

**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS  
ESCOLA BRASILEIRA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE EMPRESAS  
CENTRO DE FORMAÇÃO ACADÊMICA E PESQUISA  
MESTRADO EM GESTÃO EMPRESARIAL**

**RODOLFO MACIEL DOURADO**

**O CONTROLE EXTERNO SOBRE AS AGÊNCIAS  
REGULADORAS DE ESTADO:  
LIMITES E (IM) POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO**

**Rio de Janeiro**

**2011**



**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS  
ESCOLA BRASILEIRA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE EMPRESAS  
CENTRO DE FORMAÇÃO ACADÊMICA E PESQUISA  
MESTRADO EM GESTÃO EMPRESARIAL**

**RODOLFO MACIEL DOURADO**

**O CONTROLE EXTERNO SOBRE AS AGÊNCIAS  
REGULADORAS DE ESTADO:  
LIMITES E (IM) POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO**

Dissertação apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública - EBAPE da Fundação Getúlio Vargas (FGV) como parte dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Administração (*Magister Scientiae*).

Área de concentração: Administração Pública.

Orientador: Prof. Dr. Hélio Arthur Reis Irigaray.

Coorientadora: Ph.D Monica Pinhanez.

**Rio de Janeiro**

**2011**

## FICHA CATALOGRÁFICA

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Mario Henrique Simonsen/FGV

Dourado, Rodolfo Maciel

O controle externo sobre as agências reguladoras de Estado: limites e (im)possibilidades / Rodolfo Maciel Dourado. - 2011.  
151 f.

Dissertação (mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa.

Orientador: Hélio Arthur Reis Irigaray.

Inclui bibliografia.

1. Administração pública. 2. Agências reguladoras de atividades privadas. 3. Auditoria. 4. Controle administrativo. I. Irigaray, Hélio Arthur. II. Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas. Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. III. Título.

CDD – 353

É permitida a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, desde que citada à fonte; para tanto:

**DOURADO, Rodolfo Maciel. O Controle Externo sobre as Agências Reguladoras de Estado:** limites e (im)possibilidades de atuação. 2011. 151 f. Dissertação (Mestrado em Administração). Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, 2011.



**RODOLFO MACIEL DOURADO**

**O CONTROLE EXTERNO SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS DE ESTADO:  
LIMITES E (IM)POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO**

Dissertação apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública - EBAPE da Fundação Getúlio Vargas (FGV) como parte dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Administração (Magister Scientiae).

Área de Concentração: Administração Pública.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Hélio Arthur Reis Irigaray (orientador) - FGV – EBAPE/RJ

---

Prof. Dra. Monica Pinhanez – FGV – EBAPE/RJ

---

Prof. Dr. Marco Tulio Zanini - FGV – EBAPE/RJ

---

Prof. Dr. Armindo dos Santos de Sousa Teodósio – PUC-MG

**Rio de Janeiro**

**2011**

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho aos meus pais, Maria Giselia e Ulde Dourado, que ensinam a cada aurora o valor de uma vida em família. Igualmente aos irmãos: Anderson, Marcelo e Gabriella.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à Deus por me assistir constantemente em todos os momentos e por revelar Sua essência irrefutável.

A meus pais e familiares que sempre acreditaram em mim abdicando de suas próprias necessidades para possibilitar minha formação.

Agradeço aos responsáveis por me encorajar e me conduzir ao desfecho deste Mestrado: Prof. Dr. Hélio Arthur Reis Irigaray e Dra. Monica Pinhanez. Meus agradecimentos, também, a Cláudia Ferreira, FGV Brasília, pelo profissionalismo, presteza e apoio durante todo o curso.

Igualmente, sou grato a todas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a elaboração deste trabalho. Agradeço aos colegas do Mestrado pela amizade, companheirismo e pelos conhecimentos e experiências compartilhadas.

À Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro – EBAPE/FGV, que desde 1952 vem desenvolvendo e disseminando conhecimentos em Administração Pública e de Empresas contribuindo para o desenvolvimento do país.

Por isso e tudo mais, agradeço.

## **EPÍGRAFE**

“A história é um labirinto. Acreditamos saber que existe uma saída, mas não sabemos onde está. Não havendo ninguém do lado de fora que nos possa indicá-la, devemos procurá-la nós mesmos. O que o labirinto ensina não é onde está a saída, mas quais são os caminhos que não levam a lugar algum.”

(Norberto Bobbio, 1909-2004).

## **RESUMO**

### **O CONTROLE EXTERNO SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS DE ESTADO: LIMITES E (IM) POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO**

Com a criação das primeiras entidades reguladoras de infraestrutura, década de 90, surgiu uma nova maneira estratégica de o Estado atuar com intuito de melhorar a governança pública. O Estado brasileiro, que era responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social, buscou se redefinir frente ao modelo de entidades reguladoras que emergia. Em decorrência dessa nova fisionomia estatal, a descentralização funcional ganhou ênfase resultando no aparecimento de estruturas mais flexíveis e autônomas sob a natureza de direito público com a finalidade de atuar em setores típicos de Estado. Assim, foram criadas as primeiras agências reguladoras brasileiras com objetivo de normatizar, incentivar e regular setores essenciais à sociedade. Por consequência de tais inovações, diversas áreas administrativas tiveram de serem adaptadas, sobretudo as relacionadas à atividade de controle no âmbito administrativo. Para tanto, tornou-se necessário conciliar, dentro de um escopo sistematizado, mecanismos capazes de atender as demandas oriundas do recente Estado regulador brasileiro. Com efeito, a função controle adquire relevo no sentido de evitar que tais agências reguladoras apartem-se de limites impostos por lei ou de que divirjam de suas missões institucionais. Assim, o presente trabalho investiga a atuação do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no desempenho das agências reguladoras de Estado. Diante de o assunto permear várias áreas epistemológicas, entende-se que abordá-lo sob o enfoque interdisciplinar pode estender em contribuições sobre o objeto investigado. Nesse contexto, esta dissertação visa incorporar, também, outras áreas de conhecimento. Longe de defender um isomorfismo para o arranjo regulatório brasileiro ou de promover uma saída paradigmática, esta pesquisa busca, com amparo na metodologia qualitativa e sob os enfoques exploratórios e descritivos, reunir conhecimentos e constatações no sentido de propiciar maior aproximação acerca do assunto e concorrer para o delineamento de diretrizes futuras do controle externo sobre a regulação brasileira. Destaca-se que tanto a regulação como o controle sobre o ambiente regulatório são assuntos que se encontram em desenvolvimento no contexto brasileiro, o que enseja a pertinência desta pesquisa. Em face do exposto, esta dissertação visa investigar o estado atual do controle exercido pelo TCU sobre o desempenho nas agências reguladoras de Estado – infraestrutura - com intuito de analisar e promover um debate sobre limites e (im)possibilidades dessa atuação.

**Palavras Chaves:** Gestão Pública na Administração brasileira. Agências Reguladoras. O Controle Externo do TCU sobre o atual arranjo regulatório.



