

# A governança nas agências reguladoras

Uma proposta para o caso de vacância

BRUNO DANTAS  
VALDECYR MACIEL GOMES

**Resumo:** Tendo em vista que a vacância em cargos de direção das agências reguladoras tende a enfraquecer o modelo de Estado regulador estabelecido pela Constituição de 1988, este artigo tem o objetivo de propor uma fórmula que busque evitar que a falta de nomeação dos dirigentes das agências reguladoras seja usada de forma deliberada para o enfraquecimento dos seus poderes regulatórios. Para tanto, adotando o método de revisão bibliográfica, aliado a estudo de caso, procede-se a uma análise das conclusões a que chegou o Tribunal de Contas da União nos Acórdãos 2.261/2011 e 240/2015 – que abordaram o tema da governança corporativa nas agências reguladoras que atuam na área de infraestrutura –, a fim de, com base em suas constatações, propor um modelo mais adequado de nomeação de dirigentes para os casos de vacância.

**Palavras-chave:** Tribunal de Contas da União. Agências reguladoras. Vacância.

## Governance in Regulatory Agencies: a propose in case of vacancy

**Abstract:** Considering that a vacancy in the management positions of the Regulatory Agencies tends to weaken the regulatory state model established by the Federal Constitution of 1988, this research has the purpose of suggesting a formula aimed to avoid that the lack of appointment of these managers end up weakening the agencies' regulatory powers. To do so, the article adopts the bibliographic review method, along with a case study, diving into the findings reached by the Brazilian Federal Court of Accounts in the judgments 2.261/2011 and 240/2015 – which explored the theme of Corporate Governance for Regulatory Agencies in the field of infrastructure – as to recommend, based on those findings, a more adequate model of appointment of managers in the cases of vacancy.

Autores convidados

**Keywords:** Federal Court of Accounts. Regulatory agencies. Vacancy.

## 1 Introdução

Desde a ruptura com o liberalismo clássico, todos os ordenamentos jurídicos do Ocidente passaram a reconhecer quão fundamental é a justa intervenção do Estado nas atividades exploradas pelo setor privado, se o que se pretende é o desenvolvimento de uma economia que não pode continuar avançando à custa dos direitos fundamentais.

Foi a partir do final do século passado que o ordenamento brasileiro embarcou nessa direção. Com a criação das agências reguladoras, o Brasil deixou de exercer o papel de agente econômico (Estado-empresário) para tornar-se um agente regulador, dando concretude, a um só tempo, não apenas a um modelo econômico que seria mediado por uma “mão visível”, como também a um modelo de administração pautado pelo princípio da eficiência, que acabara de ser introduzido na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017a]).

Com efeito, para que as agências reguladoras possam exercer com eficiência e transparência o papel que a lei lhes outorga e a sociedade delas espera, é preciso que observem uma série de práticas de boa governança exigidas pelo ordenamento jurídico.

Por essa razão, em 2009, a pedido do Congresso Nacional, o Tribunal de Contas da União (TCU) realizou uma auditoria operacional para aferir o estado da governança das agências reguladoras de infraestrutura no Brasil, cujos resultados foram compilados no Acórdão 2.261/2011 (BRASIL, 2011), o qual apontou uma série de recomendações de boas práticas a serem adotadas. Posteriormente, em 2013, uma nova auditoria foi realizada (Acórdão 240/2015) (BRASIL, 2015), tendo por objetivo principal verificar duas questões fundamentais: i) se existiam condições favoráveis para que o processo decisório das agências fosse transparente e produzisse decisões técnicas e livres de ingerência e ii) em que medida o Referencial Básico de Governança do TCU (BRASIL, 2014) estava sendo seguido por elas.

Com o pressuposto de que a vacância em cargos de direção das agências reguladoras tende a enfraquecer o modelo de Estado regulador estabelecido pela CRFB, o objetivo do presente artigo é propor uma fórmula que busque – por meio de um sistema de estímulos – evitar que a falta de nomeação dos dirigentes das agências reguladoras seja usada de forma deliberada para o enfraquecimento dos seus poderes regulatórios, fator que até mesmo pode conduzi-las à inoperância.

Assim, trilhar-se-á o seguinte caminho: antes de entrar nas questões relativas às práticas de boa governança e às condições para que as agências possam cumprir adequadamente os objetivos que lhes foram colimados, abordar-se-á – de forma horizontal, por não constituir o objeto central da pesquisa – a competência e legitimidade do TCU para adotar uma postura ativa de interferência na capacidade de regular das agências responsáveis pelas atividades concedidas, bem como para reverter decisões técnicas tomadas por elas, para, ao final, após realizar uma incursão analítica sobre as conclusões a que chegou o TCU nos Acórdãos 2.261/2011 e 240/2015, propor um modelo de nomeação para os dirigentes das agências reguladoras que se nos mostra adequado.

Como metodologia, adota-se o procedimento de revisão da bibliografia sobre as agências reguladoras, tanto obras físicas, quanto materiais autorizados disponibilizados na rede de internet, dando especial atenção, porém, a uma análise da jurisprudência do TCU, especialmente aos Acórdãos 2.261/2011 e 240/2015, que tratam com rigor do tema da governança regulatória das agências de infraestrutura.

Não se buscou fazer uma valoração qualitativa nem, tampouco, quanto à correção – ou incorreção – das decisões tomadas por aquele órgão de controle. Pretendeu-se, em vez disso, identificar as conclusões do Tribunal e, pela análise criteriosa das decisões, elaborar um documento que sistematize os aspectos regulatórios ali tratados.

## 2 As atribuições do TCU

Em artigo que trata do tema da discricionariedade administrativa, Krell (2004) considera que a ênfase dada pela doutrina nacional ao combate que os órgãos de controle têm em-

preendido contra os atos de desvios é justificada pelos “fenômenos do nepotismo, do clientelismo, da corrupção e da falta de uma clara separação entre o espaço público e o espaço privado”, por ele considerados ainda um dos maiores problemas da Administração Pública do Brasil. Completa alertando que esse tipo de discussão doutrinária acaba por excluir indevidamente, da apreciação judicial, uma série de situações em que tal controle deveria ser feito, como fica claro na seguinte passagem:

A invocação pouco refletida da orientação jurisprudencial, segundo a qual descabe ao Poder Judiciário invadir o “mérito” da decisão administrativa, acaba excluindo da apreciação judicial uma série de situações em que ela seria possível. A palavra mérito, oriunda da doutrina italiana, “tem recebido um tratamento fragmentário e pouco homogêneo” na doutrina brasileira e significa nada mais do que o resultado do exercício regular de discricionariedade. É lamentável que a expressão tem servido de “palavra mágica que detém o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração” (KRELL, 2004).

