão insertos às folhas 814 a 855, bem como às folhas 107 a 156 do Anexo 4. A análise de todos os comentários consta do Apêndice J, o qual sugere-se a leitura, tendo em vista a relevância das questões ali tratadas.

CONCLUSÃO

369. A presente auditoria de natureza operacional, oriunda de uma Solicitação da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados e aprovada nos termos do Acórdão TCU nº - 1.676/2009 - Plenário, teve por objetivo avaliar a governança regulatória das agências reguladoras de infraestrutura federais.

370. Considerando as dimensões de governança regulatória objeto da presente auditoria de natureza operacional (competências regulatórias, autonomia, mecanismos de controle e mecanismos de gestão de riscos e de avaliação de impacto regulatório), percebe-se que as agências apresentam, de certa maneira, diferentes formas de organização institucional, de relacionamento com os stakeholders, de aplicação de processos de controle social, de transparência do processo decisório, de divulgação de suas ações etc.

371. Referida heterogeneidade pode ser explicada, em parte, pela ausência de uma lei geral que normatize, uniformemente, questões inerentes à governança regulatória, sendo que as leis de criação das agências regulam, muitas vezes de maneira diversa, pontos tratados na auditoria. Por outro lado, deve-se ter em mente que as peculiaridades e as especificidades de cada ente regulador e, em especial, de cada setor regulado, também influenciam e moldam a inserção das agências na atividade regulatória.

I - Competências Regulatórias

372. Quanto às distribuições das competências regulatórias, não há lacunas ou sobreposições significativas nos setores regulados. Ao se comparar os diversos setores de infraestrutura, observou-se que, exceção feita ao setor elétrico, as diferentes legislações distribuem as competências regulatórias entre conselhos, ministérios e agências reguladoras de uma forma homogênea, caracterizada pela atribuição ao poder concedente, representado pelos conselhos e ministérios, da prerrogativa de definição de diretrizes estratégicas e de planejamento de longo prazo, deixando para as agências o poder de outorga, contratação, normatização e fiscalização. A definição do modelo institucional que atribui poderes de outorga ao poder concedente ou às agências reguladoras é fruto de uma escolha político/legislativa e deve levar em conta as vantagens e desvantagens de cada modelo, tendo em mente a realidade de cada setor.

373. A análise de deliberações dos conselhos setoriais revelou que alguns destes não estão sendo hábeis, em termos gerais, de fornecer diretrizes estratégicas que orientem os entes reguladores e delimitem objetivos de longo prazo a serem atingidos, prejudicando a avaliação objetiva da atividade finalística dos reguladores setoriais. Assim, sugere-se determinar à Casa Civil que tome providências no sentido de operacionalizar os Conselhos Setoriais de infraestrutura, de modo que eles sejam capazes de, efetivamente, fornecer diretrizes estratégicas que orientem as agências e delimitar objetivos e metas de longo prazo a serem atingidas.

II - Autonomia

II.i - Autonomia decisória

374. Estão previstos critérios formais para a indicação e a nomeação dos dirigentes das agências reguladoras na Lei nº 9.986/2000, que trata da gestão dos recursos humanos dessas entidades. Todavia, tais critérios são subjetivos, em dissonância com o caráter técnico do cargo que esses dirigentes ocupam. Ante a questão, entende-se que a criação de critérios mínimos, técnicos e objetivos, para a indicação e a nomeação dos dirigentes das agências na Lei nº 9.986/2000 e, se necessário, o estabelecimento de critérios específicos nas leis instituidoras de cada Agência, consoante as especificidades do setor regulado, diminuiria as possibilidades de eventuais ingerências e nomeações sem a qualificação técnica suficiente para a direção dessas entidades, além de garantir a transparência necessária para a melhoria da governança regulatória.

375. Todas as agências prevêm em sua legislação específica (lei ou regulamento) um período de quarentena para seus dirigentes. Porém, o período é considerado curto para os moldes internacionais (mínimo de 1 ano - OCDE) . Nesse sentido, entende-se que o período de quarentena deve ser de no mínimo 1 ano, tendo por parâmetro as melhores práticas internacionais, pois mitigaria os riscos de captura dos dirigentes dos órgãos reguladores federais por empresas dos setores regulados.

376. Outros cargos de alto escalão das agências, como os Superintendentes, apesar de não terem, formalmente, voz ativa nas decisões colegiadas, tem acesso a uma grande quantidade de informações muito sensíveis acerca do funcionamento do setor. Além disso, muitas vezes os Superintendentes são responsáveis pela elaboração dos pareceres técnicos que subsidiam decisões dos órgãos colegiados. Assim, sugere-se recomendar à Casa Civil que verifique a possibilidade de aplicação da quarentena aos superintendentes das agências.

377. A recondução é permitida nas agências reguladoras de infraestrutura em destaque e entende-se que a vedação do instituto da recondução mitigaria o risco eventual de que os dirigentes das agências tomem decisões injustificadas, visando somente a recondução ao cargo. A eventual extinção da possibilidade de recondução deve vir acompanhada de uma discussão e de uma reavaliação acerca da adequação e a compatibilidade do período de mandato dos dirigentes para a obtenção de resultados efetivos em uma gestão.

378. O parágrafo único do art. 9º da Lei nº 9.986/2000 dispõe quanto à possibilidade de as agências preverem outras condições, além das dispostas no caput do mesmo artigo, para a perda do mandato de seus dirigentes (renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar). Ante o exposto, entende-se que seria benéfico à governança regulatória que seja taxativo o rol de hipóteses de perda de mandato de dirigentes dos entes reguladores, impossibilitando uma eventual exoneração imotivada.

379. À exceção do regimento da Anatel, não estão previstos, de forma clara, nos regulamentos das agências reguladoras, os critérios para a substituição dos conselheiros e dos diretores em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares ou ainda no período de vacância que anteceder a nomeação de novo conselheiro ou diretor. Com o intuito de evitar a perda de quórum deliberativo e a consequente debilidade de capacidade decisória das agências sugere-se determinar à ANA, ANP, Aneel, ANTT, Antaq e Anac que disciplinem, de forma clara em seus regulamentos, a forma de substituição dos conselheiros e diretores em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares ou ainda no período de vacância que anteceder a nomeação de novo conselheiro ou diretor, nos termos do art. 10º da Lei nº 9.986/2000. Ainda quanto à questão, entende-se que garantiria maior estabilidade à continuidade dos trabalhos das agências a normatização legal de prazos para a indicação, a sabatina e a nomeação de dirigentes das agências reguladoras.

II. ii - Autonomia financeira

380. A despeito da previsão legal de que as agências são autarquias especiais, dotadas de autonomia financeira, não foram detectados mecanismos formais que garantam uma maior estabilidade dos recursos orçamentários a elas destinados, e nem um tratamento diferenciado relativamente a outras unidades orçamentárias.

381. O contingenciamento orçamentário tem o condão de dificultar o planejamento e a própria execução das atividades das agências, com possíveis repercussões negativas de grande impacto para os setores regulados e a sociedade em geral. O impacto gerado por suas atividades regulatórias tende a ser relativamente maior que os respectivos montantes de seus orçamentos, visto que regulam setores que envolvem expressivas mobilizações de capital e intimamente associados ao desenvolvimento do país.

382. Ante o exposto, entende-se que a criação de mecanismos/instrumentos formais que propiciem uma maior estabilidade e uma maior previsibilidade na descentralização de recursos para as agências reguladoras traria benefícios à governança da atividade regulatória. Ademais, a caracterização das agências em órgãos setoriais, desvinculando seus orçamentos dos respectivos ministérios vinculados, dotaria tais entes de maior autonomia.