## **ABSTRACT**

### **EXTERNAL CONTROL ON STATE REGULATORY AGENCIES: LIMITS AND (IM) POSSIBILITIES OF ACTIVITY**

With the creation of the first regulators in infrastructure, 90's, a new strategic of acting with the state to improve public governance. The Brazilian who was directly responsible for economic and social development sought to redefine itself against the regulatory model that emerged. Due to this new face state, the functional decentralization was strengthened resulting in the appearance of structures more flexible and autonomous in the nature of public law in order to operate in sectors typical of state. Thus were created the first Brazilian regulatory agencies in order to regulate, promote and regulate key sectors of society. As a result of such innovations, several administrative areas had to be adapted, especially those related to the activity under administrative control. To this end, it became necessary to combine, within a scope systematized mechanisms to meet the demands coming from the recent Brazilian regulatory state. Indeed, the control function gets relief in order to avoid such regulatory agencies to depart the limits imposed by law or that differ from their institutional missions. Thus, this paper investigates the performance of the external control exercised by the Tribunal de Contas da União (TCU) in the performance on State regulatory agencies. Before the subject permeate many areas of epistemology, it is understood that approach it in the interdisciplinary approach can be extended in contributions over the investigated object. So, this paper aims to incorporate also other areas of knowledge. Without defending the arrangement an isomorphism for Brazilian regulatory or promoting an output paradigm, this research aims, qualitative methodology based on the terms and under the exploratory and descriptive approaches, gather knowledge and findings in order to provide closer on the subject and compete for the design of future guidance of external control over Brazilian regulation. It is noteworthy that both the regulation and control of the regulatory issues that are under development in the Brazilian context, which entails the relevance of this research. Therefore, this paper aims to investigate the current state of the control exerted by TCU on the performance of state regulatory agencies - infrastructure - with the intention to analyze and promote argumentation, discussion about limits and (im)possibilities of acting.

**Keywords:** Management Public Administration in Brazil. Regulatory Agencies. The External Control of TCU on the current regulatory arrangement.

## **RESUMEN**

### **CONTROL EXTERNO DE LAS AGENCIAS REGULADORAS ESTATALES: LÍMITES Y (IM) POSIBILIDADES DE ACTUAR**

Con la creación de los primeros reguladores en infraestructura, de los 90, una nueva forma estratégica de actuar el Estado para mejorar la gestión pública. El brasileño, que fue el responsable directo del desarrollo económico y social, trató de redefinirse en contra del modelo de regulación que surgieron. Debido a esta nueva situación, la descentralización funcional se ha reforzado como resultado la aparición de estructuras más flexibles y autónomos con la naturaleza de derecho público, con el fin de operar en sectores típicos del Estado. Así se crearon los primeros organismos reguladores brasileños con el objetivo de regular, promover y regular los sectores clave de la sociedad. Como resultado de las innovaciones, a varias áreas administrativas tuvieron que ser adaptados, especialmente los relacionados con la actividad bajo el control administrativo. Con este fin, se hizo necesario para combinar, dentro de un ámbito de mecanismos sistematizados para satisfacer las demandas provenientes de la reguladora estatal brasileña. De hecho, la función de control se ayuda con el propósito de evitar tales agencias reguladoras para salir de los límites impuestos por la ley o que se diferencian de sus misiones institucionales. Por lo tanto, este trabajo se investiga la actuación del control externo ejercido por el Tribunal de Cuentas del Unión (TCU) en el desempeño de los organismos reguladores estatales. Pero el tema impregnan muchas áreas de la epistemología, se entiende que el enfoque en el abordaje interdisciplinario se puede ampliar en las contribuciones sobre el objeto investigado. Por lo tanto, este trabajo pretende incorporar también otras áreas del conocimiento. Lejos de defender la disposición de Brasil para un isomorfismo normativo o la promoción de un paradigma de la producción, esta investigación tiene como objetivo, la metodología cualitativa basada en los términos y bajo los enfoques exploratorio y descriptivo, reunir los conocimientos y resultados a fin de ofrecer más sobre el tema y competir por el diseño de las futuras orientaciones de control externo sobre la regulación brasileña. Es de destacar que tanto en la regulación y el control de los problemas de regulamentación que se están desarrollando en el contexto brasileño, lo que implica la relevancia de esta investigación. En este contexto, este trabajo tiene como objetivo investigar el estado actual del control ejercido por el TCU en el desempeño de las agencias reguladoras estatales – infraestructura - con el fin de analizar y promover el debate sobre los límites y la (im)posibilidades de actuar.

**Palabras clave:** Gestión de la Administración Pública en Brasil. Los organismos Reguladores. El control externo de TCU en la regulación brasileña.

## **APRESENTAÇÃO**

Esta dissertação de mestrado é o resultado de uma pesquisa de cunho exploratória e descritiva acerca do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União (TCU) sobre as agências reguladoras de Estado – infraestrutura. O estudo foi motivado pela percepção de vazios e conceitos que ainda permanecem inconclusos, sejam no alcance e delineamento do papel das agências reguladoras de Estado, bem como sobre o controle em tais entidades reguladoras.

Com a finalidade de contribuir para o delineamento de diretrizes futuras sobre atividades de controle no arranjo regulatório, o presente estudo investiga a influência da atuação do TCU no desempenho das agências reguladoras de Estado.

Este trabalho está estruturado em seis capítulos. O primeiro capítulo contempla a introdução deste estudo; descreve os objetivos, a demarcação e a relevância desta pesquisa. Em prosseguimento, o segundo capítulo dispõe acerca da fundamentação teórica desenvolvida.

Na sequência, o terceiro capítulo apresenta a metodologia adotada; descreve também a forma de como os dados foram coletados e tratados. Já o quarto capítulo, reserva-se às constatações e discussões observadas sobre o assunto bem como apontamentos e entendimentos.

Mais adiante, no capítulo cinco, encontram-se as considerações finais em que é feito a consolidação das principais revelações e apontamentos deste estudo. Em seguida, no capítulo sexto, são elencadas sugestões para uma agenda de futuros estudos sobre o tema; e, por fim, na sequência, são apresentadas as referências bibliográficas utilizadas nesta dissertação.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>17</b>
1.1 Objetivo Geral .....	21
1.2 Objetivos Intermediários .....	21
1.3 Delimitação do Estudo .....	22
1.4 Relevância do Estudo .....	23
<b>2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....</b>	<b>24</b>
<b>2.1 REGULAÇÃO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS .....</b>	<b>25</b>
2.1.1 Origem e Evolução da Regulação brasileira .....	27
2.1.2 Criação das Agências Regulador no Brasil .....	28
2.1.3 Características das Agências Reguladoras nacionais .....	31
2.1.4 Natureza Jurídica das Agências Reguladoras .....	33
<b>2.2 AGÊNCIAS DE ESTADO E DE GOVERNO .....</b>	<b>34</b>
2.2.1 Setor de Energia Elétrica - ANEEL.....	36
2.2.2 Setor de Telecomunicação - ANATEL .....	40
2.2.3 Setor de Petróleo - ANP .....	42
<b>2.3 CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b>	<b>49</b>
2.3.1 Características Gerais .....	49
2.3.2 Classificações do Controle .....	51
2.3.2.1 Quanto à Origem .....	51
2.3.2.2 Quanto ao Momento que é Exercido .....	52
2.3.2.3 Quanto ao Conteúdo Controlado .....	53
2.3.2.4 Quanto à Existência de Hierarquia .....	54
<b>2.4 CONTROLE EXTERNO BRASILEIRO .....</b>	<b>55</b>
2.4.1 O Controle Externo Realizado pelo TCU .....	56
2.4.2 TCU e as Entidades Fiscalizadoras Superiores - EFS.....	60
2.4.3 Normas Internacionais e o TCU .....	61
<b>2.5 FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, ECONÔMICA E ORÇAMENTÁRIA.....</b>	<b>63</b>
<b>2.6 INSTRUMENTOS DE CONTROLE .....</b>	<b>66</b>
2.6.1 Auditorias, Inspeções, Acompanhamento e Levantamento.....	67
2.6.1.1 Auditoria Governamental .....	68
2.6.1.2 <i>Performance Audit</i> - Auditoria Operacional ou de Desempenho.....	69
2.6.1.3 Auditoria das Demonstrações Contábeis .....	72
2.6.1.4 Auditoria de Conformidade .....	73
2.6.1.5 Auditoria de Acompanhamento.....	74
2.6.1.6 Auditoria de Avaliação da Gestão .....	74
2.6.2.7 Auditoria Especial .....	74
2.6.2 Tipos De Auditoria previstos nas Normas da <i>Intosai</i> .....	74