Dada a posição de protagonismo que o TCU alcançou depois da promulgação da CRFB, não chega a surpreender o fato de que a sua atuação também se tenha tornado alvo de críticas e questionamentos acerca de sua forma de agir, acerca dos limites de sua competência. Nessa linha, a doutrina especializada em Direito da Regulação tem-se debruçado sobre a legalidade, por exemplo, de decisões tomadas pelo TCU – que tem natureza de órgão de fiscalização – julgando ser “possível a expedição de determinação [...] para a correção de ato normativo elaborado por agência reguladora quando verificada ineficácia nas ações de regulação ou omissão no tratamento concedido à matéria sob sua tutela” (MARQUES NETO; FREITAS, 2018); ou quando o Tribunal decide aplicar “multa a diretores da Agência

Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), por considerar que estes não regularam de forma adequada uma tarifa cobrada por terminais portuários” (PUPO, 2018).

De acordo com o entendimento de parte da doutrina, o TCU estaria limitado a fiscalizar as questões financeiras dos órgãos e entidades do poder público, cabendo-lhe, quando muito, a possibilidade de suspender a prática de determinados atos eivados de ilegalidade. Numa linha complementar da argumentação adotada por esses doutrinadores, o TCU, como órgão de controle, não poderia substituir a agência em suas atividades finalísticas, sob pena de ferir, de uma só vez, dois elementos norteadores do direito regulatório: 1) a autonomia da agência para editar as normas pertinentes à atividade regulada e 2) a própria necessidade de haver uma instância de controle.

Um último e relevante argumento que também se levanta contra a possibilidade de o TCU interferir nas decisões operacionais tomadas pelas agências é o princípio da separação dos Poderes, na medida em que a lei de criação da agência funciona como uma transferência – pelo Poder Legislativo para o Poder Executivo – da competência para legislar sobre determinada matéria. E, uma vez que tal transferência seja feita, não caberia ao TCU – como integrante do Poder Legislativo – avocar para si a competência de regular a mesma matéria, sem ferir o princípio da separação dos Poderes.<sup>1</sup>

Por outro lado, os que defendem a competência do TCU para a prática de atos de interferência na atividade-fim das agências mobilizam o pensamento de Moreira Neto (2005), no sentido de que o “novo Direito, orientado por valores, necessita de novos institutos para a sua realização”, tornando-se indispensável que o Estado – além dos “critérios da eficiência, da economicidade, da responsividade e da participação” – assumira uma posição de subsidiariedade, mas sem abrir mão do necessário controle, feito por órgãos autônomos, como o TCU. Nesse sentido, arremata o autor:

A subsidiariedade [...] vem a ser uma nova maneira de realizar-se o princípio da separação de poderes do Estado, definindo, assim, um passo adiante na caminhada que se iniciou com a divisão tripartite de Montesquieu e prosseguiu com a introdução do federalismo e do conceito de órgãos constitucionalmente autônomos, como o são, entre nós, os que desempenham funções essenciais à justiça, os tribunais de contas (MOREIRA NETO, 2005, p. 105).

Para os doutrinadores que reconhecem a capacidade estendida do TCU para cuidar das diversas matérias ligadas ao controle e à fiscalização

---

<sup>1</sup> Acerca da aplicabilidade da delegação legislativa, ver Guerra (2017, p. 158).

das agências reguladoras, e não apenas das financeiras e orçamentárias, a CRFB – diferentemente da Constituição outorgada durante o regime de exceção – ampliou a abrangência da fiscalização prevista no art. 70 e deixou para trás a limitação para atuar exclusivamente em matérias financeiras, assunto vencido e tão ultrapassado quanto a Constituição de 1969, que estabelecia:

Art. 70. A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional [...].

§ 1º O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União e compreenderá [...] o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária [...].

[...]

§ 3º A auditoria financeira e orçamentária será exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União, que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas da União, a que caberá realizar as inspeções necessárias (sic) (BRASIL, [1985]).

O texto, restritivo, foi ampliado pela CRFB e passou a ser lido como se segue:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder (BRASIL, [2017a]).

Com essa dicção do atual texto constitucional, as competências do TCU precisaram ser ampliadas para fazer frente a essas atribuições. E, em consonância com a disposição do art. 70, dispôs expressamente o art. 71 da CRFB que compete ao TCU, entre outras práticas, “IV – realizar, por iniciativa própria, [...] inspeções e auditorias de natureza *contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II” (BRASIL, [2017a], grifo nosso).

A mera comparação entre os dois textos constitucionais evidencia que, depois de 1988, a competência do TCU não está mais circunscrita às questões meramente financeiras e orçamentárias, não sendo razoável que haja dúvidas sobre a ampliação efetiva dos poderes que tinha o TCU, antes da CRFB. A questão prática que surge, pois, é definir até onde o Tribunal pode ir no exercício desses novos poderes. E, aqui, é preciso ter em conta que o decurso do tempo tem relevância para fins de interpre-

tação da norma, como destaca Aragão (apud MOREIRA NETO, 2006, p. 105):

A interpretação é um fenômeno histórico. Lei e Direito, ambos se apresentam à leitura que se lhes dê o intérprete no contexto de seu tempo, de modo que apenas captando-o adequadamente torna-se possível aplicá-los, uma e outro, para a realização da justiça, tomada no elevado sentido que as brilhantes mentes jurídicas contemporâneas a têm entendido, como um “ambicioso, alto, porém necessário nível de todo o Estado de Direito, que é a de instrumentar-se como um Estado de justiça”.

Sobre o tema, no mesmo sentido, é oportuno transcrever a lição de Dallari (2003):

No passado era simplesmente impensável promover a responsabilidade do agente público pela insuficiência, inoperância ou má qualidade do serviço ou da obra. Atualmente, dada a relevância adquirida pelo controle dos resultados, metas e objetivos, passou a ser arriscado conferir atribuições de direção superior a apaniguados políticos, geralmente facciosos, despreparados ou mesmo corruptos.

Cabe lembrar que os artigos 70 e 71 da Constituição Federal prescrevem o controle não só da legalidade, mas, sim, também, da economicidade da ação administrativa. Atos e contratos, ainda que lícitos, mas danosos ao erário ou ao patrimônio público (em sentido amplo) podem ser sancionados pelos Tribunais de Contas, inclusive por provocação do Ministério Público junto a esses Tribunais.