III - Mecanismos de Controle

III.i - Accountability

383. A despeito da utilização de indicadores para acompanhamento do PPA e o desenvolvimento de indicadores de desempenho específicos por algumas agências, além da utilização de outras formas de avaliação de desempenho, via de regra, as agências reguladoras e os respectivos ministérios vinculadores ainda não dispõem de metodologias sistematizadas e instituídas formalmente para avaliar o desempenho finalístico dos entes reguladores.

384. A insuficiência de parâmetros que permitam uma avaliação objetiva da atividade finalística das agências reguladoras reflete na prestação de contas destas entidades, que, a par da evolução percebida nos últimos anos, ainda não é capaz de avaliar objetivamente, em toda a sua plenitude, a atuação do regulador quanto à sua atividade fim.

385. Apesar da insuficiência de parâmetros objetivos para a avaliação em destaque, o processo de prestação de contas tem evoluído. O Projeto Contas do TCU tem tentado adaptar as prestações de contas às especificidades de cada entidade auditada e, nesse sentido, avaliar a aderência do regulador às suas funções institucionais e aos marcos regulatórios. Este é um processo que tem merecido a atenção da Corte de Contas Federal, que busca continuamente aperfeiçoar o enfoque do controle sobre suas unidades jurisdicionadas. Ademais, a atuação do Tribunal de Contas da União no controle da atividade finalística das agências não está adstrita ao julgamento das contas dos reguladores. Este julgamento e as demais formas de fiscalização são controles complementares e que propiciam elevados benefícios à sociedade.

III.ii - Transparência

386. É bastante heterogêneo o grau de transparência do processo decisório das agências, sendo verificados diversos graus de maturidade. Essa diversidade gera, em alguns entes, um nível de transparência insuficiente, prejudicando o acompanhamento de suas ações. Nesse sentido, sugere-se recomendar às agências reguladoras o estabelecimento de requisitos mínimos de transparência do processo decisório, tendo por parâmetro os procedimentos adotados pela Aneel. O estabelecimento de tais requisitos facilitaria e incentivaria o acompanhamento e o controle social da atividade finalística dos entes reguladores, melhorando a governança regulatória.

387. A despeito de alguns reguladores possuírem setores dedicados ao assessoramento de comunicação, ainda não há uma política específica e formal para divulgação dos principais atos/decisões regulatórias e seus impactos, sendo tal divulgação baseada em ações incipientes e reativas. Sugere-se recomendar às agências a estruturação de políticas voltadas à ampla divulgação de suas ações, mormente aquelas de maior apelo e impacto social, com foco e linguagem adequados. A estruturação de tais políticas tende a fomentar uma maior participação da sociedade na atividade regulatória, além de permitir um maior esclarecimento ao público da importância dos entes reguladores e do impacto que as decisões destes podem ter em suas vidas cotidianas. Para tanto, é necessária a disponibilização de recursos humanos e financeiros adequados e suficientes, além da efetiva estruturação de uma política formal voltada para melhor divulgação das ações das agências.

III.iii - Controle Social

388. Apesar de implementados e aplicados pelas agências, denotou-se uma baixa participação da sociedade nos processos de controle social. Considerando que uma regulação eficiente pressupõe o conhecimento, pelo regulador, de todos os interesses envolvidos, a baixa participação de parcela considerável dos usuários nos processos de controle social pode prejudicar a consecução dos fins esperados pela atividade regulatória. Ante o exposto e tendo em vista a razoável quantidade de instrumentos de controle social já aplicados pelas agências, entende-se que uma política de capacitação dos usuários (ou de suas instâncias representativas) promoveria um maior grau de participação efetiva de considerável parcela da sociedade na atividade regulatória.

389. Constatou-se a inexistência de tratamento uniforme e de padronização mínima dos processos de audiência/consulta públicas pelas agências. Entende-se que, respeitadas as particularidades inerentes aos diversos entes reguladores, as audiências/consulta públicas ganhariam maior eficiência e representatividade mediante padronização mínima dos institutos entre as agências, notadamente quanto aos documentos que devem ser disponibilizados antes e após a audiência ou consulta pública, bem como o prazo máximo que elas deveriam possuir para disponibilizar essas informações aos interessados. Nesse sentido, sugere-se determinar às agências que definam, normativamente, prazos razoáveis para disponibilização dos relatórios de análise das contribuições recebidas em audiências/consultas públicas.

390. O papel das ouvidorias é muito heterogêneo entre as agências. Em alguns casos, denota, inclusive, a ausência de uma função de avaliação da atuação do ente. Nesse sentido, entende-se que a institucionalização nas agências de um modelo de ouvidoria nos termos a seguir listados permitirá um incremento na efetividade desse instrumento de controle social:

- (i) inserção da ouvidoria no organograma da Agência no mesmo nível da diretoria colegiada, contudo sem quaisquer vínculos de subordinação;
- (ii) mandatos legalmente expressos para avaliar a gestão da Agência;
- (iii) padronização mínima do teor dos relatórios/produtos que as ouvidorias devem, obrigatoriamente, emitir e os instrumentos que garantam sua eficiente divulgação à sociedade;
- (iv) igual duração dos mandatos dos ouvidores em todas as agências;
- (v) garantia de acesso irrestrito a informações. Nesse caso, é prudente aplicar ao ouvidor o instituto da quarentena.

391. Considerando o modelo de ouvidoria anteriormente descrito, deve-se também reavaliar as condições de indicação e de nomeação que se aplicariam ao ouvidor, com o fito de se preservar a necessária autonomia das agências frente a influências indevidas.

IV - Mecanismos de Gestão de Riscos e de Avaliação de Impacto Regulatório

392. Ainda não há processo de gerenciamento de riscos formalmente institucionalizado nas agências reguladoras de infraestrutura. Observaram-se, contudo, experiências pontuais de análise e de identificação de riscos em setores isolados da ANA, da Aneel e da Anac.

393. A auditoria interna da Aneel, da ANP, da ANTT e da Anatel estão vinculadas hierarquicamente ao Diretor-Presidente (ou Diretor-Geral) da respectiva Agência e não à diretoria Colegiada, em contraposição ao previsto nas boas práticas de auditoria e às normas

regulamentares. Ante o exposto, sugere-se recomendar à Aneel, à ANP, à ANTT e à Anatel que vinculem hierarquicamente suas unidades de auditoria interna diretamente aos respectivos órgãos colegiados.

394. A Análise de Impacto Regulatório - AIR ainda não está formalmente institucionalizada no contexto regulatório brasileiro. Estão sendo desenvolvidas metodologias, conduzidas, principalmente, pelo Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, para a adaptação da AIR à realidade das agências reguladoras de infraestrutura brasileiras.