<b>2.7 DECISÕES DO TCU: EFICÁCIA E NATUREZA JURÍDICA.....</b>	<b>76</b>
2.7.1 Medidas e Instrumentos de Coerção.....	78
<b>2.8 O CONTROLE NAS AGENCIAS REGULADORAS DE ESTADO .....</b>	<b>80</b>
2.8.1 Limites e (im)possibilidades de Controle no Arranjo Regulatório.....	80
2.8.2 Remédios de Controle - Fundamentação.....	90
2.8.3 O Controle do Judiciário no Ambiente Regulatório .....	92
<b>2.9 O CONTROLE EXTERNO DO TCU NAS AGÊNCIAS DE ESTADO.....</b>	<b>96</b>
2.9.1 O papel do TCU na Fiscalização da Regulação .....	97
2.9.2 Atuação do TCU sobre o Desempenho das Agências .....	102
2.9.3 Tipologias de Auditoria Operacional adotadas pelo TCU .....	104
2.9.3.1 Auditoria de Desempenho Operacional.....	107
2.9.3.2 Avaliação de Programas .....	108
2.9.4 Alcances e Dimensões das Auditorias de Natureza Operacional do TCU .....	110
<b>2.10 POSIÇÃO HIERÁRQUICA DO TCU FRENTE ÀS AGENCIAS DE ESTADO ..</b>	<b>113</b>
2.10.1 Teor das decisões do TCU no desempenho das Agências de Estado.....	113
<b>3 PERCURSO METODOLÓGICO .....</b>	<b>115</b>
3.1 Tipo de Pesquisa.....	115
3.2 Coleta dos Dados.....	117
3.3 Tratamento e Análise dos Dados .....	118
<b>4 CONSTATAÇÕES ► DISCUSSÕES ► APONTAMENTOS .....</b>	<b>120</b>
<b>1ª PARTE:</b> Regulação - Agências - Controle.....	120
<b>2ª PARTE:</b> Determinações do TCU na Dimensão Desempenho .....	128
<b>3ª PARTE:</b> Competência do TCU nas Agências de Estado .....	132
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>138</b>
<b>6 SUGESTÕES .....</b>	<b>143</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>145</b>

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura - 1 Escopo Geral da Pesquisa .....	24
Figura - 2 Estrutura Institucional do Setor Elétrico.....	37
Figura - 3 Organograma do Tribunal de Contas da União. ....	57
Figura - 4 Normas de Auditoria da Intosai. ....	62
Figura - 5 Dimensões de Desempenho (4 E's) .....	64
Figura - 6 O Papel do TCU na Fiscalização da Regulação .....	98
Figura - 7 Diagrama do Processo de Auditoria de Desempenho.....	106
Figura - 8 Benefícios e Retorno Financeiros da Atuação do TCU em 2010 .....	136
Figura - 9 Limite de Despesas com Pessoal (LRF) .....	143

## **LISTA DE TABELAS**

Tabela - 1 Agências Reguladoras de Estado (Infraestrutura) .....	35
Tabela - 2 Funções dos Tribunais de Contas .....	58
Tabela - 3 Diferenças entre a Auditoria Operacional e a Contábil.....	72
Tabela - 4 Tipos de Auditoria previstos nas normas da Intosai .....	75
Tabela - 5 Benefícios Financeiros do Controle do TCU no ano de 2010.....	136

## LISTA DE SIGLAS

ANA	Agencia Nacional de Águas
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art.	Artigo
CCEE	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CNPE	Conselho Nacional de Política Energética
CMSE	Conselho de monitoramento do Setor Elétrico
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF	Constituição Federal
CGU	Controladoria Geral da União
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
EC	Emenda Constitucional
EPE	Empresa de Pesquisa energética
EUA	Estados Unidos da América
LOA	Lei Orçamentária Anual
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MARE	Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado
MME	Ministério de Minas e Energia
MPOG	Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.
OSN	Operador Nacional do Sistema Elétrico
PDRAE	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
PFC	Proposta de Fiscalização e Controle
PL	Projeto de Lei
PND	Plano Nacional de Desestatização
RICD	Regimento Interno da Câmara dos Deputados
SIN	Sistema Interligado Nacional
TCU	Tribunal de Contas da União



## 1 INTRODUÇÃO

“O controle sobre as agências reguladoras ainda não é um instrumento completamente compreendido e desenvolvido nos seus vários sentidos e nas suas várias dimensões” (PECI, 2007, p. 19).

Com o reexame do papel do Estado na economia brasileira operado, sobretudo, na década de 1990, foi possível verificar o início de uma nova concepção de estruturas organizacionais no aparato institucional do país. À época, a emblemática foi motivada, entre outras, pelas deficiências ocasionadas pelo modo de intervenção estatal na economia.

O Estado brasileiro que atuava como responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social procurou redefinir-se no sentido de, ao menos em tese, ajustar às novas demandas que surgiam. Para tanto, inicialmente buscou-se reduzir a sua atuação no domínio econômico, o que ocasionou em um movimento rumo às privatizações, sobretudo nos setores de infraestrutura, bem como na possibilidade de transferir para setor privado a execução de serviços públicos.

Assim, neste cenário de instabilidade aliado a globalização da economia mundial fez com que a república brasileira caminhasse para uma nova forma de atuação: a regulação econômica por meio do Estado. Tal fato ganhou fôlego, também, com a edição, em 1995, do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), um projeto amplo que foi consubstanciado na ideia de administrar a *res pública* de forma mais eficiente tornando a administração pública mais parecida com a administração empresarial.

Dessa forma, a relação do Estado com a sociedade, seja com a prestação de serviço público ou na produção de bens e serviços, foi notadamente evidenciada nas estratégias centrais do governo. Em consequência de tais contingências e da nova configuração estatal no domínio econômico, emergiu a necessidade de criar meios e estruturas capazes de atender demandas oriundas do modelo de administração gerencial, o qual o Brasil iniciava a implantar.

Assim diante da nova atuação do Estado como agente regulador, a fiscalização dos serviços públicos praticados pela iniciativa privada tornou-se imprescindível. Com efeito, inicialmente buscou-se o fortalecimento das funções de regulação, coordenação e controle no sentido de garantir regras de mercado e, sobretudo, transparência e credibilidade aos setores econômicos regulados. Assim, face às exigências indispensáveis, foram criadas entidades públicas com o objetivo de regular mercado.

É importante destacar que a ênfase dessa nova atuação do Estado brasileiro foi impulsionada por um movimento mimético, com influências internacionais, na tentativa de flexibilizar a gestão pública brasileira por meio de agências. Além disso, diante das privatizações, em especial nos setores de infraestrutura, surgiu a necessidade de regular mercado com objetivo de assegurar equilíbrio nesse processo de articulação estratégica do Estado pós-privatização, seja no aspecto econômico ou sobre a governança pública. Como resultado da tentativa de flexibilização da gestão pública somado ao enxugamento do papel do Estado brasileiro no domínio econômico, criaram-se agências reguladoras.

No entanto, não houve previamente uma discussão acerca do modelo de regulação que se buscava implantar, tampouco do papel e limites dessas novas entidades na administração pública. Assim, primeiro foram encaminhadas as leis de criação para somente depois discutir os conceitos básicos do modelo de regulação brasileiro (PECI, 2007).