Por um lado, para os defensores do poder intervencionista do TCU, a competência para tratar das questões operacionais implica a tomada de medidas que corrijam e reequilibrem as que tenham defeitos dessa natureza e que sejam emanadas pela agência reguladora em sua competência originária. Por outro, para aqueles

que entendem de modo diverso, no sentido de que o TCU tem capacidade apenas de segunda ordem, não podendo ditar normas de caráter exclusivamente operacional, as decisões do Tribunal teriam que ter efeitos apenas sobre as agências, não podendo ultrapassar esse limite para interferir nas operações das empresas que praticam as atividades reguladas.

A matéria é polêmica; porém, na prática, a tese da competência ampliada tem prevalecido, como exemplifica o seguinte julgado:

a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. [...] É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao [TCU], adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República (BRASIL, 2003, p. 511-513).

Assim, partindo do pressuposto de que a “teoria dos poderes implícitos, permite, ao [TCU], adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e

ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República” (BRASIL, 2003, p. 513) é que se passa a analisar as inspeções realizadas por esse órgão para avaliar as práticas de governança corporativa nas agências reguladoras que atuam no segmento de infraestrutura.

### 3 Componentes essenciais da governança

Já faz tempo que a boa governança deixou de ser vista pelo lado negativo, como ônus assumido pelas empresas com a finalidade exclusiva de evitar custos ainda maiores advindos de eventuais multas, perdas causadas à imagem corporativa ou danos sofridos em sua reputação empresarial, por descumprimento de normas e regras aplicáveis à atividade-fim. Atualmente, a boa governança pode ser apreciada pelo seu lado positivo, de excelência no cumprimento das missões institucionais, no zelo por observar as normas – internas e externas à entidade – que dão o contorno regulatório da sua atividade.

A partir do momento em que a boa governança transmite segurança de que as operações daquele empreendimento são realizadas sobre sólidas bases éticas, em cumprimento às normas vigentes e que, por isso mesmo, são confiáveis, há um correspondente incremento na imagem corporativa e a governança deixa de ser custo e passa a ser investimento com retorno positivo, para a empresa, *stakeholders* e sociedade.

Mas o que seria a governança? Governança é o processo de tomada e implementação (ou não implementação) de decisão, seja numa entidade privada, seja num órgão público, devendo, em qualquer caso, a análise desse processo centrar sua atenção nos atores envolvidos e nas estruturas disponíveis para a tomada dessas decisões e sua implementação. A boa governança, no

entanto, é um ideal difícil de ser alcançado totalmente, mas que deve ser perseguido de forma a torná-la uma realidade possível.<sup>2</sup>

Para que se verifique se existe boa governança, é preciso que haja clareza quanto ao papel institucional da atividade desempenhada, sendo necessário, também, um processo institucionalizado de tomada de decisão. No caso das agências reguladoras, o papel institucional é dado pela lei (em alguns casos, pela própria CRFB), ao passo que o processo de tomada de decisão, se há ou não, é o que a fiscalização empreendida pelo TCU se propôs a verificar nos casos objeto dessa pesquisa.

A rigor, nesses casos, as auditorias do TCU pretenderam analisar o grau de maturidade e os fundamentos que suportam o processo decisório das agências, porém, diante da limitação de recursos para promover uma auditoria ampla, a nova fiscalização, feita em 2013<sup>3</sup>, centrou seus esforços em dois componentes essenciais: a transparência quanto ao processo decisório e a indicação, nomeação e substituição dos dirigentes. Nem por isso, contudo, pode-se dizer que o trabalho tenha sido perfunctório, de simples rotina, pois, no desempenho dessa tarefa, além de outros aspectos, a auditoria do Tribunal cuidou de analisar os mecanismos mais relevantes da governança do setor público.

### 4 Os resultados dos trabalhos de fiscalização do TCU nas agências

No curso da fiscalização que resultou no Acórdão 240/2015-Plenário (Processo

<sup>2</sup>Tradução livre e adaptada do texto produzido por United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (UNITED NATIONS, [2009]).

<sup>3</sup>Autorizada, em razão de deliberação constante do Acórdão 224/2013-TCU-Plenário (TC 044.446/2012-8) e objeto do Acórdão 240/2015-Plenário (Processo 031.996/2013-2) (BRASIL, 2013, 2015).

031.996/2013-2), o TCU examinou questões relativas (i) à estratégia organizacional; (ii) à autonomia decisória; (iii) à estabilidade da diretoria; (iv) aos conflitos de interesse; (v) à transparência; (vi) à política de gestão de riscos; (vii) à análise do impacto regulatório (AIR) e (viii) à autonomia financeira das agências. Como todas essas matérias são de grande relevância para que haja uma boa governança, convém sejam aqui apresentadas – ainda que de forma resumida – as conclusões a que chegou o TCU sobre cada uma delas.

#### 4.1 Estratégia organizacional

Para que uma agência cumpra o mandato fixado pela norma que a criou, é preciso que esteja definida a sua estratégia operacional, que consiste na definição de sua missão, dos seus objetivos, das metas para cada uma de suas principais atribuições e competências.

Além disso, é preciso que esteja claramente definida a vinculação entre os objetivos estratégicos traçados para a agência e o plano de ação para a sua implementação, que consiste, por sua vez, na seleção das ações para alcançar os seus objetivos institucionais. Ele tem que ser elaborado com base nos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis ou que possam tornar-se disponíveis em prazo compatível com o desenvolvimento das ações planejadas.

Também como forma de medir o atingimento dos objetivos estratégicos traçados, não pode ser olvidada a necessidade de haver indicadores para os resultados alcançados e para acompanhar e controlar o desempenho da agência. Neste aspecto, o parecer do TCU que instruiu o Acórdão 2.261/2011-TCU-Plenário (TC 012.693/2009-9) concluiu que as agências se encontravam em processo embrionário em termos de planejamento estratégico:

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 (BRASIL, 2011, p. 23).

#### 4.2 Autonomia decisória

A autonomia para a tomada das decisões está ligada diretamente aos recursos humanos da agência e não por outra razão a Lei nº 9.986/2000 estabeleceu que os seus dirigentes sejam nomeados pelo presidente da República, com mandatos por prazo fixo, não coincidentes e que tenham a posse sujeita à aprovação do Senado Federal.

Assim dispõe a Lei:

Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, [...] devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal (BRASIL, [2007]).<sup>4</sup>

A matéria é das mais relevantes e relaciona-se com a autonomia decisória das agências regulatórias, na medida em que elas devem ser dirigidas por pessoas que têm a legitimidade – que vem da sabatina do Senado – e que não podem ser demitidas a qualquer tempo pelo Poder Executivo. Descumprir esse requisito de governança afronta, de modo irremediável, a lei

<sup>4</sup>“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] III – aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: [...] f) titulares de outros cargos que a lei determinar” (BRASIL, [2017a]).