PROPOSTAS DE ENCAMINHAMENTO

395. Ante todo o exposto, propomos o encaminhamento dos autos à consideração do Relator, Excelentíssimo Sr. Ministro José Jorge, com as seguintes propostas:

a) Determinar à Agência Nacional de Águas, à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à Agência Nacional de Energia Elétrica, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários e à Agência Nacional de Aviação Civil que, nos termos do art. 10º da Lei nº 9.986/2000, disciplinem, de forma clara em seus regulamentos, a forma de substituição dos conselheiros e dos diretores em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares ou ainda no período de vacância que anteceder a nomeação de novo conselheiro ou diretor, encaminhando a

este Tribunal de Contas, em até 120 dias, o modelo proposto;

b) Determinar à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à Agência Nacional de Energia Elétrica, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Agência Nacional de Aviação Civil e à Agência Nacional de Telecomunicações que estabeleçam, normativamente, prazos razoáveis para disponibilização dos relatórios de análise das contribuições recebidas em audiências/consultas públicas, encaminhando a este Tribunal de Contas, em até 120 dias, o modelo proposto;

c) Recomendar à Agência Nacional de Energia Elétrica, à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à Agência Nacional de Transportes Terrestres e à Agência Nacional de Telecomunicações que vinculem hierarquicamente suas unidades de auditoria interna diretamente aos respectivos órgãos colegiados;

d) Recomendar à Agência Nacional de Águas, à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Agência Nacional de Aviação Civil e à Agência Nacional de Telecomunicações que estabeleçam requisitos mínimos de transparência de seus processos decisórios, tendo por parâmetro os procedimentos adotados pela Aneel;

e) Recomendar à Agência Nacional de Águas, à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à Agência Nacional de Energia Elétrica, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Agência Nacional de Aviação Civil e à Agência Nacional de Telecomunicações que estruturem políticas voltadas à ampla divulgação de suas ações, mormente aquelas de maior apelo e impacto social, com foco e linguagem adequados;

f) Determinar à Casa Civil que tome providências no sentido de operacionalizar os Conselhos Setoriais de infraestrutura, de modo que eles sejam capazes de, efetivamente, fornecer diretrizes estratégicas que orientem as agências e de delimitar objetivos e metas de longo prazo a serem atingidas, encaminhando a este Tribunal de Contas, em até 120 dias, plano de ação discriminando ações nesse sentido;

g) Recomendar à Casa Civil que verifique a possibilidade de aplicação da quarentena aos superintendentes das agências;

h) Comunicar à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados e à Casa Civil que este Tribunal entende como boas práticas capazes de aprimorar a governança regulatória:

h.1) criação de critérios mínimos, técnicos e objetivos, para a indicação e a nomeação dos dirigentes das agências na Lei nº 9.986/2000 e, se necessário, o estabelecimento de critérios específicos nas leis instituidoras de cada Agência, consoante as especificidades do setor regulado;

h.2) estabelecimento de um período de quarentena de no mínimo 1 ano para os dirigentes das agências reguladoras, tendo por parâmetro as melhores práticas internacionais (OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico);

h.3) extinção da possibilidade de recondução dos dirigentes dos entes reguladores, associada a uma reavaliação acerca da adequação e da compatibilidade do período de mandato dos dirigentes para a obtenção de resultados efetivos em uma gestão;

h.4) estabelecimento de rol taxativo de hipóteses de perda de mandato dos dirigentes das agências reguladoras, extinguindo a previsão insculpida no parágrafo único do art. 9º da Lei nº 9.986/2000;

h.5) normatização legal de prazos para a indicação, a sabatina e a nomeação de dirigentes dos entes reguladores;

h.6) criação de mecanismos/instrumentos formais que propiciem uma maior estabilidade e uma maior previsibilidade na descentralização de recursos para as agências;

h.7) caracterização das agências em órgãos setoriais, desvinculando seus orçamentos dos respectivos ministérios vinculados;

h.8) estabelecimento de requisitos mínimos de transparência do processo decisório das agências, tendo por parâmetro os procedimentos adotados pela Agência Nacional de Energia Elétrica;

h.9) padronização mínima dos institutos das Audiências/Consultas Públicas entre as agências, notadamente quanto aos documentos que devem ser disponibilizados antes e após a Audiência ou Consulta, bem como o prazo máximo que os reguladores deveriam possuir para disponibilizar essas informações aos interessados;

h.10) institucionalização nas agências de um modelo de ouvidoria nos termos a seguir listados:

i. inserção da ouvidoria no organograma da Agência no mesmo nível da diretoria colegiada, contudo sem quaisquer vínculos de subordinação;

ii. mandatos legalmente expressos para avaliar a gestão da Agência;

iii. padronização mínima do teor dos relatórios/produtos que as ouvidorias devem, obrigatoriamente, emitir e os instrumentos que garantam sua eficiente divulgação à sociedade;

iv. igual duração dos mandatos dos ouvidores em todas as agências;

v. garantia de acesso irrestrito a informações. Nesse caso, é prudente aplicar ao ouvidor o instituto da quarentena.

h.11) considerando o modelo de ouvidoria proposto, reavaliar as condições de indicação e de nomeação que se aplicariam ao ouvidor;

i) Recomendar à Casa Civil que adote medidas e ações com o fito de implementar as boas práticas indicadas no item "h", supra;

j) Encaminhar cópia do Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o integram, à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, à Agência Nacional de Energia Elétrica, à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à Agência Nacional de Telecomunicações, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Agência Nacional de Aviação Civil, à Agência Nacional de Águas, à Agência Nacional de Saúde, à Agência Nacional de Cinema, ao Ministério de Minas e Energia, ao Ministério das Comunicações, ao Ministério da Defesa, ao Ministério dos Transportes, ao Ministério do Meio Ambiente e à Casa Civil da Presidência da República;

k) Em atenção ao artigo 14, IV, da Resolução TCU nº 215/2008, declarar integralmente atendida a Solicitação do Congresso Nacional em apreço, bem como propor o arquivamento dos presentes autos."

É o relatório

Voto do Ministro Relator

VOTO

Cuida-se, originalmente, de solicitação do Congresso Nacional, por meio da qual foi encaminhado ao Tribunal o Requerimento nº 156/2009, de autoria do Deputado Sílvio Torres, então presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, segundo o qual foi pleiteada auditoria para aferir "a governança das agências reguladoras de infraestrutura no Brasil, de forma a identificar eventuais riscos e falhas estruturais, que possam comprometer o alcance dos objetivos da regulação estatal, e propor soluções de natureza operacional e legislativa, para fortalecer o modelo regulatório atual".

2. Promovidos os exames preliminares do requerimento, relativos à sua admissibilidade e à conveniência e oportunidade de ser empreendida a auditoria solicitada, o Plenário deste Tribunal, por intermédio do Acórdão 1.676/2009, determinou a realização de fiscalização, na modalidade Auditoria de Natureza Operacional, nas agências reguladoras de infraestrutura no Brasil, a fim de avaliar a governança dessas entidades, incluindo análises quanto à independência no processo decisório, transparência na tomada de decisões e elaboração de normativos regulatórios, capacidade financeira e adequação dos recursos humanos disponíveis, coerência regulatória e capacidade de gerir riscos.

3. Restituídos os autos à Secretaria de Fiscalização de Desestatização - Sefid, foram iniciados os estudos do tema. Após serem consultados a literatura e especialistas no setor, foi elaborada matriz de planejamento que, segundo entendimento da Sefid, contemplava os aspectos mais relevantes sobre o tema.

4. Contudo, como as questões delineadas na referida matriz não abrangiam todos os tópicos contidos no requerimento, haja vista o tema ser demasiadamente amplo, o documento foi submetido ao crivo da Comissão solicitante, para conhecimento e manifestação. Ademais os requerentes foram convidados, e participaram de workshop e Painel de Referência desenvolvidos ainda na etapa de planejamento dos trabalhos.

5. Assim, definiu-se como objetivo de auditoria avaliar a governança regulatória nas dimensões: competências regulatórias, autonomia, mecanismos de controle, gestão de riscos e de avaliação de impacto regulatório.

6. Passo ao exame dos achados de auditoria.

II - DA COMPETÊNCIA REGULATÓRIA

7. Os exames empreendidos pela unidade instrutiva abrangeram a distribuição das competências regulatórias e aspectos da atuação dos conselhos setoriais.

8. Em relação à distribuição de competências, a Sefid identificou que, de um modo geral, não há lacunas ou mesmo sobreposições de atribuições entre órgãos.