Tais agências reguladoras são instituições criadas por lei possuindo a natureza jurídica de direito público. São dotadas de prerrogativas inerentes às suas finalidades no sentido de disciplinarem regras e condutas aos agentes econômicos visando aperfeiçoar o desempenho do setor regulado. Inspiradas no modelo de *agencies*, norte americano, foram inauguradas as primeiras agências reguladoras<sup>1</sup> com margem ampliada de autonomia, inclusive normativa e decisória, principalmente quando comparadas as demais entidades de natureza jurídica assemelhada, como exemplo as agências executivas, as quais não detêm de todas as prerrogativas que as atuais agências reguladoras possuem.

Consoante Pinto Jr. (2003), esta atribuição adicional inicialmente justificou a adoção de uma inovação institucional, principalmente pelo fato de distribuir às agências

---

<sup>1</sup> Diante do fato de representar uma inovação institucional as agências reguladoras também denotam o exercício de um novo papel do Estado no contexto pós-privatização (CAVALCANTI; PECI, 2005).

reguladoras elevado grau de autonomia, até então desconhecido na administração pública do Brasil; porquanto, um traço inovador na estrutura pública do país.

Dessa forma a administração pública, por meio de outorga e delegação, ampliava sua atuação em setores estratégicos, em especial na área de infraestrutura. No entanto, nesse cenário de independência e autonomia, as agências reguladoras brasileira adquirem maiores poderes, o que enseja, ao menos, um circuito de risco e precaução, haja vista que a distribuição de autonomia e capacidade decisória, em alguns casos, pode ensejar comportamentos indesejáveis como excessos ou desvios de finalidades.

Nesse ponto, Di Pietro (1998, p. 128) sustenta que:

Quando se transfere a *res pública* para a gestão da iniciativa privada, o controle tem que ser permanente em suas diversas formas existente como o exercido pelos Tribunais de Contas, Ministério Público, pelas vias sociais e até mesmo pela mídia exigindo transparência no trato da coisa pública.

Dessa forma, com a descentralização funcional, houve a necessidade de flexibilizar e fortalecer setores estratégicos com o intento de contribuir para a própria sustentabilidade da administração pública brasileira. Nesse sentido, **a função controle** adquire papel essencial, uma vez que, com o modelo regulatório tornou possível o Estado se revestir de estruturas mais flexíveis e autônomas.

No entanto, diante da abrangência aduzida pelo vocábulo controle se faz necessário defini-lo em consonância com a demarcação do estudo. Assim, para fins desta pesquisa, adota-se o controle realizado no âmbito da administração pública. Sendo uma das funções clássicas da administração, **o controle**, corresponde à atividade de verificar um fato relacionado a um dado contexto demarcado e compará-lo a um parâmetro previamente estabelecido.

Diante dessa aproximação inicial sobre o assunto, observa-se que a criação de organismos de regulação sob a forma de agências, em especial ao longo dos anos 90, constitui um traço distinto do processo de intervenção estatal na administração brasileira com repercussões tanto na economia como na sociedade. Experiências em curso, ainda que

recentes, revelam uma ampla diversidade de desenhos institucionais bem como o envolvimento de diversas áreas de conhecimento.<sup>2</sup>

Todavia, conquanto se tenha uma preocupação sobre o equilíbrio entre a independência das agências reguladoras e a atuação de órgãos e mecanismos de controle nestas agências, a dimensão do controle sobre o desempenho – *performance* – ainda é assunto inconcluso, seja em construções acadêmicas ou em vazios normativos que não estabelecem critérios e fronteiras dessa atuação do TCU em tais entidades reguladoras.

Logo, questões sobre alcance da atuação do TCU nas agências reguladoras bem como relações de hierarquia e independência administrativa ainda revelam discussões de limites e (im)possibilidades de atuação, principalmente a respeito da mensuração de desempenho por parte do TCU nas agências de infraestrutura.

Dessa forma, o controle externo por parte de outros órgãos do Estado, em destaque o exercido pelo Tribunal de Contas da União (TCU), a; em de mecanismos e ferramentas que contribuem para assegurar maior transparência, imparcialidade e responsabilidade do atual arranjo regulatório, tornam-se premente para a própria consolidação do atual modelo regulatório.

---

<sup>2</sup> O estudo da regulação não pode ser baseado em análises simplistas, mas, sobretudo, numa combinação de fatores. Dado a abrangência da regulação, soluções regulatórias e de mercado devem ser consideradas em todas as suas variantes e também suas prováveis ineficiências e efeitos adversos para se conduzir uma comparação consistente de casos de reforma regulatória (GOMES, 2003 apud BALDWIN; CAVE, 1999).

## 1.1 Objetivo Geral

O presente trabalho questiona o estado atual do controle externo no modelo regulatório brasileiro no sentido de analisar e promover um debate sobre limites e (im)possibilidades dessa atuação.

Nesse sentido, a essência desta pesquisa centra-se no seguinte questionamento: **até que ponto a atuação do controle externo exercida pelo TCU pode influenciar o desempenho das Agências Reguladoras de Estado?**

## 1.2 Objetivos Intermediários

Com intuito de nortear e subsidiar esta dissertação recorreu-se aos seguintes objetivos intermediários:

- Identificar informações e características do arranjo regulatório na Administração Pública brasileira, sobretudo referente às Agências de Estado;
- Apontar características do Controle Externo brasileiro, bem como o papel e os instrumentos de atuação do TCU na Administração Pública;
- Identificar o grau de relação hierárquica entre o TCU e as Agências Reguladoras de Estado, mas também o teor das decisões emanadas pelo TCU sobre auditorias operacionais nas Agências de Estado; e
- Investigar como tem sido a atuação do TCU sobre as Agências Reguladoras de Estado no aspecto relacionado ao desempenho, além das dimensões que são avaliadas.

### 1.3 Delimitação do Estudo

Dada a abrangência e a complexidade do assunto se fez necessário delinear seu objeto de investigação e análise. Assim, esta pesquisa tem como escopo à atuação atual do controle externo federal realizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) nas agências reguladoras federais de infraestrutura, denominadas de agências reguladoras de Estado.

Dessa forma, limita-se investigar com tem sido a atuação do TCU sobre as agências reguladoras de Estado – infraestrutura – com ênfase, principalmente, no aspecto relacionado ao controle de desempenho, *performance audit*.

Conforme Martins (2004), considera-se agência reguladora de Estado a primeira geração de agência brasileira, criadas no período de 1995-98 com atuação no campo de infraestrutura. Essa categoria compreende as seguintes agências:

- Agência Nacional de Energia Elétrica (**Aneel**);
- Agência Nacional de Telecomunicações (**Anatel**); e
- Agência Nacional do Petróleo (**ANP**).

A justificativa de pesquisar tais agências reside no fato de serem consideradas um estrato do modelo regulatório que, embora com características próprias, fazem parte do mesmo segmento estratégico de atuação: o setor de infraestrutura.

Ademais, apesar de não terem sido legalmente impostas à data de suas criações, é possível observar semelhanças e um padrão mínimo seguido quanto da constituição de tais agências de Estado, o que permite utilizar procedimentos de análise e comparação. No que tange ao TCU, a escolha volta-se na própria legitimidade desse órgão de controle externo em poder fiscalizar a gestão de recursos públicos federais, sobretudo por meio de auditorias e inspeções.

## 1.4 Relevância do Estudo

A transformação da função do Estado no cenário econômico e social tem sido objeto de análise e reflexão contínua da comunidade acadêmica brasileira (PECI, 2007).

Em face da importância da regulação brasileira no cenário econômico e social bem como as inúmeras implicações que essa modalidade de atuação estatal pode desencadear, seja na dimensão econômica, política, social ou ambiental, é possível verificar discussões envolvendo diversos atores: governo, entidades reguladoras, empresas prestadoras de serviços públicos e a sociedade.