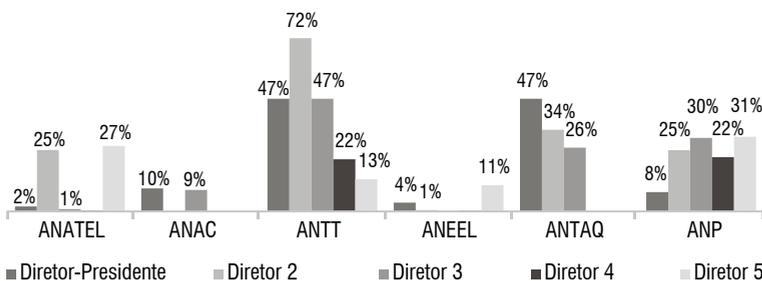
que criou as agências e tem o efeito perverso de minar a credibilidade da regulação derivada dessas entidades, com todos os efeitos colaterais daí advindos, além de nulificar o objetivo de ter agências com competência e autonomia decisória para agir.

Assim, não se pode falar em autonomia diante da situação que se verifica quando dirigentes deixam seus postos nas agências reguladoras e são substituídos por interinos, ainda mais quando estes são nomeados pelo chefe do Poder Executivo, sem passar pela aprovação do Senado Federal. Faz sentido, pois, que o órgão de controle esteja atento à demora no processo de nomeação dos dirigentes das agências reguladoras. A respeito vale conferir a seguinte pesquisa realizada sob a coordenação de Salama e Barrionuevo ([2017], p. 7, grifo nosso):

Há demora, mas ela não está no processo formal de nomeação. O processo formal de nomeação se inicia com a indicação pelo chefe do Poder Executivo. Na esfera federal, a indicação se aperfeiçoa com o envio da Mensagem Presidencial ao Senado Federal (MSF). O período médio entre o envio da MSF e a posse é de 77 dias. Em média, a fase de aprovação do Senado leva 36 dias, 23 dias para a nomeação e 10 dias para posse (a média geral não é a soma das médias). *A demora está no período entre a saída do dirigente do cargo e a nova indicação. Entre a saída do dirigente e o envio da MSF costuma haver um interregno de 188 dias, em média.*

Os dados estatísticos consolidados, contudo, não bastam para transmitir a noção exata do risco que a demora representa para a autonomia das agências. É preciso analisar cada caso e foi assim que agiu o TCU, chegando a um resultado que pode ser mais bem visualizado na figura que constou do relatório de auditoria TC 031.996/2013-2, com informações sobre os percentuais de vacância nos conselhos e diretorias das agências, no período de 1º/1/2010 a 31/12/2013:

### Percentuais de vacância dos cargos de direção das agências reguladoras, entre 1º/1/2010 e 31/12/2013



Fonte: Brasil (2015, p. 8).

### 4.3 A estabilidade da diretoria

A fim de que a diretoria da agência reguladora seja independente para adotar as decisões mais alinhadas com os interesses da sociedade, a boa governança exige que seja estável, com o estabelecimento de mandatos com prazos fixos e o impedimento de demissão desses profissionais sem motivos justificáveis (*ad nutum*), sendo necessária decisão judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar para justificar a remoção de um dirigente apontado pelo chefe do Poder Executivo e aprovado pelo Senado Federal. Ao afirmar que “o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes”, Sundfeld (2000, p. 24) demonstra que a doutrina reconhece a importância desse elemento para o cumprimento da missão da agência.

Ressalte-se, todavia, que alcançar o objetivo de conferir autonomia às agências reguladoras não é algo simples, apresentando desafios que advêm até mesmo do salutar processo de alternância de poder, comum em sociedades modernas, onde o modelo de Estado comporta a presença de agências reguladoras.

Sundfeld (2000, p. 25) ilustra bem essa situação:

Em uma época certa agência age com toda a autonomia, dali a pouco o Executivo recobra seu poder de influir, e assim segue a luta. Nada disso importa negativa do valor e necessidade de regulação – que, de resto, pode ser feita pelo próprio Executivo, se assim entender a lei –, tampouco fracasso ou sucesso dos entes independentes; trata-se, apenas, de nossa já conhecida, a eterna luta pelo poder.

Ciente de que o processo é volátil, com marchas e recuos, Guerra (2015, p. 67), em estudo que aborda alguns pontos que ainda precisam ser aprimorados na regulação brasileira, chama atenção para a importância que a fixação do mandato tem para a preservação da independência das agências norte-americanas:

A independência de algumas agências foi detectada como sendo uma questão complexa, que, principalmente, se materializa no mandato fixo (*tenure*), e no balanceamento nas indicações dos membros entre os dois maiores partidos políticos (Republicano e Democrata). Isso se deve à necessidade de evitar as pressões políticas, notadamente do Chefe do Poder Executivo que, na maioria das vezes, pertence a um desses dois partidos. Os dirigentes das agências reguladoras são indicados (*appointments*) pelo Presidente da República e confirmados ou não pelo Senado Federal, conforme Artigo 11 da Constituição americana.

Diante da importância que esse requisito de governança tem para a autonomia das agências, o TCU recomendou excluir do texto da Lei

nº 10.233/2001 (que dispôs sobre transportes terrestres e aquaviários e criou a ANTT e a Antaq) a expressão “descumprimento manifesto de suas atribuições” (BRASIL, [2019]), que fora incluída naquela norma como uma das possibilidades de perda de mandato pelo diretor daquelas agências. Isso porque se trata de expressão muito ampla, que permite arbitrariedade, e, por isso mesmo, atenta contra as boas práticas de governança. A sugestão de alteração normativa foi decidida pelo Plenário do TCU, por meio do Acórdão 240/2015, nos seguintes termos:

e) recomendar à Casa Civil da Presidência da República, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno TCU, que, no âmbito de suas competências, envide esforços para: [...]

v) a alteração do art. 56 da Lei 10.233/2001 a fim de excluir a expressão “descumprimento manifesto de suas atribuições”, visto ser conceito jurídico indeterminado que pode levar ao estabelecimento de hipóteses desarrazoadas e imotivadas para a exoneração de Diretores e Conselheiros das agências reguladoras, com efeitos danosos à autonomia decisória dessas entidades, e por conseguinte à governança regulatória (BRASIL, 2015, p. 31).

