

RELATÓRIO

Da COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS, sobre o Aviso nº 76, de 2011 (Aviso nº 01515, de 8 de setembro de 2011, na origem), do Tribunal de Contas da União (TCU), que encaminha cópia do Acórdão nº 2.261, de 2011-TCU-Plenário, bem como dos respectivos Relatório e Voto que o fundamentam, referente à auditoria realizada com o objetivo de analisar a governança das agências reguladoras federais de infraestrutura (TC 012.693/2009-9).

RELATOR: Senador **JOSÉ PIMENTEL**

RELATOR “AD HOC”: Senador **JOÃO DURVAL**

Trata-se do atendimento, pelo Tribunal de Contas da União (TCU), do disposto no Requerimento nº 156, de 2009, de iniciativa do Deputado Sílvio Torres, então presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, por meio do qual foi pleiteada auditoria destinada a 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”.

De natureza operacional, a auditoria teve por objeto de análise as seguintes agências reguladoras federais: 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 do citado relatório e para o escopo da auditoria efetivada, a expressão “governança regulatória” envolve “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”. Ainda nesse sentido, “o termo engloba outros atores, como os ministérios vinculados, os conselhos formuladores de políticas setoriais e outros entes cuja atuação tem impacto na configuração do ambiente regulatório nacional”.

Foram enfocados alguns dos aspectos considerados inerentes a uma adequada governança regulatória, quais sejam: a autonomia das agências para exercerem suas prerrogativas; a clara definição de responsabilidades e de objetivos; a estabilidade das regras; a transparência de todo o processo regulatório, seus princípios e suas abordagens; os recursos financeiros e o capital humano adequados; a prevalência de processo decisório consistente, que evite arbitrariedades; a participação e o controle social; a prestação de contas; o acesso aos meios e instrumentos regulatórios apropriados para a tomada de decisões; a não discriminação e a coerência das decisões tomadas.

Em síntese, o objetivo da auditoria foi o de avaliar a governança regulatória nas seguintes dimensões principais: (i) competências regulatórias; (ii) autonomia; e (iii) mecanismos de controle, de gestão de riscos e de avaliação de impacto regulatório.

A profunda e detalhada análise empreendida pelos órgãos técnicos do TCU, ao lidar com a circunstância de que as agências apresentam, entre outras particularidades, “diferentes formas de organização institucional, de relacionamento com os *stakeholders* [partes interessadas], de aplicação de processos de controle social, de transparência do processo decisório e de divulgação de suas ações”, atribui tal heterogeneidade à “ausência de uma lei geral que normatize, uniformemente, questões inerentes à governança regulatória”, embora se reconheça 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”.

A esse respeito, importa notar que, como bem observa o próprio relatório do TCU, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, de iniciativa do Poder Executivo, que “dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto

de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências”.

São as seguintes as conclusões do mencionado relatório de auditoria:

I - Competências Regulatórias

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.

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

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.

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.

Outros cargos de alto escalão das agências, como os superintendentes, apesar de não terem, formalmente, voz ativa nas decisões colegiadas, têm 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.

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.

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.

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

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.

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.

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

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.

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.

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

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.

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

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.

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.

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.

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

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.

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.

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.

Assim, diante das razões expostas pelo Relator da matéria, Ministro José Jorge, os ministros-membros do TCU, reunidos em Sessão do Plenário de 24 de agosto de 2011, acordaram em:

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;

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;

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;

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;

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;

6. Recomendar à Casa Civil que:

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;

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;

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;

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;

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;

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:

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);

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;

8.3. normatização de prazos para indicação, sabatina e nomeação de dirigentes dos entes reguladores;

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

8.5. caracterização das agências em órgãos setoriais, desvinculando seus orçamentos dos respectivos ministérios vinculadores;

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;

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. 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;

10. Com fundamento no artigo 14, IV, da Resolução TCU nº 215/2008, declarar integralmente atendida a presente Solicitação do Congresso Nacional; e

11. Arquivar os presentes autos.

Trata-se de uma auditoria operacional da maior importância, cujas conclusões muito contribuirão para o trabalho do Senado Federal. Em face do exposto, concluo no sentido de propor que esta Comissão tome conhecimento da matéria, procedendo-se em seguida ao arquivamento do processado.

Sala da Comissão, 4 de julho de 2012

Senador JAYME CAMPOS, Presidente

Senador JOÃO DURVAL, Relator “Ad hoc”