Nesse sentido, de acordo com Fadul (2007), a terminologia acerca da regulação no que diz à sua aplicabilidade, alcance e conceito é algo que ainda resiste em se mostrar como inacabado. Além disso, suscita a preocupação do exercício de um controle efetivo sobre um cenário que ainda encontra-se inconcluso, no qual permite que empresas privadas ofereçam bens e serviços públicos que antes eram oferecidos somente pelo Estado.

Diante da distribuição de recursos e da outorga de autonomia e competências às agências reguladoras de Estado, cumpre destacar a relevância da função controle no sentido de concorrer para a própria sustentabilidade do arranjo regulatório.

De acordo com Marques Neto (2003), o controle sobre o arranjo regulatório brasileiro encontra-se em desenvolvimento. Por conseguinte, repara-se que existem pontos dignos de serem aprimorados, o que suscita a **relevância** de investigá-los. Dessa forma, entende-se pertinente identificar aspectos e dimensões de atuação do controle externo federal no modelo regulatório brasileiro.

Logo, por se tratar de um assunto que fomenta diversas perspectivas envolvidas, e que por vezes é analisado sob um determinado isolamento acadêmico de uma determinada área do saber, entende-se ser oportuno avaliar a atuação do controle externo realizado pelo TCU nas agências reguladoras de Estado acolhendo o enfoque interdisciplinar, ao passo de permear outras áreas correlatas de conhecimento acerca do assunto.

## 2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Neste capítulo, com o propósito de fornecer insumos para esta dissertação, apresentam-se as principais referências que apóiam teoricamente esta pesquisa. Assim, os tópicos discutidos nesta etapa alcançam: (1) regulação e as agências reguladoras brasileiras; (2) o controle na Administração Pública brasileira, especialmente o exercido pelo TCU; (3) fiscalização contábil, econômica e orçamentária bem como instrumentos de controle e tipologias utilizadas por este tribunal; (4) posição do TCU frente às referidas agências, além da natureza, teor e implicações de suas decisões relacionadas ao desempenho das agências reguladoras de Estado.

Cumprе ressaltar, de antemão, que este capítulo tem o objetivo de explanar tão-somente aspectos conceituais, sob a temática da Administração Pública, da seguinte tríade: regulação brasileira por meio das agências Reguladoras de Estado; o Controle externo brasileiro, com foco naquele realizado pelo TCU, e a influência deste sobre tais agências, ou seja, o controle exercido pelo TCU sobre as agências reguladoras de Estado. Assim, a título de ilustração, segue figura do escopo geral desta pesquisa:

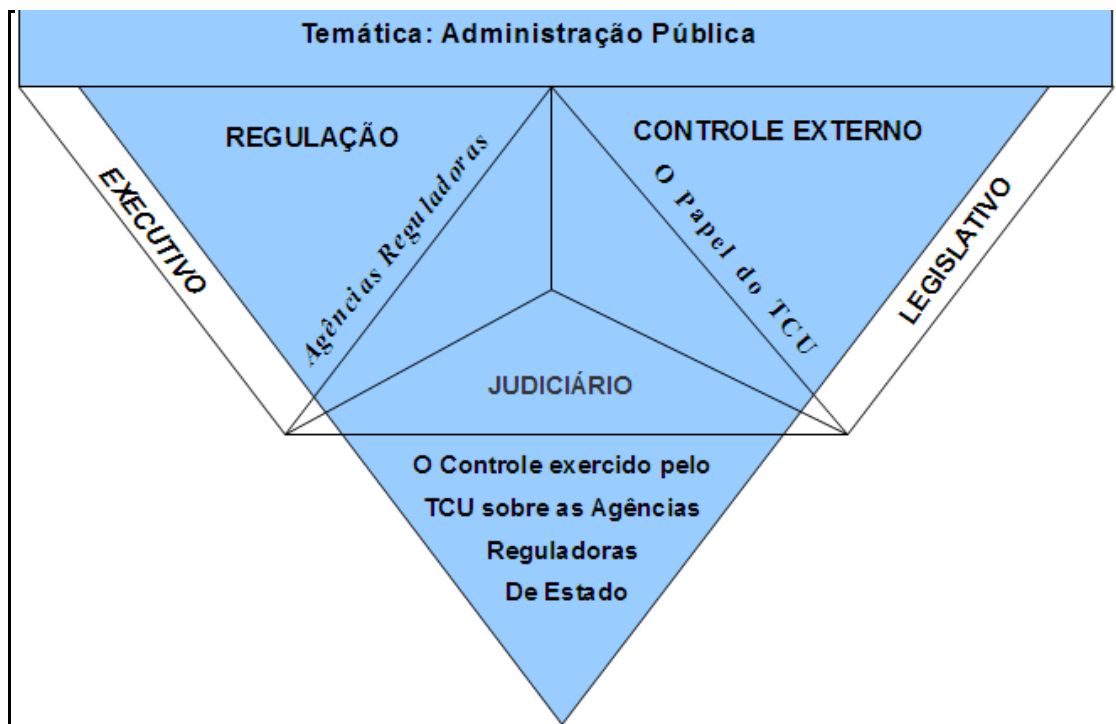


Figura 1: Escopo Geral da Pesquisa (fonte própria).



## 2.1 REGULAÇÃO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Antes de trilhar os principais conceitos sobre a regulação econômica, torna-se relevante, de início, entender o porquê da sua criação. Assim, partindo dos pressupostos e razões de sua existência, é possível dar ciência da justificativa de sua criação. Dentre as inúmeras razões que impulsionaram à regulação econômica, destacam-se as falhas de mercado,<sup>3</sup> que consistem, em linhas curtas, na incapacidade de mercados alocarem recursos de forma eficiente, comprometendo, em regra, a redução do bem estar social.

De Acordo Viscusi *et al* (2000, p. 2) a regulação econômica é necessária visto que os mercados e seus agentes não operam em um sistema de concorrência perfeita. Assim, acrescenta que:

*If we existed in a world that functioned in accordance with the perfect competition paradigm, there would be little need for antitrust policies and other regulatory efforts. All markets would consist of a large number of sellers of a product, and consumers would be fully informed of the product's implications. Moreover, there would be no externalities present in this idealized economy, as all effects would be internalized by the buyers and sellers of a particular product.*<sup>4</sup>

Nesse sentido, com o propósito de contribuir para a eficiência econômica, bem como manter mercados “saudáveis”, surge à regulação econômica. Portanto, busca principalmente incentivar investimentos chave ao desenvolvimento econômico com o intento de promover o bem-estar de consumidores e usuários. Para tanto, como a finalidade primária de propiciar eficiência econômica, a regulação visa aprimorar condições para o mercado no intuito de concorrer na melhoria de serviços e produtos ofertados à sociedade.

---

<sup>3</sup> Falhas de mercado é um efeito colateral provocado pela ineficiência na alocação de recursos, acarretando redução de bem-estar social. Com efeito, quando observam tais falhas, os mercados não fornecem sinais suficientes para garantir escolhas adequadas, ou seja, há desequilíbrio entre oferta e demanda (Salgado, 2003).

<sup>4</sup> Livre Tradução: se existisse um mundo que funcionasse de acordo com o paradigma da concorrência perfeita, haveria pouca necessidade de políticas *antitrusts* e esforços de regulamentação. Todos os mercados consistiriam num grande número de fornecedores de um produto, e os consumidores estariam informados das implicações de cada produto. Ademais, não existiriam externalidades nessa economia idealizada, já que todos os aspectos estariam internalizados pelos consumidores e fornecedores de determinado produto.

Em razão do exposto, observa-se que o grande desafio da regulação econômica é encontrar um ponto ótimo de equilíbrio que viabilize a lucratividade econômica de um lado e o bem-estar dos consumidores de outro, provendo-lhes de bens e serviços adequados.