Ainda que a demissão esteja restrita aos casos previstos expressamente em norma clara e sem lacuna, não há impedimentos para a renúncia do dirigente da agência, que pode ser motivada ou não. Com isso, é preciso definir as formas de substituição dos diretores, nos casos de vacância, para evitar que a agência perca sua capacidade de decidir, em virtude da limitação de quórum.

Com base nesse relevante motivo, a presidente Dilma Rousseff editou Decreto, publicado em 21 de março de 2012, autorizando que “durante o período de vacância de cargo

de diretor, que impeça a existência de quórum para as deliberações da diretoria, o ministro de Estado dos Transportes poderá designar servidor do quadro de pessoal efetivo da ANTT como interino até a posse do novo membro da diretoria” (BRASIL, 2012).

Como, no entanto, a nomeação do membro titular da diretoria depende de iniciativa do chefe do Poder Executivo, chama atenção o fato de não ter havido forte reação do Poder Legislativo contra esse movimento que, ao mesmo tempo em que se justifica como uma medida necessária para dar eficácia à agência reguladora, também poderia ser interpretado como um avanço do Poder Executivo sobre as fronteiras que separam as competências de cada um dos Poderes da República.

A nomeação de substitutos temporários pode ser justificável como medida extraordinária e temporária, visando exclusivamente garantir o quórum necessário à adoção de medidas urgentes, que não possam aguardar a demora natural que a indicação do membro titular pode ter, até que os procedimentos formais de sua aprovação pelo Senado sejam adotados. No entanto, tomando-se como base a opinião exarada pelo TCU no parecer que respalda o Acórdão 240/2015-Plenário (Processo 031.996/2013-2), a situação, na prática, é diversa, pois o Poder Executivo nomeia interinos que ocupam os cargos por tempo indeterminado. Em alguns casos, os interinos se revezam, uns substituindo outros, em sistema de rodízio. Em voto apartado, o ministro Bruno Dantas chama atenção para o problema:

A unidade técnica destaca que, nas três agências fiscalizadas que possuem regulamentos de substituição de diretores (Anatel, ANTT e Antaq), a prática demonstra que os interinos se perpetuam nos cargos, situação ocasionada pela demora na indicação e nomeação de titulares. As outras três agências avaliadas

(ANP, Aneel e Anac) permanecem sem regras de substituição de Diretores definidas em seus regulamentos, nos casos de vacância desses cargos (BRASIL, 2015, p. 38).

Para o TCU, ao deixar de fazer as indicações dos titulares dos cargos nas agências reguladoras, na forma exigida pela lei, o Poder Executivo alija o Senado da participação mandatória que deveria ter no processo de indicação desses diretores, o que representa uma burla ao sistema de indicação e fragiliza a autonomia decisória das agências. A posição do TCU fica clara na seguinte passagem do relatório que instrui o Acórdão 240/2015:

Apesar de os Diretores/Conselheiros interinos, nas ausências dos titulares, amenizarem a paralisia decisória dos colegiados das agências, a ocupação perene desses cargos por interinos, que são indicados exclusivamente pelo Executivo, fere ao mesmo tempo a autonomia decisória dessas entidades, pois podem ser afastados do cargo a qualquer momento, e a legitimidade dos indicados, outorgada somente àqueles que são avaliados pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, e configura burla ao processo legal de indicação e nomeação, pois impede o Senado Federal de exercer suas competências (BRASIL, 2015, p. 29).

#### 4.4 Conflito de interesse

Um dos aspectos mais importantes da governança é o conflito de interesse, que ocorre, por exemplo, quando o dirigente ou conselheiro deixa a agência para trabalhar no setor privado, em empresas reguladas.

Nesse aspecto, a solução geralmente adotada para lidar com o conflito é a que retira temporariamente do mercado de trabalho (quarentena) o dirigente que deixa a agência reguladora e leva informação privilegiada ou relevante dos setores regulados e que poderia, sem a quarentena, ser aproveitada pelo setor privado. O prazo aqui tem relevância para definir o pagamento de re-

muneração do dirigente, durante o período da quarentena, sendo essa questão também objeto de polêmica, na medida em que o Poder Legislativo entende que a remuneração não é obrigatória, ao passo que o Poder Executivo pensa de modo distinto, certamente motivado pela necessidade de atrair, para as agências reguladoras, pessoas qualificadas e que, portanto, demandam maiores remunerações.

Assim, visando apurar o prazo a ser recomendado para a situação das agências reguladoras brasileiras, o TCU constatou que há arcabouço jurídico vigente tratando da matéria, mas que também há divergência entre os prazos que podem ser aplicados, o que gera dúvidas em relação à aplicação da regra. A Medida Provisória nº 2.225, de 4/9/2001 (BRASIL, [2005]), fixa em quatro meses; a Lei nº 9.986, de 18/7/2000 (BRASIL, [2007]), que é a lei de recursos humanos das agências, também fixa o prazo em quatro meses, mas a Lei nº 9.427, de 26/12/1996 (BRASIL, [2018b]), de criação da Aneel e a Lei nº 9.478, 6/8/1997 (BRASIL, [2018c]), de criação da ANP, fixam em um ano. Por sua vez, a Lei nº 12.813, de 16/5/2013 (BRASIL, [2017b]), que trata da questão do conflito de interesses, prevê que tal prazo seja de seis meses. E há leis que criaram agências e não fixaram o prazo para a quarentena.

Caberia aplicar aos dirigentes as leis que criaram a Aneel e a ANP? Ou o prazo para eles poderia ser o da norma que trata especificamente do conflito de interesses? A interpretação sistemática permite concluir que o prazo que deve ser aplicado é o de seis meses, previsto na Lei nº 12.813, de 16/5/2013, por ser esta a norma mais recente que trata da matéria e que teria, nesse particular, revogado tacitamente as demais disposições, por serem com ela conflitantes. Mas a questão não está pacificada.

O parecer do TCU lida de forma sensível com a questão, ponderando, por um lado, que a quarentena não remunerada implica ônus im-

posto ao indivíduo e, de outro, que é preciso minimizar o risco de o agente usar a informação privilegiada que possui. Na busca do equilíbrio, o TCU concorda – em relação ao prazo da quarentena – com a recomendação feita pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de que os prazos para aquelas áreas que têm maior risco devem ser maiores que os de outras áreas, com riscos menores. Para a OCDE o prazo ideal para a quarentena varia entre um e dois anos. No que tange à remuneração, no entanto, o TCU entende que o pagamento deve ser feito por um prazo de seis meses e deve ir além dos diretores, sendo aplicável a todos os funcionários da Agência que tenham acesso a informações sensíveis e que possam ser usadas pelas empresas reguladas.