9. Contudo, foram identificadas algumas situações atípicas que, segundo avalio, devem ser levadas ao conhecimento dos entes envolvidos para que o processo de distribuição de competências seja aprimorado.

10. Destas, merecem destaque aquelas identificadas no setor de transporte aquaviário, no qual há, conforme registrado no relatório antecedente, competências similares desenvolvidas por mais de um órgão, a exemplo da definição das tarifas portuárias, procedimento em que atuam concomitantemente a Antaq, as autoridades portuárias e o Conselho de Autoridade Portuária. Esse choque de competências, conforme conclui a unidade técnica, pode gerar insegurança nas remunerações e impacta, de modo negativo, o marco regulatório.

11. Ademais, também deve ser posto em relevo o fato de a Aneel possuir, conforme indicado pela própria agência, indefinições operacionais em face do disposto nas Leis nº 10.847/2004 e 10.848/2004 e seus desdobramentos, relacionadas à aprovação de estudos e projetos de geração, à preparação e realização de leilões de licitação de energia, dentre outras.

12. Além das situações acima enumeradas, identificou-se que existe debate acerca da competência da Anatel para estabelecer sanções às prestadoras de serviços de radiodifusão sobre questões relacionadas ao uso do espectro de radiofrequências, bem como à certificação de equipamentos de telecomunicações.

13. Ainda sobre a distribuição de competências, também se observou que o poder de outorga no setor elétrico difere daquele atribuído aos demais setores de infraestrutura, nos quais as competências regulatórias são distribuídas de forma homogênea entre conselhos, ministérios e agências reguladoras. Naquele setor, o poder de outorga está a cargo do concedente.

14. Tal aspecto, que em uma primeira leitura denota a retirada de competências da Aneel, seu consequente enfraquecimento e a concentração de poderes no Ministério supervisor, não pode, como bem destacado pela unidade técnica, ser interpretado como equivocado, pois decorre da opção política adotada pelo legislador, que centralizou as decisões estratégicas no órgão supervisor.

15. Passando ao exame dos conselhos setoriais, a análise empreendida demonstrou que alguns deles não estão sendo capazes de fornecer diretrizes estratégicas que orientem os reguladores e delimitem os objetivos a serem atingidos. Serve, como exemplo máximo dessa inoperância, a situação do Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte - Conit que, em um prazo de 9 anos (2000 a 2009), se reuniu uma única vez e, por consequência, furtou-se a fornecer diretrizes estratégicas para orientar as agências a ele vinculadas (ANTT e Antaq).

16. Com efeito, esse caso extremo já foi objeto de manifestação anterior deste Tribunal, consubstanciada no Acórdão 1034/2008-Plenário. Embora a situação dos outros conselhos não demonstre tamanha gravidade, nenhum deles comprovou o pleno cumprimento de suas atribuições.

17. Julgo adequado, portanto, recomendar à Casa Civil que adote as medidas que achar convenientes com vistas a operacionalizar os referidos conselhos, de modo que eles sejam capazes de fornecer diretrizes estratégicas e de delimitar objetivos e metas de longo prazo.

III - AUTONOMIA

18. A segunda dimensão tratada nesta fiscalização refere-se à autonomia das agências reguladoras, nas esferas financeira e decisória.

19. Sobre o tema, importa destacar que as agências devem dispor de meios que as permitam se posicionar com neutralidade entre os interesses do Governo, dos investidores e dos consumidores. Devem, em face de suas atribuições e das leis que as criaram, gozar de ampla autonomia.

20. Contudo, como demonstrado no relatório antecedente, a prática corrente não se coaduna com o modelo pretendido pelo legislador, eis que suas autonomias decisória e financeira são constantemente mitigadas.

III - A - DA AUTONOMIA FINANCEIRA

21. Especificamente quanto à autonomia financeira, vê-se que o processo orçamentário vigente, a descentralização de recursos e o financiamento por recursos próprios não fomentam o modelo idealizado, mas, ao contrário, o enfraquecem.

22. O processo orçamentário, por exemplo, não as diferencia das demais unidades orçamentárias, sendo necessário às agências seguir o rito geral dos demais órgãos da administração pública federal. Elaboram suas propostas orçamentárias, observando os limites inicialmente impostos pela Secretaria de Orçamento Federal (SOF) em relação ao orçamento, e as submetem à setorial de orçamento do ministério vinculador, que promove a consolidação do orçamento de todos os entes a ele vinculados.

23. Em razão desse fluxo orçamentário, para que a proposta orçamentária da agência seja razoavelmente acolhida pela setorial de orçamento, é imperioso um bom relacionamento entre a agência e o ministério vinculador, prejudicando, por demasia, a autonomia pretendida.

24. Tal fato, por si só, justifica a preocupação externada pela Sefid, que sugere que as agências reguladoras sejam consideradas como setoriais de orçamento, fazendo com que os aspectos subjetivos não preponderem ao tempo da descentralização orçamentária.

25. De igual sorte, o procedimento adotado para o repasse de valores também se mostra prejudicial à autonomia, eis que não existem mecanismos aptos a garantir a estabilidade dos recursos a elas destinados, os quais, por vezes são repassados de modo intempestivo ou são objeto de contingenciamento promovido pelo poder executivo.

26. Especificamente quanto ao contingenciamento de recursos, verifico que em alguns exercícios o governo federal contingenciou grande parte dos recursos destinados às atividades de regulação e fiscalização das agências, fazendo com que esses serviços essenciais não fossem desenvolvidos a contento. E o que se contingencia, em algumas agências, a exemplo da Aneel e Anatel, são valores recolhidos dos usuários dos serviços à custa de taxas de fiscalização ou em face de sanções aplicadas, isto é, são recursos próprios que deveriam ser aplicados nas atividades finalísticas das agências.

27. Verificou-se que o mencionado contingenciamento se dá de três maneiras distintas: a um, há contingenciamento anual em face do disposto na Lei Complementar nº 101, de 4/5/2000. A dois, há possibilidade de alteração de fontes por meio de portaria, possibilitando que a administração possa reservar recursos vinculados não gastos. A três, o poder executivo faz a desvinculação de receitas com o uso de medidas provisórias posteriormente transformadas em lei.

28. Em face dessa situação, comungo da opinião de que devem ser criados mecanismos aptos a garantir maior estabilidade no repasse de recursos destinados às agências reguladoras, de modo a fomentar sua autonomia financeira. Tais mecanismos, além de propiciarem um fluxo financeiro que independa do relacionamento existente entre a agência e o ministério vinculador, devem protegê-las do contingenciamento, a exemplo do que ocorre nas despesas que não devem se sujeitar a limitação de empenho e movimentação financeira, e que podem ser ressalvadas pela LDO, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei Complementar n.º 101/2000.

29. Passando ao financiamento por recursos próprios, restou demonstrado que esse é pouco efetivo, pois, de um modo geral, não existe autossuficiência e as agências, à exceção da Anatel e da Aneel, necessitam ser financiadas por uma combinação de recursos orçamentários ordinários e de recursos gerados pelo exercício da atividade regulatória.

30. E nesse particular foi evidenciada grande discrepância entre as agências, eis que algumas geram, no exercício de suas atividades de regulação, receitas suficientes para sua manutenção, ao passo que outras, a exemplo da Antaq, dependem quase que integralmente de recursos orçamentários para o desempenho de suas atividades.