A regulação é necessária nesses setores para garantir regras claras, credibilidade e sustentabilidade para o mercado, uma vez que se trata de investimentos de longo prazo, não podendo ser submetidos a incertezas políticas. Assim, a blindagem política em mercados regulados é imprescindível para manter imparcialidade, isonomia, transparência e atratividade de investidores nesse ambiente.

Sendo decorrência da própria atividade de regulação, torna-se necessário conter mecanismos que assegurem a aplicabilidade das diretrizes regulatórias; dentre tais, destaca-se a fiscalização, a qual consiste, neste contexto, no poder de polícia administrativa das agências reguladoras, ou seja, é o poder de fazer com que o setor cumpra as leis e determinações, podendo para tanto impor multas e sanções. Ademais, a fiscalização neste ambiente incide sobre bens e direitos no sentido de resguardar e prevenir ações deletérias sobre o interesse público e, por conseguinte, ao bem coletivo.

Frisa-se que este poder de fiscalização é uma atividade típica de Estado. Em outras palavras essa atividade é conferida apenas a entidades e órgãos da administração pública sob a natureza de Direito Público, não podendo ser exercida nem sequer delegada a agentes privados (DI PIETRO, 2002).

Em face do exposto, buscou-se abordar nesse tópico aspectos conceituais sobre regulação e agências reguladoras. Desta feita, a seguir será descrito a respeito da origem e evolução da Regulação no Brasil.

### 2.1.1 Origem e Evolução da Regulação Brasileira

No Brasil, a origem dos entes dotados de autonomia regulatória surgiu em 1918 com a criação do Commissariado de Alimentação Pública, o qual tinha o objetivo enfrentar dificuldades de abastecimento ocasionado pela primeira Guerra Mundial. Em seguida, em 1923, criou-se o Instituto de Defesa Permanente do Café. Tal instituto, com fulcro econômico, visava regularizar a produção e controlar a exportação do café como forma de interferir na balança de comércio brasileira (FERREIRA FILHO, 2001).

Não obstante tais institutos terem contribuído na disseminação da concepção de um novo arranjo institucional, a culminância foi de fato observada durante o governo de Getúlio Vargas (1930-45) com a criação de vários institutos de regulação econômica.<sup>5</sup> Nesse período a economia brasileira migrava do modelo agroexportador para o urbano-industrial, nacional-desenvolvimentista.

Assim, foram criados vários institutos como: do Açúcar e do Alcool (1933); do Mate (1938); do Sal (1940); e do Pinho (1941), entre outros. Os traços que caracterizam tais institutos eram: a) criação pelo Estado; b) desempenho de serviço público; c) caráter técnico e especializado do serviço; d) autonomia administrativa ou de direção; e) autonomia patrimonial; f) controle estatal; g) personalidade jurídica de Direito Público (FERREIRA FILHO, 2001).

Mais a frente, após a criação desses institutos, a prestação de serviços públicos passou a ser feita pelo Estado brasileiro por meio de entidades estatais industriais. De início, foram criadas sob a forma de autarquias.<sup>6</sup> Em seguida, também como Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista, Fundações Econômicas e Subsidiárias.

---

<sup>5</sup> Destaca-se que a regulação brasileira compreende diversos mecanismos e espécies que tiveram sua origem no início do século passado. Todavia, as agências reguladoras, organismos de regulação, estas sim foram recentemente criadas a partir da metade da década de 90.

<sup>6</sup> Por autarquias, em consonância com Alexandrino (2008), são entidades administrativas autônomas, criadas individualmente por lei específica, tendo suas peculiaridades regulamentadas dessa mesma forma. Detêm personalidade jurídica de direito público, patrimônio próprio e atribuições estatais previamente determinadas. No aspecto estrutural-administrativo, integram a Administração Indireta.

Em seguida, gradativamente a regulação e o controle da prestação desses serviços, que antes eram realizados pelo Estado, passavam a ser realizados por entidades públicas da Administração Indireta<sup>7</sup>, pois reinava a ideia de que, além de dispendioso, não caberia uma duplicidade de controle. Logo, o controle também foi transferido às entidades da Administração Indireta. Por consequência desse movimento de descentralização, à época os órgãos estatais de controle passaram a ter menos alcance sobre entidades públicas, de modo que a própria Administração Indireta prestava e controlava os seus serviços (MOREIRA NETO, 2001).

Mais adiante, como forma de contribuir na organização da Administração Pública Federal, outro grande passo foi dado com a promulgação do Decreto-Lei de nº 200 de 1967, o qual propôs em estabelecer, entre outras, diretrizes para a reforma administrativa. Cumpre relatar que, conquanto criado em 1967, tal decreto ainda vige em nosso ordenamento legal. De suma importância para promover uma ideia de mudança e de tentar romper com paradigmas de modelos anteriores, sobretudo o patrimonialista, este decreto foi, decerto, uma plataforma legítima para dar início à criação de agências no Brasil; em que será descrito no próximo tópico.

### 2.1.2 Criação das Agências Reguladoras no Brasil

Em relação à origem da regulação e das agências reguladoras, antecipa-se que a regulação brasileira **não** é um assunto reservado à atualidade. Sendo assim, a regulação é um gênero que compreende outras espécies e alcances de aplicação; teve sua gênese, no Brasil, no início do século passado. Porém, as agências reguladoras, espécie de entidades de regulação, estas, **sim**, foram recentemente criadas a partir da metade da década de 90.

Para maior compreensão sobre a criação das agências brasileiras, faz-se necessária à análise detalhada dessas entidades reguladoras brasileiras no sentido de definir suas feições e posicionamento na atual estrutura administrativa estatal, bem como as características que lhes são próprias.

---

<sup>7</sup> “A Administração Indireta é o conjunto de entidades, pessoas jurídicas distintas da Administração Direta, possuindo patrimônio e pessoal próprios, às quais é atribuída competência para desempenhar uma função administrativa em nome próprio, de forma descentralizada, estando **apenas** vinculadas à Administração Direta” (KNOPLOCK, 2008, p.25-26, grifo nosso).

A origem das agências reguladoras no Brasil, consoante Peci (2007, p. 80), deu-se com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE). O documento apresentava estratégias que visavam ultrapassar os principais obstáculos à implementação de um aparelho de Estado moderno, eficiente e apto a atender as demandas emergentes.

Fundado no diagnóstico de que existia uma crise do Estado, especialmente manifestada em aspectos fiscais, patrimoniais e gerenciais, o plano diretivo questionava o próprio papel do Estado nesse contexto de crises e apresentava, como propostas, um conjunto de medidas de cunho administrativo e gerencial, com a premissa de que as instituições públicas deveriam se tornar mais “parecidas” com o mercado – considerado um ótimo alocador de recursos – o que, na prática, restringia o escopo de atuação do Estado (PECI, 2007, p. 80 apud MARTINS, 2004).

Nesse diapasão, o Governo Federal recorreu a medidas emergentes com intuito de promover a melhoria dos serviços públicos. Dessa forma, com a finalidade de otimizar tarefas típicas de Estado, ou seja, aquelas que são indelegáveis ao setor privado, foram criadas as primeiras agências reguladoras na esfera Federal com amparo tanto no Decreto-Lei de nº 200/1967, que permitiu a descentralização administrativa, como também na vigente Constituição de 1988, a qual deu margem à inserção do setor público no espaço econômico, conforme dispõe em seu art. 174 que:

como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (BRASIL, 1988, art. 174).

Mas afinal, qual seria o papel das agências reguladoras diante desse novo contexto? Para responder tal indagação cumpre elencar a função precípua das agências. De acordo com Pires e Goldstein (2001, p. 6) seria:

melhorar a governança regulatória sinalizando o compromisso dos legisladores de não interferir no processo regulatório e tranquilizando os investidores potenciais e efetivos quanto ao risco, por parte do poder concedente, de não-cumprimento dos contratos administrativos, além de reduzir o risco regulatório e os ágios sobre os mercados financeiros.