#### 4.5 A transparência

Guerra (2012, p. 26) aponta que “a sociedade atual necessita de uma governança pública orientada especialmente para a transparência dos resultados alcançados com a ação governamental”, refletindo, nessas palavras, a posição doutrinária pacífica de que a transparência também é um requisito essencial para a boa governança, podendo ser considerada um dos pilares centrais que sustentam a confiança da sociedade na atuação da agência reguladora, por ser ferramenta útil na elaboração de regulamentos mais seguros e menos influenciados pelos interesses particulares.

A transparência gera informação com maior qualidade e permite uma maior concorrência nos mercados regulados, além de facilitar a participação da sociedade na vida regulatória, contribuindo para a maior legitimidade dos atos praticados pelas agências (GUERRA, 2012, p. 26). A transparência tem, ainda, um elemento educativo, que funciona como indutor do comportamento que a autoridade espera que tenha o regulado. A propósito, Zymler (2000, p. 39) cita Luhmann, o sociólogo alemão para quem “legítimas são as decisões nas quais pode-se supor que qualquer terceiro espere normativamente que os atingidos se ajustem cognitivamente às expectativas normativas transmitidas por aqueles que decidem”. Segundo o filósofo, a legitimidade pode ser incrementada pela implantação de processos que a garantam, como pode ser visto na seguinte passagem:

O subsistema jurídico evoluiu no sentido de implantar um mecanismo filtrante, cuja função é [...] evitar a formação de expectativas cognitivas contrárias às decisões jurídicas. Esse mecanismo é a implantação de processos regulamentados juridicamente antecedentes às decisões jurídicas. Como afirma Luhmann, “os processos têm, assim, por objetivo especificar os temas conflitantes, antes do desencadeamento da força física, no sentido de isolar e despolitizar o relutante, enquanto indivíduo” (ZYMLER, 2000, p. 39-40).

No relatório de fiscalização que serve de base para o Acórdão 240/2015, o TCU qualifica como transparente a entidade que não “oculta nada”. Há que se lançar luz sobre as decisões tomadas pelas agências reguladoras, como quer o TCU, e também sobre os procedimentos de fiscalização, sobre os processos, sobre as penalidades, sobre as medidas educativas, sobre as audiências públicas e sobre o processo de elaboração de norma, mas é preciso também ponderar que a transparência não precisa ser a prestação de toda e qualquer informação, como as relativas a questões estratégicas, sensíveis ou políticas. Isso porque essa maximização da informação pode ser contraproducente para a agência reguladora, sem um benefício correspondente para a sociedade. Dessa forma, a leitura que se deve fazer da expressão adotada pelo TCU (“não ocultar nada”) é a de que será transparente a entidade que prestar todas as informações que sejam necessárias para permitir o controle de suas ações pela sociedade.

#### 4.6 Política de gestão de riscos

Estando diante de um risco, é preciso que a agência reguladora o avalie, de modo a ter base para decidir como deve com ele lidar: se vai evitá-lo, aceitá-lo, reduzi-lo ou compartilhá-lo. É preciso que fórmulas sejam estabelecidas para determinar padrões de decisão diante de tipos específicos de risco (e.g.: risco com alto potencial de materialização e risco com potencial de causar danos desastrosos precisam ser segurados).

Nessa linha vale citar que, a despeito de ter sido criado pelo TCU um modelo de gestão de risco, envolvendo as suas diversas etapas, a auditoria constatou, como fica evidenciado no relatório do Acórdão 240/2015, que houve retrocesso em relação à fiscalização anterior (objeto do Acórdão 2.261/2011) e que a gestão de riscos das agências reguladoras era “ainda mais

baixa do que a que foi declarada anteriormente. Verificou-se que nenhuma agência dispõe de política formalizada de gestão de riscos” (BRASIL, 2015, p. 27).

Para as agências reguladoras, a forma de lidar com o risco demonstra o grau de maturidade e a sua capacidade de decidir, já que essa gestão é parte intrínseca ao processo de tomada de decisão. Naturalmente, sem uma política de risco, a maturidade da agência é baixa e sua capacidade de decidir, limitada.

#### 4.7 Análise do impacto regulatório

A análise do impacto regulatório (AIR) é ferramenta que permite aprimorar a regulação, fazendo com que seja eficiente, ou tão eficiente quanto possível, no sentido de alcançar o objetivo regulatório ao menor custo para a sociedade, também garantindo que a norma somente seja editada se o custo para a sociedade for menor que o benefício a ela proporcionado.

As técnicas mais avançadas de implementação da AIR como mecanismo de controle da qualidade da regulação propõem que haja um comprometimento político com ela; que responsabilidades sejam alocadas; que os reguladores sejam treinados; que o método seja consistente, mas flexível; que haja estratégia de coleta de dados, entre outras, mas é também importante que a AIR sirva para desenvolver políticas baseadas em evidências, demonstrando a razão da norma, a opção de não regular, os custos e os benefícios das medidas para os diversos interessados e os riscos associados ao não atingimento dos objetivos. E a sociedade tem que conhecer esses dados.

O TCU concluiu, por ocasião do Acórdão 2.261/2011, que essa ferramenta não era usada adequadamente pelas agências, impedindo que a sociedade fosse beneficiada pelo que a AIR pode proporcionar de melhor: poupar dinheiro

público. Na medida em que se saiba o impacto que a norma provoca, há a possibilidade de direcionar o uso dos recursos escassos para produzir normas que tenham maior eficácia, que alcancem um número maior de beneficiários, que gerem um maior retorno para a sociedade.

Nesse particular, contudo, o Acórdão 240/2015 permite concluir que a ferramenta ganhou relevância e passou a ser adotada pelas Agências, como fica patente na seguinte passagem do relatório que o instrui:

Verifica-se que ocorreram treinamentos e tentativas iniciais de uso da Análise de Impacto Regulatório, resultando na adoção de boas práticas, como a de instituir a obrigatoriedade de uso da ferramenta e a de elaborar manuais internos de orientação. Contudo, é preciso avançar e acelerar a disseminação dessa ferramenta, visto que nossas agências estão muito atrasadas em relação aos seus pares internacionais e a sociedade não têm se beneficiado do aumento da transparência e da qualidade das decisões regulatórias resultantes do uso da AIR (BRASIL, 2015, p. 23).

#### **4.8 A autonomia financeira das agências**

Para que possam evitar cortes orçamentários derivados de opções políticas, as agências devem ter autonomia financeira, com orçamentos elaborados em bases plurianuais. Contudo, a realidade que nelas se verifica é bastante distinta: não têm autonomia, os contingenciamentos são comuns, não há estabilidade quanto à entrada de recursos para o cumprimento de suas obrigações, e seus orçamentos não são separados dos orçamentos de outras entidades governamentais.