31. Essa constatação conduz à conclusão de que devem ser promovidos estudos para equalizar a situação, de modo que o financiamento por recursos próprios seja similar em todas as agências reguladoras. Assim, deve ser realizado um incremento da receita própria da maioria das

agências e, quanto à Aneel e Anatel, que já possuem superávit de recursos próprios, devem ser promovidas análises acerca dos valores das taxas de fiscalização e das sanções impostas, de modo a que as taxas de fiscalização sejam diminuídas para não onerar em demasia aqueles que pagam para ser fiscalizados, mantendo-se o caráter punitivo das sanções impostas no exercício das suas atividades.

32. Desse modo, concluo que os achados de relacionados à autonomia financeira das agências reguladoras demonstram que o financiamento das agências reguladoras deve ser aprimorado, mediante alteração no processo orçamentário, bem como pela criação de mecanismos hábeis a impedir ou ao menos limitar o contingenciamento de recursos. Ademais, foram evidenciadas a necessidade de aprimoramento do fluxo de recursos e do modelo de financiamento por recursos próprios.

III - B - DA AUTONOMIA DECISÓRIA

33. Passando ao exame da autonomia decisória, a análise empreendida pela unidade técnica corretamente concluiu que essa autonomia, embora essencial para o bom desenvolvimento do marco regulatória, não é a ideal.

34. Para avaliar esse aspecto, a Sefid examinou os critérios de indicação de diretores das agências reguladoras e concluiu que são subjetivos em demasia, possibilitando indicações de dirigentes sem os conhecimentos imprescindíveis para o exercício do cargo.

35. Pondera a unidade que não são suficientes as exigências contidas na legislação, de que os diretores sejam brasileiros, de reputação ilibada, com formação universitária e elevado conhecimento no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados.

36. Entende que, em face disso, deveriam ser incluídos na Lei 9.986/2000 requisitos mínimos, técnicos e objetivos, para a indicação e nomeação de dirigentes das agências e, se necessário, o estabelecimento de critérios objetivos nas leis específicas de cada agência.

37. Nesse particular, comungo da preocupação externada pela unidade instrutiva, eis que as atividades desempenhadas pelas agências reguladoras clamam por diretores qualificados para tal desiderato.

38. Contudo, entendo que a alteração legislativa proposta pela Sefid não conduziria à resolução deste problema, pois o estabelecimento de critérios técnicos e objetivos poderia acabar por restringir a indicação a pessoas com conhecimento técnico acerca do negócio da agência, não solucionado o problema relacionado a indicação de dirigentes sem a expertise necessária para o desempenho de suas funções.

39. Com efeito, entendo que a competência para gerir essas autarquias especiais não advém apenas dos critérios objetivos suscitados pela Sefid, pois são concomitantemente necessárias aos dirigentes outras competências que não advém de sua formação técnica, mas de sua vivência como gestor de políticas públicas ou mesmo como administrador, a quem competirá, dentre outras atividades, avaliar as diretrizes apresentadas pelo ministério vinculador e decidir como implementá-las. Essas características complementares são, a meu ver, de difícil identificação e subjetivas, não podendo constar, portanto, na legislação de regência.

40. Desse modo, discordando da avaliação empreendida pela Sefid, entendo que deve ser aprimorado o processo de indicação de diretores pelo Poder Executivo, a quem compete, tempestivamente e com base nos critérios já previstos na legislação ordinária, indicar candidatos que possuam, simultaneamente, características técnicas e pessoais necessárias para o desempenho de cargo dessa elevada importância estratégica. Sendo assim, julgo oportuno sugerir ao Senado Federal adotar uma rotina mais rigorosa para a avaliação dos candidatos.

41. Ainda quanto à autonomia decisória, a unidade instrutiva pontua que o período de quarentena dos dirigentes é curto para os moldes internacionais, sujeitando-os a pressões e possibilitando sua captura pelos setores regulados. Em vista disso, a unidade propõe que o período de quarentena dos diretores seja de um ano. Suscita, também, que seja promovido estudo para se estender a quarentena para outros cargos de alto escalão das agências reguladoras, a exemplo dos superintendentes.

42. Quanto a esse tema, anuo, em parte, ao exame empreendido pela Sefid, pois comungo do sentimento de que o período de quarentena hoje previsto para os diretores é pequeno, se comparado às práticas internacionais, que, de um modo geral, recomendam o período de 1 ano, com compensação adequada para os dirigentes em questão.

43. Contudo, não vejo razões para a extensão do referido período de quarentena para os demais cargos das agências, tais como superintendentes, pois não possuem a incumbência de elaborar políticas inerentes ao marco regulatório, mas apenas operacionalizá-las, atendendo aquilo que for definido por seus diretores.

44. Assim, julgo que deve ser recomendado à Casa Civil que verifique a possibilidade de ampliação do período de quarentena dos diretores das agências reguladoras de quatro para doze meses.

45. Também no âmbito da autonomia decisória, a Sefid examinou as hipóteses de recondução dos dirigentes das agências e concluiu que essa prática prejudicaria a autonomia decisória em face de os dirigentes poderem ser "capturados por recondução".

46. Sobre esse tema, dissinto da opinião externada pela unidade instrutiva, pois a suposta "captura por recondução" não denota um problema no instituto da recondução, mas um desvio de conduta daqueles dirigentes que não deveriam se submeter a quaisquer tipos de pressões no desempenho de suas ações frente às agências reguladoras.

47. Com efeito, julgo que a recondução é útil e propicia, nos moldes hoje aplicados, a continuidade das ações de regulação, contribuindo sobremaneira para o adequado desenvolvimento do marco regulatório.

48. Outro tópico relativo à autonomia decisória identificado pela auditoria é o fato de a lei de criação da Agência Nacional de Águas (Lei 9.984/2000) abrir possibilidade para que os dirigentes daquela autarquia sejam exonerados ad nutum nos quatro primeiros meses de mandato.

49. Tal previsão legal, segundo pontua a Sefid, aumenta o risco de captura dos dirigentes e, conseqüentemente, mitiga a autonomia decisória da agência.

50. Nesse particular, entendo que a preocupação externada pela unidade instrutiva é louvável, mas pondero, à semelhança do que discorri ao tratar da "captura por recondução", que a

possível captura em face da possibilidade da perda de mandato denotaria o desvio de conduta de um dirigente e não deveria contaminar, de modo generalizado, todos aqueles que foram indicados para tal agência.

51. Contudo, considerando que a regra geral para perda de mandatos dos dirigentes das agências reguladoras está prevista na Lei 9.986, de 18 de julho de 2000, a qual dispõe em seu artigo 9º que "os conselheiros e diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar"; que a ANA é a única agência a abrir essa possibilidade de exoneração ad nutum, nos quatro primeiros meses de mandato; e que não foram identificadas no curso da auditoria justificativas para essa previsão, afigura-se-me razoável a conclusão da unidade instrutiva, no sentido de que seria benéfico "à governança regulatória que seja taxativo o rol de hipóteses de perda de mandato dos dirigentes dos entes reguladores, impossibilitando eventual exoneração imotivada".

52. Assim, deve ser recomendado à Casa Civil que, no âmbito de suas competências, avalie a conveniência e oportunidade de promover a alteração da legislação pertinente de forma a tornar taxativo o rol de hipóteses de perda de mandato contidas na Lei 9.986, de 2000.

53. Por fim, o último ponto relacionado à autonomia decisória versa sobre a substituição dos diretores e superintendentes na hipótese de afastamento legal, de vacância ou no período que antecede a nomeação de novo conselheiro ou diretor.

54. Neste particular, o estudo empreendido identificou que, à exceção da Anatel, a substituição em apreço não é devidamente disciplinada pelas agências reguladoras que, segundo disposto no art. 10º da Lei nº 9986, de 2000, possuem essa incumbência.