Diante da necessidade de criar meios e soluções emergentes em face das contingências evidenciadas com o reexame do Estado na década de 90, surgiu um novo aparato institucional formado por órgãos de defesa da concorrência e agências regulatórias de serviços públicos. Desta feita, criou-se um novo desenho institucional composto por agências reguladoras, inicialmente no setor de infraestrutura.

No Brasil, as agências reguladoras seguiram, também, os ditames do modelo norte-americano, ou seja, os legisladores brasileiros criaram parâmetros genéricos e outorgaram às agências reguladoras atribuições de regulamentação específica, concedendo autonomia para desempenharem suas atividades gerenciais e de fiscalização de forma exclusiva. Foram instaladas a partir de privatizações nos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo, sendo este último viabilizado com a quebra de seu monopólio. Contudo, essas entidades tiveram pouca participação em papéis normativos e operacionais nos processos de privatizações na década de noventa, pois a preocupação inicial foi de encaminhar as leis para criações dessas entidades e somente depois discutir o modelo regulatório. Assim, decerto uma falha de processo, pois os marcos legais deveriam ter sido discutidos antes mesmo da criação das referidas agências reguladoras.

A respeito da diferença de fatores que impulsionaram os marcos regulatórios norte-americano e brasileiro, de acordo com Peci (2007, p. 74), destaca que:

diferente da reforma de inspiração liberal do final do século XX, a regulação nos EUA justificou-se com base na defesa que poderia propiciar com relação à excessiva competição. [...] Desde a sua origem, a regulação apresenta-se como uma política intervencionista, cujo principal objetivo era a defesa dos efeitos negativos decorrentes da competição.

Conquanto influenciadas pelo modelo norte-americano, as agências reguladoras brasileiras não seguiram a mimetismos em relação à organização de seus marcos legais. Assim, foram criadas e estruturadas singularmente sem, contudo, avaliar o modelo de agência como um todo, ou seja, não houve um padrão normativo compatibilizado no sentido de integrar diretrizes do arranjo regulatório à Administração Pública. Por conseguinte, seus marcos regulatórios não foram suficientemente planejados e adequados, diferentemente do norte-americano, tampouco interligados, o que desencadeou efeitos adversos na própria capacidade de coordenação e controle do núcleo estratégico do governo.

No Brasil, as agências reguladoras federais foram concebidas como organismos autônomos em relação à estrutura tripartite dos poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário. Sua autonomia e independência visam, principalmente, garantir legitimidade sobre o mercado regulado com o propósito de incentivar e possibilitar um ambiente competitivo e atrativo para capitais de terceiros com o propósito de viabilizar melhores opções de bens e serviços à sociedade brasileira.

De acordo com Pinto Jr. (2003), um dos traços marcantes na criação de agências de regulação diz respeito justamente na tentativa de assegurar um elevado grau de autonomia em relação aos governos. Dessa forma, o autor destaca que um aspecto que parece estar presente na própria estrutura do governo federal sobre a questão das agências reguladoras é o reconhecimento de falhas no arranjo de setores regulados e a inexistência de imunidade, por parte destas, à ação de grupos de interesses.

No contexto nacional, a designação de autarquia especial atribuída a essas agências reguladoras traduz, por vezes, a ideia, ao menos subjacente, de que tais possuem uma estrutura mais sofisticada, sendo em casos, extrapolada a própria essência etimológica da definição de autarquias. Destaca-se que o vocábulo especial não significa maior liberdade nem, tampouco, hierarquia sobre as demais. Logo, as agências reguladoras devem seguir as mesmas normas que regem as demais autarquias. Em face disso, por exemplo, não estão isentas de procedimentos como: licitação, controle, prestação de contas e responsabilidade dos seus atos com terceiros.

### **2.1.3 Características das Agências Reguladoras Nacionais**

No arranjo brasileiro a nomenclatura agências reguladoras consagrou-se em descrever pessoas administrativas com atribuições técnicas de regulação de determinado setor econômico bem como serviços públicos em sentido estrito (BANDEIRA DE MELLO, 2007).

Dessa forma, para desempenhar tais atribuições nos setores os quais detêm competência de atuação, que em regra deve agir sem interferência política por parte do ente federado a qual esteja vinculada administrativamente, recebem das leis instituidoras instrumentos que asseguram um relativo grau de autonomia e independência.

Nesse ponto, as agências reguladoras, em princípio, são dotadas de características que permitem uma atuação mais autônoma, independente e imparcial. Dentre tais, destacam-se:

- a) estabilidade dos dirigentes - mandato fixo;
- b) impossibilidade de demissão *ad nutum*<sup>8</sup> aos seus dirigentes;
- c) autonomia financeira, receita própria, e flexibilização na alocação de recursos;
- d) independência administrativa;
- e) ausência de subordinação hierárquica ao órgão a qual é vinculada; e
- f) poder normativo e regulamentador em matérias de sua competência.

Em face dessas características elencadas, as agências não se acham subordinadas à estrutura do Poder Executivo nem hierarquizadas a qualquer chefia, **mas tão-somente vinculadas** à Administração Direta. Por esse motivo não se sujeitam ao controle hierárquico, mas a um controle diverso, finalístico, atenuado, normalmente de legalidade e excepcionalmente de mérito, visando, primordialmente, a mantê-las dentro de suas finalidades institucionais (MEIRELLES, 2000).

Apesar de serem dotadas de autonomia gerencial, técnica, operacional, financeira e administrativa, grifa-se que tais agências **não** são dotadas de autonomia política nem orçamentária. Assim, as dotações orçamentárias podem ser objeto de contingenciamento. Em outras palavras, as agências não dispõem de autonomia política, pois essa autonomia foi conferida, constitucionalmente, apenas aos entes federados,<sup>9</sup> que são pessoas jurídicas de direito público interno. Quanto à dotação orçamentária, o órgão central do orçamento pode restringir, motivadamente, dotações para tais agências.

Ainda em relação à natureza jurídica, todas as agências reguladoras na esfera federal são autarquias de regime especial. Entretanto, é importante realçar que não há, no atual ordenamento, nenhuma norma que determine que a atividade de regulação deva ser, obrigatoriamente, exercida por autarquias.

---

<sup>8</sup> Termo jurídico em latim que determina que o ato pode ser revogado pela vontade de uma só das partes. Assim, consideram-se *ad nutum* os atos resolvidos unilateralmente pela autoridade administrativa competente.

<sup>9</sup> Entes federados compreendem: União, Estados, Distrito Federal e os Municípios.



Com efeito, nota-se que, ao menos no que tange a natureza jurídica, foi utilizado um padrão pelas agências reguladoras brasileiras no sentido de serem concebidas sob a fôrma de entidades autárquicas.

Todavia, na Constituição brasileira de 1988 não há qualquer referência, segundo Alexandrino (2008), sobre a literalidade da expressão de agências reguladoras. Algumas propostas de emenda constitucional (Pec) foram idealizadas no intuito de incluir o art.174. “A”. No entanto, não lograram êxito.

Assim, nessa seara diversificada as agências brasileiras apresentam competências dos mais diversos tipos: desempenham funções de Executivo (concessão e fiscalização), funções legislativa (criação de regras e procedimentos com força normativa em sua jurisdição) e judiciária (julgamentos, imposição de penalidades, interpretação de contratos e obrigações). Entretanto, é importante destacar que não existe uma lei geral das agências reguladoras, nem mesmo uma definição legal acerca dessas.