Para que as agências reguladoras fiquem protegidas contra os descontroles de gastos em outras áreas do setor público, o TCU recomendou a tomada de providências para dar autonomia financeira às agências deficitárias; porém, ao mesmo tempo, sugeriu providências para evitar o superávit daquelas que o têm, com o objetivo de que os regulados não sejam onerados excessivamente por estas últimas.

### **5 Parecer do TCU sobre a governança das agências**

As conclusões a que chegou o TCU por meio da fiscalização que resultou no Acórdão 240/2015, em seu trabalho de fiscalização das agências reguladoras de infraestrutura do Brasil, foram no sentido de que as agências não têm tratamento orçamentário distinto do recebido pelos demais órgãos da administração, têm forte contingenciamento dos recursos, têm problema com a quarentena dos dirigentes, além da demora na indicação destes, no caso de impedimento ou vacância. Além disso,

têm falhas nos mecanismos para a divulgação das suas ações, têm baixa participação da sociedade, não têm gerenciamento dos riscos, nem análise do impacto regulatório. Essa conclusão foi sintetizada nesta passagem do relatório que instruiu o Acórdão 240/2015:

*Destaca-se a necessidade de serem criados padrões mínimos de governança para as agências reguladoras, traduzido em um conjunto de práticas e regras que possam assegurar autonomia, transparência e tecnicidade do processo decisório, institucionalização de estratégias organizacionais e de gestão de riscos, participação dos atores envolvidos nas decisões regulatórias, accountability, dentre outros fatores (BRASIL, 2015, p. 30, grifo nosso).*

Em suma, as agências reguladoras não atingem hoje as condições para que o processo decisório seja transparente e não sofra ingerência, tampouco fazem uso de estratégia organizacional para orientar a gestão e alavancar as políticas públicas.

No entanto, antes que se conclua que não há qualquer qualidade nas agências, é preciso ter em conta a posição expressa por Sundfeld (2014, p. 120, grifo do autor) acerca da qualidade superior que tem o Banco Central do Brasil na função de órgão regulador: “[n]o Brasil, o sistema financeiro foi o primeiro a ganhar um órgão regulador bem-organizado. O Banco Central – a *agência reguladora* de maior tradição no Brasil – exerce um poder regulador exemplar, de modo a influenciar as práticas das demais agências existentes”.

## **6 Conclusão: uma proposta para o caso de vacância**

Em relação à nomeação dos dirigentes, o TCU recomendou – às agências que não apre-

sentam em seus regimentos internos uma previsão para nomeação de dirigentes em caso de vacância – que estabeleçam um prazo máximo para que a vaga seja ocupada por membro interino, exigindo que a recondução no cargo, após a expiração do prazo originalmente fixado, seja devidamente justificada pelo Poder Executivo.

Do ponto de vista prático, a sugestão do TCU precisa superar um grande desafio, haja vista que a nomeação de dirigente interino já denota que o Poder Executivo apresenta alguma resistência para fazer a nomeação do dirigente titular, não havendo razão para concluir que o chefe do Poder Executivo, se já não atende àquele mandamento legal, terá mais empenho para atender a essa exigência, de mesma natureza, imposta pela agência.

Existe ainda uma outra dificuldade a ser levantada acerca da sugestão feita pelo TCU: uma vez que esteja vencido o mandato do dirigente interino, sem que um dirigente titular tenha sido nomeado, a agência volta à situação de vacância e, então, sem ao menos ter a possibilidade de uma nova nomeação de diretor interino para dar curso às suas obrigações institucionais. Acatar a sugestão pode ter o efeito que Baldwin, Cave e Lodge (2012, p. 59-73) chamam de perverso, contrário ao objetivo pretendido pelo TCU na recomendação proposta.

Nesse ponto, uma sugestão mais razoável seria estabelecer em lei um prazo para que a indicação do dirigente seja feita pelo Poder Executivo, e, superado esse prazo sem que a indicação fosse feita, ela passaria, então, a ser de competência do chefe do Poder Legislativo, que também a submeteria à aprovação do Senado.

Tratar-se-ia aqui de se conferir uma sistemática semelhante à que a Comissão de Juristas incumbida de elaborar propostas de aperfeiçoamento da gestão governamental e do sistema de controle da administração pública recentemente introduziu ao PL nº 6.621/2016

(BRASIL, 2016)<sup>5</sup>. Segundo ela, se durante o processo de recrutamento de dirigentes de autarquias especiais a Comissão Técnica responsável pela pré-seleção dos dirigentes não formular a lista tríplice no prazo de 120 dias, essa prerrogativa será transferida para o presidente da República, que poderá fazê-lo em até 60 dias (art. 44, § 6º)<sup>6</sup>.

Na sugestão que este artigo faz, o decurso do prazo, sem que a indicação fosse feita, serviria como comprovação da renúncia ao exercício de um direito/dever pelo chefe do Poder Executivo. Seria ainda uma forma de punir a inação do Poder Executivo em oferecer meios para que a agência reguladora, sempre criada por lei, possa cumprir os seus objetivos institucionais. Além disso, serviria também como forma de inibir o Poder Executivo de adiar indefinidamente a prerrogativa de realizar a indicação, o que poderia levar a agência, em termos práticos, à impossibilidade de operar, por falta de quórum para deliberações.

Por fim, nessa mesma linha de criar estímulos para que os mandamentos legais sejam cumpridos e, com isso, os interesses da sociedade sejam atendidos, caberia incluir, nessa norma, que no caso de o chefe do Poder Legislativo também falhar em realizar a indicação num prazo

---

<sup>5</sup> Em outubro de 2018, foi consolidado o Relatório Final da Comissão de Juristas incumbida de elaborar propostas de aperfeiçoamento da gestão governamental e do sistema de controle da Administração Pública, presidida pelo ministro Bruno Dantas do TCU na Câmara dos Deputados. No relatório, a parte que toca às agências reguladoras abordou, especificamente, os critérios de recrutamento de dirigentes das autarquias especiais, que passou a ser mais rigoroso do ponto de vista técnico. Nesse ponto, a contribuição da Comissão de Juristas alterou a Lei nº 9.986/2000 (Lei das agências reguladoras) para propor, entre outras hipóteses, uma Comissão Técnica de pré-seleção, composta por cinco especialistas no campo de atividade da agência reguladora, com reputação ilibada, que ficarão responsáveis por constituir uma lista tríplice dos dirigentes para posterior submissão à aprovação do Senado Federal (art. 44, § 1º). Nesse sentido, o art. 5º da Lei nº 9.986/2000, com as alterações do PL nº 6.621/2016, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 5º O Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor Geral (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada (CD II) serão brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal nos termos da alínea ‘f’ do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento técnico devidamente comprovado no campo da especialidade da agência reguladora, devendo ser atendido I (um) dos requisitos das alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do inciso I e, cumulativamente, o inciso II: I – ter experiência profissional de, no mínimo: a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, no campo de atividade da agência reguladora ou em área a ela conexa, em função de direção superior; ou b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos: 1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa no campo de atividade da agência reguladora, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa; 2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público, no campo de atividade da agência reguladora; 3. cargo de docente ou de pesquisador no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; ou c) 10 (dez) anos de experiência como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; e II – ter formação acadêmica superior, com comprovada capacitação técnica compatível com o cargo para o qual foi indicado” (BRASIL, 2018a, p. 11-12).