55. De fato, esse achado de auditoria demanda tratamento imediato, pois as leis de criação das agências estipulam quorum mínimo para a tomada de decisões e, por muitas vezes, esse quantitativo não é atingido, comprometendo sobremaneira a tomada de decisões e os trabalhos de regulação.

56. Pior quando essa vacância decorre de falhas do executivo ou do legislativo que, por vezes, demoram a indicar nomes para exercer as funções de diretores e para sabatar os indicados. Essa demora, em alguns momentos, é injustificável e extremamente elástica, como se pode verificar no caso da ANP, que em 2005 ficou diversos meses sem presidente.

57. Em situações comuns, esse lapso não se justifica, pois os diretores possuem mandato com data certa para terminar, permitindo ao poder executivo antever as situações de vacância e, previamente ao seu acontecimento, submeter suas indicações ao Senado Federal com tempo hábil para que aquela casa legislativa promova a sabatina com a profundidade requerida.

58. De igual sorte, nas situações excepcionas, relativas a vacâncias acontecidas antes do final do mandato, as normas devem fixar prazo razoável para o poder executivo indicar um nome e o Senado Federal o avaliar.

59. Desse modo, julgo razoável a proposta da unidade técnica, no sentido de que seja determinado à ANA, ANP, Aneel, ANTT, Antaq e Anac que disciplinem em seus regulamentos a forma de substituição dos conselheiros e diretores em seus impedimentos e afastamentos legais, ou ainda no período de vacância que anteceder a nomeação de novo conselheiro ou diretor.

60. Julgo adequado, também, submeter a matéria ao crivo da Casa Civil, para que, no âmbito de suas competências, promova estudos com vistas a fixar prazos para a indicação de nomes pelo Executivo Federal, ressaltando que, no caso de vacâncias previsíveis, deve ser delimitado um prazo de modo a que a indicação se dê com a antecedência necessária para que não haja solução de continuidade na autonomia decisória das agências. Quanto às indicações decorrentes de vacâncias imprevisíveis, devem ser sopesados na fixação dos referidos prazos a urgência da indicação e a necessidade de uma análise apurada do nome a ser indicado.

IV - MECANISMOS DE CONTROLE

61. Outra dimensão tratada neste trabalho se refere ao exame dos mecanismos de controle disponíveis para que seja avaliada e acompanhada a atividade regulatória. As espécies de mecanismos percorridas pela unidade instrutiva foram Accountability, transparência e controle social.

62. O termo Accountability se relaciona, neste trabalho, "com processos de prestação de contas e responsabilização, representando o processo de contínua demonstração, pelos gestores das Agências, de que suas ações estão alinhadas às diretrizes definidas nos marcos legais regulatórios e políticas públicas, devendo responder pelos atos que praticarem".

63. No seu escopo a Sefid concluiu que os mecanismos destinados à avaliação de atividades finalísticas ainda não são suficientes e que os respectivos ministérios também não dispõem de metodologias sistematizadas e instituídas formalmente para efetuar tal ponderação. Com efeito, tal avaliação dependeria da existência de objetivos e metas claras, os quais ainda não são uma realidade.

64. Em razão dessa ausência de metas estratégicas, a maioria das agências vêm usando, para fins de avaliação sistematizada do desempenho finalístico, instrumentos de gestão contidos no Plano Plurianual (PPA) e na Lei Orçamentária Anual (LOA), os quais não se ajustam ao pretendido em face de não apresentarem o detalhamento e a precisão necessários para subsidiar uma avaliação mais específica da gestão das agências quanto ao seu desempenho finalístico.

65. Outro aspecto identificado se refere à ausência de indicadores específicos, os quais, consoante manifestação das agências questionadas, são de difícil concepção e mensuração.

66. Ademais, constatou-se que a avaliação da atividade regulatória também é deficiente por parte dos ministérios em face da escassa utilização de mecanismos formais para esse fim, bem como pela falta de coordenação entre as informações trocadas entre o órgão vinculador e a agência setorial.

67. Com efeito, ressaltou-se no relatório antecedente que as análises a serem realizadas pelos ministérios vinculadores dar-se-iam por meio da troca de informações hábeis para esse fim e por meio de contratos de gestão que, embora previstos, não estão em uso, a exceção daquele celebrado entre o Ministério Minas Energia e a Aneel, que vigera até 2012.

68. Em resumo, identificou-se que, em regra, "os ministérios não dispõem de metodologias ou sistemas próprios para tal acompanhamento, bem como não foram identificados, objetivamente, produtos ou resultados específicos da atividade de acompanhamento ministerial".

69. Especificamente quanto ao contrato de gestão, pondero que pode ser um instrumento hábil a fomentar o acompanhamento das ações das agências reguladoras pelo ministério vinculador, mas alerto que sua redação deve ser cautelosa, de um lado demandando informações e de outro resguardando a autonomia das agências, eis que esse aspecto é essencial para o êxito do modelo de regulação proposto pelo legislador ordinário.

70. Ainda nessa dimensão, verificou-se o impacto da avaliação das atividades finalísticas das agências nos processos de prestação de contas regularmente submetidos a este Tribunal de Contas. Nesse item, constatou-se que as falhas acima retratadas, concernentes à ausência de mecanismos formais para avaliação das atividades finalísticas e de metas bem definidas, possuem impacto direto nas prestações de contas que, diante de seu conteúdo, não permitem a avaliação do resultados dessas ações.

71. Ressalto, no entanto, que o Tribunal, por meio de normativos internos, vem adaptando as informações demandadas a cada entidade, fazendo com que os processos de contas das agências reguladoras passem a contemplar dados importantes para a realização de análise qualitativa das gestões sob avaliação.

72. Outrossim, muito embora os processos de prestação de contas ainda não sejam suficientes para que o Tribunal possa avaliar as atividades finalísticas das agências, consigno que esta Corte dispõe de outras ferramentas que lhe permitem um conhecimento mais amplo de seus entes jurisdicionados, suprimindo, ao menos no âmbito interno, a carência de informações decorrente da não estipulação de metas finalísticas bem definidas.

73. Nesse sentido, cito as fiscalizações empreendidas pelas Secretarias de Fiscalização de Desestatização deste Tribunal que, no caso das agências, abrangem desde a regulação até os contratos de concessão.

74. Outro aspecto verificado na dimensão relativa ao controle refere-se à transparência, entendida como "práticas adotadas pelos reguladores para fornecer, às partes interessadas, informações claras, acessíveis e diretas sobre suas atividades, perpassando os métodos e processos de elaboração, alteração e implementação de atos regulatórios".

75. Neste particular, a Sefid avaliou os mecanismos adotados para a divulgação das ações e decisões finalísticas e aqueles destinados a dar transparência ao processo decisório das agências.

76. A unidade técnica constatou que, embora existam esforços pontuais, a maior parte das agências não dispõe de política específica e formal para divulgação de suas ações. Observou, também, que a publicidade oficial das agências é centralizada e segue recomendações da Subsecretaria de Comunicação Institucional da Secretaria-Geral da Presidência da República.

77. Em virtude desse quadro, que retrata grandes problemas nos mecanismos de divulgação institucional, a unidade técnica adequadamente propõe que seja recomendado às agências o desenvolvimento de políticas voltadas à ampla divulgação de suas ações, mormente aquelas de maior apelo e impacto social, com foco e linguagem adequados.

78. Passando à transparência do processo decisório, a Sefid verificou que há procedimentos e entendimentos diversos no âmbito das agências. Concluiu, contudo, que o modelo adotado pela Aneel possui maior grau de maturidade, e o adotou como paradigma para as demais.

79. Com efeito, a leitura do relatório antecedente conduz a essa cognição, pois restou evidenciado que a Aneel possui grande preocupação com a transparência de seus atos e envia esforços para aprimorá-la. Cito, como exemplos dessa preocupação, a existência de arcabouço jurídico disciplinando a publicidade de seus atos, a divulgação prévia das pautas das reuniões de diretoria e a transmissão ao vivo das reuniões deliberativas de sua diretoria. Os atos originários de suas deliberações e as atas das reuniões também são disponibilizadas em seu sítio na internet.

80. Em face da disparidade de tratamento da divulgação do processo decisório no âmbito das agências, a unidade propõe que a elas seja recomendado o estabelecimento de requisitos mínimos de transparência do processo decisório, tendo por parâmetros os procedimentos adotados pela Aneel, e observando a preservação, quando necessária, do sigilo das informações.

81. Como se trata de recomendação, considero-a adequada, haja vista que as agências possuem características diversas que devem ser observadas.

82. O último aspecto tratado nesta dimensão de mecanismos de controle se refere ao controle social, que fomenta a participação da sociedade na elaboração das normas editadas pelas agências reguladoras, bem como na fiscalização e no monitoramento da atividade regulatória.

83. Neste tópico, identificou-se que há problemas, mas que esses, de um modo geral, não decorrem de falhas das agências. Advém, ao contrário, da pouca participação da população e da falta de conhecimento técnico da sociedade sobre os assuntos tratados.

84. O controle social se dá, majoritariamente, mediante reclamações realizadas sem qualquer conhecimento técnico.

85. Em face dessa característica, a unidade técnica afirma que "uma política de capacitação dos usuários (ou de suas instâncias representativas) promoveria um maior grau de participação efetiva de considerável parcela da sociedade na atividade regulatória". Comungo desse sentimento, mas não vislumbro que tal capacitação possa ser facilmente implementada.

86. Contudo, mesmo frente a essa dificuldade, pondero que o controle social também pode ser aprimorado por meio da melhora qualitativa dos intérpretes, capacitando-se as ouvidorias a transformarem as reclamações dos usuários em memoriais técnicos, bem como integrando as agências com a mídia, promovendo-se a capacitação em massa da população.

87. Dessa maneira, entendo pertinente a preocupação da unidade instrutiva, motivo pelo qual a endosso e proponho que seja elevada ao conhecimento das autoridades competentes, mediante envio do minudente relatório produzido pela Sefid.

88. Ainda no âmbito do controle social, a unidade técnica compulsou os processos de audiências públicas e o papel desenvolvido pelas ouvidorias das agências reguladoras.

89. Em relação às audiências públicas, a fiscalização demonstrou que os procedimentos adotados variam em demasia de uma agência para outra, acontecendo casos em que as audiências são iniciadas sem que sejam apresentadas à população todas as informações necessárias, tais como os motivos ou os fundamentos do ato submetido a consulta popular.

90. Outro aspecto verificado em relação às audiências públicas é a falta de feedback sobre as contribuições encaminhadas pelos interessados, que pode desmotivar a participação da sociedade. Além disso, quando as agências apresentam algum documento com a análise das contribuições, normalmente este se dá após prazos não razoáveis.

91. Em face dessas falhas, propõe a Sefid que seja determinado às agências "que definam, normativamente, prazos razoáveis para disponibilização de relatórios de análise das contribuições recebidas em audiências / consultas públicas".

92. Comungo da preocupação externada, mas pondero que vários aspectos devem ser sopesados neste caso concreto, tais como as particularidades de cada consulta pública realizada, que em alguns casos podem receber poucas contribuições e em outros inúmeras, demandando, por certo, maior prazo para análise e divulgação de relatório fundamentado. Julgo escorreito, portanto, converter a determinação proposta em recomendação.

93. No concernente à falta de padronização de procedimentos para a realização de audiências e consultas públicas, também se mostra razoável a preocupação externada pela Sefid, no sentido de que os entes envolvidos, observadas as particularidades de cada caso, envidem esforços para padronizá-los. De fato, essa é uma boa prática que deve ser difundida entre os entes fiscalizados.

94. Passando ao papel das ouvidorias, o exame empreendido pela unidade técnica inicialmente identificou heterogeneidade no modelo adotado em cada agência, variando em razão das características de mandato, função e atuação.

95. Entende a Sefid que a ouvidoria, para ser um instrumento eficaz de controle social, "deve ter autonomia e independência, estando no mesmo nível de Diretoria, porém sem vínculo de subordinação a esta; deve ter acesso livre à demanda de reclamações, denúncias, questionamentos e elogios dos usuários; utilizar esses dados para avaliar a gestão interna do regulador e, assim, propor melhorias nos procedimentos de atendimento ao usuário, garantindo que esse atendimento seja útil, eficaz e tempestivo".

96. Pondero, todavia, que o modelo entendido como ideal pela unidade instrutiva pode, nos moldes propostos, ser prejudicial aos trabalhos desenvolvidos pelas agências reguladoras, pois segundo sugerido, o ouvidor teria livre acesso a informações, poderia questionar e criticar quaisquer procedimentos e não seria responsabilizado por obstaculizar o desenvolvimento do marco regulatório.

97. O correto, a meu ver, é que o ouvidor também seja um diretor da agência, comprometido, portanto, com ambas funções, apurando denúncias e reclamações quando no desempenho da função de ouvidor, mas sempre sopesando que o controle deve se harmonizar com o desenvolvimento do marco regulatório.

98. Desse modo, dissinto, nesse particular, da análise empreendida pela Sefid.

V - MECANISMOS DE GESTÃO DE RISCOS E DE AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO.

99. Ao tratar da última dimensão contemplada nestes autos, a unidade técnica identificou a existência de falhas no processo de gerenciamento de riscos adotado pelas agências reguladoras de infraestrutura.

100. Tais falhas advém, segundo entendimento da Sefid, da ausência de processos de gerenciamento de riscos formalmente institucionalizados, da vinculação hierárquica da auditoria interna, a qual, no geral, é ligada ao Diretor-presidente e não à diretoria colegiada, e da não institucionalização da análise de impacto regulatório (AIR).

101. No que toca à ausência de processos de gerenciamento de riscos formalmente institucionalizados, constatou-se que há espaços para ser aprimorado o modelo adotado pelas agências, de modo a incrementar a estrutura de governança quanto ao planejamento de atividades, responsabilização e accountability.

102. Especificamente quanto à vinculação da auditoria interna ao Diretor-presidente e não à diretoria colegiada, comungo do entendimento de que tal prática vai de encontro ao previsto nas boas práticas de auditoria e às normas regulamentares, motivando a expedição de recomendação às agências nas quais a impropriedade foi verificada.

103. Quanto à análise de impacto regulatório, entendida como "instrumento formal que permite explicitação dos problemas regulatórios, das opções disponíveis de política e das consequências das decisões regulatórias, em cada caso concreto, mediante a utilização de dados empíricos", a unidade instrutiva identificou que o tema vem sendo estudado e debatido pelo PRO-REG, da Casa Civil da Presidência da República, tornado-se despicienda, neste momento, qualquer recomendação relativa ao tema.

Ante o exposto, manifestando-me, no essencial, de acordo com as análises empreendidas pela unidade instrutiva, VOTO por que o Tribunal adote o Acórdão que submeto à apreciação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 24 de agosto de 2011.

JOSÉ JORGE

Relator

Declaração de Voto

Senhor Presidente,
Senhores Ministros,
Senhor Procurador-Geral,

Quanto ao TC-012.693/2009-9, ora relatado pelo ilustre Ministro José Jorge, não posso deixar de registrar elogios ao corpo técnico da Sefid, pela condução desta auditoria de natureza operacional, e fundamentalmente à Sua Excelência, que apreciou a matéria de maneira competente e ponderada, à luz do juízo equilibrado que lhe é peculiar, sem se descurar, é claro, da observância do princípio da legalidade.