<sup>6</sup> Dispõe o art. 44, § 6º, da Lei nº 9.986/2000, com as alterações do PL nº 6.621/2016: “§ 6º Caso a Comissão Técnica não formule a lista tríplice nos prazos previstos no § 1º, o Presidente da República poderá indicar, em até 60 (sessenta) dias, pessoa que cumpra os requisitos indicados no *caput*” (BRASIL, 2018a, p. 13).

igualmente assinalado, o poder de nomear o diretor da agência reguladora com vaga volta ao Poder Executivo, dispensada a aprovação do Senado.

### Sobre os autores

Bruno Dantas é doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; *visiting researcher fellow* na Benjamin N. Cardozo School of Law, Nova Iorque, EUA, e no Max Planck Institute Luxembourg for Regulatory Procedural Law, Luxemburgo, Luxemburgo; professor do mestrado e doutorado em Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil, e da Uninove, São Paulo, SP, Brasil; ministro do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, Brasil.  
E-mail: min-bd@tcu.gov.br

Valdecyr Maciel Gomes é graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; mestrando em Direito da Regulação na Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
E-mail: valdecyrgomes@gmail.com

### Como citar este artigo

(ABNT)

DANTAS, Bruno; GOMES, Valdecyr Maciel. A governança nas agências reguladoras: uma proposta para o caso de vacância. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 11-31, abr./jun. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril\\_v56\\_n222\\_p11](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p11)

(APA)

Dantas, B., & Gomes, V. M. (2019). A governança nas agências reguladoras: uma proposta para o caso de vacância. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(222), 11-31. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril\\_v56\\_n222\\_p11](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p11)

### Referências

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Juristas Incumbida de Elaborar Propostas de Aperfeiçoamento da Gestão Governamental e do Sistema de Controle da Administração Pública. *Relatório final*. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2018a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/55a-legislatura/comissao-de-juristas-administracao-publica/documentos/seminarios/Relatriofinal.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. [Projeto de Lei nº 6.621, de 2016]. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 [...]. Brasília, DF:

Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1514475&filename=PL+6621/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514475&filename=PL+6621/2016). Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.703, de 20 de março de 2012*. Altera o Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002, que aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7703.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7703.htm). Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996*. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9427compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm). Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018c]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm). Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000*. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9986.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9986.htm). Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001*. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm). Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013*. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2017b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm). Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001*. Altera as Leis nºs 6.368, de 21 de outubro de 1976, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.525, de 3 de dezembro de 1997, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2005]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2225-45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2225-45.htm). Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 24.510-7/DF*. Procedimento licitatório. Impugnação. Competência do TCU. Cautelares. Contraditório. Ausência de instrução. 1 – Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativamente ou judicialmente [...]. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: MIn. Ellen Gracie, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>. Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Referencial básico de governança*: aplicável a órgãos da administração pública. 2. versão. Brasília, DF: TCU, 2014. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DDA8CE1014DDFC35CA83C74>. Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União (Plenário). *TC 012.693/2009-9 [Acórdão 2261/2011]*. 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. Interessado: Tribunal de Contas da União – TCU; Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados. Relator: Min. José Jorge, 24 de agosto de 2011. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=57991>. Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União (Plenário). *TC 031.996/2013-2 [Acórdão 240/2015]*. Auditoria operacional. Agências reguladoras de infraestrutura. Avaliação da governança da regulação. Recomendações. Interessado: Presidência da República. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 11 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=517715>. Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União (Plenário). *TC 031.996/2013-2 [Relatório]*. [Brasília, DF]; TCU, [2013?]. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=8483229&codPapelTramitavel=52473774>. Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União (Plenário). *TC 044.446/2012-8 [Acórdão 224/2013]*. Representação de unidade técnica. Diretrizes para elaboração do relatório das contas do Governo. Exercício de 2013. Aprovação. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Min. Ana Arraes, 20 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/224%252F2013/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/2/%20?uuid=2a0acdf0-929e-11e9-90be-23fa70028d68>. Acesso em: 19 jun. 2019.

DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo: anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha*, obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In: \_\_\_\_\_ (org.). *Teoria do Estado regulador*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 13-106.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 23, p. 21-49, jan./fev. 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Decisão do Tribunal de Contas da União consagra “indeferência” à regulação. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 17 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-17/opiniao-decisao-tcu-consagra-indeferencia-regulacao#author>. Acesso em: 19 jun. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social: reflexões sobre alguns rumos do direito público neste século. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 91-113.

\_\_\_\_\_. Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual. *Revista de Direito do Estado: RDE*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 105-117, jan./mar. 2006.

PUPPO, Fábio. TCU multa direção da Antaq e determina mudança de tarifa. *Valor Econômico*, [s. l.], 26 jul. 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5688425/tcu-multa-direcao-da-antag-e-determina-mudanca-de-tarifa>. Acesso em: 19 jun. 2019.

SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (coord.). *Processo de nomeação de dirigentes de agências reguladoras: uma análise descritiva*. [São Paulo]: FGV Direito SP, [2017]. Disponível em: [https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP\\_arquivos/sumario\\_executivo\\_grp\\_-\\_pep\\_01.pdf](https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/sumario_executivo_grp_-_pep_01.pdf). Acesso em: 19 jun. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2014. p. 97-128.

\_\_\_\_\_. Serviços públicos e regulação estatal. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

UNITED NATIONS. United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific. *What is good governance?* [S. l.]: Unescap, [2009]. Disponível em: <https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

ZYMLER, Benjamin. Política, direito e reforma do Estado: uma visão funcional-sistêmica. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, ano 37, n. 147, p. 35-49, jul./set. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/605/r147-04.PDF?sequence=4>. Acesso em: 19 jun. 2019.