Noto que a seleção das questões de auditoria ocorreu de forma transparente, mediante prévia submissão ao crivo da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara

dos Deputados, e concentrou os principais aspectos relacionados ao tema "governança regulatória" sob a ótica do Controle Externo, que foram: competência; autonomia; mecanismos de controle e mecanismos de gestão de riscos e de avaliação de impacto regulatório.

Não tenho dúvidas de que as medidas que estão sendo propostas - determinações e recomendações aos órgãos e entidades envolvidos - visam contribuir, de maneira significativa, para o incremento da eficiência das agências reguladoras, a partir da uniformização de procedimentos e de alterações normativas e operacionais por parte do Poder Executivo, entre outras medidas fundamentais que intentam, da mesma forma, melhorias nesse sentido.

Estas melhorias, em último grau, repercutem positivamente no equilíbrio das relações de mercado e, principalmente, no retorno social gerado pelo relevante papel exercido pelos agentes reguladores.

Por isso, renovo meus elogios ao trabalho realizado e manifesto total apoio à proposta de Sua Excelência.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 24 de agosto de 2011.

AUGUSTO NARDES

Ministro

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de solicitação do Congresso Nacional, por meio da qual foi encaminhado ao Tribunal o Requerimento nº 156/2009, de autoria do Deputado Sílvio Torres, então presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, segundo o qual foi pleiteada auditoria para aferir "a governança das agências reguladoras de infra-estrutura no Brasil, de forma a identificar eventuais riscos e falhas estruturais, que possam comprometer o alcance dos objetivos da regulação estatal, e propor soluções de natureza operacional e legislativa, para fortalecer o modelo regulatório atual".

ACORDAM os Ministros do Tribunal, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. Determinar à Agência Nacional de Águas, à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à Agência Nacional de Energia Elétrica, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários e à Agência Nacional de Aviação Civil que, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.986/2000, disciplinem em seus regulamentos a forma de substituição dos conselheiros e dos diretores em seus impedimentos ou afastamentos regulamentares ou ainda no período de vacância que anteceder à nomeação de novo conselheiro ou diretor, encaminhando a este Tribunal de Contas, em até 120 (cento e vinte) dias, o modelo proposto;

9.2. Recomendar à Agência Nacional de Águas, à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à Agência Nacional de Energia Elétrica, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Agência Nacional de Aviação Civil e à Agência Nacional de Telecomunicações que estabeleçam em norma prazos

razoáveis para disponibilização dos relatórios de análise das contribuições recebidas em audiências/consultas públicas, encaminhando a este Tribunal de Contas, em até 120 (cento e vinte) dias, o modelo proposto;

9.3. Recomendar à Agência Nacional de Energia Elétrica, à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à Agência Nacional de Transportes Terrestres e à Agência Nacional de Telecomunicações que vinculem hierarquicamente suas unidades de auditoria interna aos respectivos órgãos colegiados;

9.4. Recomendar à Agência Nacional de Águas, à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Agência Nacional de Aviação Civil e à Agência Nacional de Telecomunicações que estabeleçam requisitos mínimos de transparência de seus processos decisórios, tendo por parâmetro os procedimentos adotados pela Aneel;

9.5. Recomendar à Agência Nacional de Águas, à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à Agência Nacional de Energia Elétrica, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Agência Nacional de Aviação Civil e à Agência Nacional de Telecomunicações que estructurem políticas voltadas à ampla divulgação de suas ações, mormente aquelas de maior apelo e impacto social, com foco e linguagem adequados;

9.6. Recomendar à Casa Civil que:

9.6.1. adote providências no sentido de operacionalizar os Conselhos Setoriais de Infraestrutura, de modo que eles sejam capazes de, efetivamente, fornecer diretrizes estratégicas que orientem as Agências e de delimitar objetivos e metas de longo prazo a serem atingidas;

9.6.2. adote providências no sentido de promover o incremento das receitas próprias das agências reguladoras deficitárias e, no caso da Aneel e Anatel, superavitárias, realize análises acerca dos valores das taxas de fiscalização praticadas e das sanções impostas, de modo a que as taxas de fiscalização sejam diminuídas para não onerar em demasia aqueles que pagam para ser fiscalizados, mantendo-se o caráter punitivo das sanções impostas no exercício das suas atividades regulatórias;

9.6.3. no âmbito de suas competências, avalie a competência e oportunidade de implementar as boas práticas a seguir indicadas, constantes do item 9.8;

9.6.4. promova estudos com vistas a fixar prazos para a indicação de nomes pelo Executivo Federal, tanto na hipótese de vacâncias previsíveis, quando deve ser delimitado um prazo de modo que a indicação se dê com a antecedência necessária para que não haja solução de continuidade na autonomia decisória das agências, quanto nas indicações decorrentes de vacâncias imprevisíveis;

9.7. recomendar ao Senado Federal que estude a viabilidade de se adotar rotina mais rigorosa na avaliação dos candidatos aos cargos de direção das agências reguladoras;

9.8. Comunicar à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados e à Casa Civil que este Tribunal entende como boas práticas capazes de aprimorar a governança regulatória:

9.8.1. estabelecimento de um período de quarentena de no mínimo 1 (um) ano para os dirigentes das agências reguladoras, tendo por parâmetro as melhores práticas internacionais (OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico);

9.8.2. estabelecimento de rol taxativo de hipóteses de perda de mandato dos dirigentes das agências reguladoras, extinguindo a previsão insculpida no parágrafo único do art. 9º da Lei nº 9.986/2000;

9.8.3. normatização de prazos para indicação, sabatina e nomeação de dirigentes dos entes reguladores;

9.8.4. criação de mecanismos/instrumentos formais que propiciem maior estabilidade e maior previsibilidade na descentralização de recursos para as agências;

9.8.5. caracterização das agências em órgãos setoriais, desvinculando seus orçamentos dos respectivos ministérios vinculadores;

9.8.6. estabelecimento de requisitos mínimos de transparência do processo decisório das agências, tendo por parâmetro os procedimentos adotados pela Agência Nacional de Energia Elétrica;

9.8.7. padronização mínima dos institutos das audiências/consultas públicas entre as agências, notadamente quanto aos documentos que devem ser disponibilizados antes e após a audiência ou consulta, bem como o prazo máximo que os reguladores deveriam possuir para disponibilizar essas informações aos interessados;

9.9. Encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentam, à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, à Agência Nacional de Energia Elétrica, à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, à Agência Nacional de Telecomunicações, à Agência Nacional de Transportes Terrestres, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Agência Nacional de Aviação Civil, à Agência Nacional de Águas, à Agência Nacional de Saúde, à Agência Nacional de Cinema, ao Ministério de Minas e Energia, ao Ministério das Comunicações, ao Ministério da Defesa, ao Ministério dos Transportes, ao Ministério do Meio Ambiente e à Casa Civil da Presidência da República;

9.10. com fundamento no artigo 14, IV, da Resolução TCU nº 215/2008, declarar integralmente atendida a presente Solicitação do Congresso Nacional; e

9.11. arquivar os presentes autos

Quorum

13.1. Ministros presentes: Benjamin Zymler (Presidente), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, José Jorge (Relator) e José Múcio Monteiro.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira

Publicação

Ata	35/2011	-	Plenário
Sessão			24/08/2011
Dou - Vide publicação na Ata 35 - Plenário, de 24/08/2011			

FIM DO DOCUMENTO