#### **2.1.4 Natureza Jurídica das Agências Reguladoras Nacionais**

As agências reguladoras brasileiras são espécies de autarquias que se assentam em um regime jurídico<sup>10</sup> especial. Portanto, são entidades que pertencem à Administração Indireta, criadas individualmente por lei sob a natureza jurídica de Direito Público com a finalidade de exercer atividades privativas de Estado.

Na lição de Justen Filho (2005, p. 381-382):

a determinação da natureza jurídica do objeto de estudo se faz importante na medida em que propicia um resultado prático fundamental, ao uniformizar o tratamento jurídico aplicável a figuras aparentemente distintas entre si; é o que permite descobrir aquilo que é essencial a uma determinada categoria.

---

<sup>10</sup> Regime jurídico de algum instituto é o conjunto de notas características que o enquadram e identificam dentro do ordenamento jurídico. O fato de utilizar a denominação de regime especial não confere que tais entidades possam se valer de prerrogativas e privilégios que possam eximir de exigências e sujeições legais e constitucionais (ARAÚJO, 2002).

Não obstante ser comum a criação de autarquias pelo chefe do poder executivo, cumpre destacar que os demais poderes também possuem autonomia para criar suas autarquias. Nesse ponto, para ser criada uma autarquia vinculada ao poder Legislativo ou ao poder Judiciário, a iniciativa de lei específica deverá ser do respectivo chefe de poder.

De acordo com Alexandrino (2008), as autarquias devem desempenhar, em regra, serviços públicos típicos de estado e não atividades econômicas em sentido estrito. Assim, devem atuar com organização própria, administração mais ágil e pessoal especializado em serviços que requerem especialização por parte do Estado.

Diante dessa abordagem sobre os principais aspectos conceituais acerca de autarquias no contexto nacional, analisar-se-ão, a seguir, classificações das agências reguladoras brasileiras.

## 2.2 AGÊNCIAS DE ESTADO E DE GOVERNO

Como forma de contextualização deste estudo, cumpre distinguir, de acordo com Salgado (2003), duas espécies de agências: de Estado e de Governo.

Estas executam diretrizes de governo, por isso são denominadas também de Agências Executivas. No entanto, a nomenclatura de agência executiva, ou de governo, não se reveste de uma nova espécie de entidade, mas apenas uma **qualificação** que é concedida as entidades de Direito Público que pactuam com o poder público, por intermédio de contrato de gestão, compromisso institucional de melhoria operacional.

Após a celebração do contrato de gestão, a qualificação em agência executiva se dá por decreto, em que deverá conter as metas de desempenho acordadas com prazo não inferior a um ano. Cumpre destacar que, diferentemente das agências reguladoras de Estado, nas executivas é obrigatória a realização de contrato de gestão com o poder público, uma vez que esse instrumento é condição indispensável para que tais agências sejam qualificadas como executivas. Ademais, por terem atribuições voltadas mais para fins de fiscalização, as decisões das agências executivas são, em regra monocráticas, o que também as diferenciam das agências de Estado, as quais seguem o regime colegiado em suas decisões.

A seguir, para fim de exemplo, apontam-se algumas agências executivas no âmbito Federal como a:

- Agência Nacional de Águas - Ana;
- Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa; e
- Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.

Por outro lado, conforme classificação inicial, aquelas são denominadas de **Agências de Estado** e foram concebidas, sob a influência do modelo anglo-saxão, com a finalidade de regular a oferta de serviços públicos aplicando, para tanto, legislação própria e específica em setores regulados.

Em face do escopo desta dissertação, dar-se-á ênfase sobre as agências de Estado no âmbito Federal. Assim, a seguir serão verificadas características detalhadas, tão-somente, sobre tais agências, que compreendem:

- Agência Nacional de Energia Elétrica - **Aneel**;
- Agência Nacional de Telecomunicações - **Anatel**; e
- Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis - **ANP**.

Em síntese, segue tabela que descreve suas leis de criações bem como os respectivos decretos normativos que formalmente inseriram tais agências de Estado:

Tabela 1 – Agências Reguladoras de Estado (Infraestrutura).

<b>Agência</b>	<b>Lei de Criação</b>	<b>Decreto de Implementação</b>
ANEEL	9.427 de 26 dez. 1996	2.335 de 6 out. 1997
ANATEL	9.472 de 10 jul. 1997	2.338 de 7 out. 1997
ANP	9.478 de 6 ago. 1997	2.455 de 14 jan. 1998

Fonte: Adaptado de Brasil, 2009, p. 81. Disponível em: < [www.portal2.tcu.gov.br](http://www.portal2.tcu.gov.br) >. Acesso em: 18 de ago. 2011.

Por conseguinte, a seguir será descrito a respeito da referida espécie, agências reguladoras de Estado. A ordem foi estabelecida com base na questão cronológica pelas quais foram criadas. No sentido de contextualizar e permitir maior aproximação de suas atribuições, competências bem como as relações com os agentes envolvidos, entende-se oportuno descrever, inicialmente, acerca do panorama do setor que atuam para, em seguida, discorrer a respeito das respectivas agências. Com isso, primeiro apresentar-se-á um panorama do setor de atuação e, na sequência, a respectiva agência reguladora.

### 2.2.1 Setor de Energia Elétrica – ANEEL

O setor elétrico é marcado por arranjos institucionais e financeiros que resultaram em uma estrutura organizacional predominantemente estatal. De acordo com a ordem dos principais acontecimentos nesse setor, destacam-se a criação do Ministério de Minas e Energia (MME), em 1960, e da Eletrobrás, em 1963, os quais foram os passos fundamentais para a consolidação da estrutura dominante nas décadas seguintes.

Assim, com a criação da Eletrobrás, com função de empresa *holding* do governo federal, essa passou a gerir expressivos recursos, tornando-se a principal entidade financeira do setor, exercendo as funções de: planejamento, coordenação, supervisão dos programas de construção, ampliação e operação dos sistemas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, no território nacional.

Posteriormente foi criado o Conselho de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE), com atribuições de acompanhar o desenvolvimento das atividades de geração, transmissão, distribuição, comercialização, importação e exportação de energia elétrica, gás natural, petróleo e seus derivados.

Mais adiante, outro passo foi dado com a criação da Empresa de Pesquisa Energética (EPE), também vinculada ao MME, com a finalidade de prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético. Em seguida, com finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal, criou-se a **Aneel**, a qual compete implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo atos regulamentares necessários para: promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo poder concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público e outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos.

Após a criação da Aneel foi instituída a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), com o objetivo de assegurar melhoria na gestão e transparência do mercado de energia elétrica a fim de: valorar as transações realizadas no mercado de curto prazo; realizar a contabilização dos montantes de energia elétrica comercializados; promover a liquidação financeira dos valores decorrentes das operações de compra e venda de energia elétrica realizadas no mercado de curto prazo e a realização de leilões de compra e venda de energia no ambiente de contratação regulada, por delegação da Aneel.

Finalmente, em 1988, criou-se o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), sendo uma entidade de direito privado, sem fins lucrativos, responsável pela coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica sob a fiscalização e regulação da Aneel. O Intuito do ONS é corroborar na operação de sistemas energéticos interligados nacionalmente no sentido de viabilizar soluções em face dos desafios decorrentes da diversificação da matriz energética brasileira.

A título de ilustração do inter-relacionamento entre as diversas entidades e órgãos da Administração Pública Federal do Setor Elétrico, com destaque para Aneel, segue figura:



Figura 2 - Estrutura Institucional do Setor Elétrico.

Disponível em: < [www.aneel.gov.br/institucional](http://www.aneel.gov.br/institucional) >. Acesso em: 27 jul. 2011.

É importante observar que esse modelo foi o responsável pela expansão da capacidade de oferta de energia elétrica, que se constituiu em um dos elementos centrais da estratégia de desenvolvimento brasileiro nas últimas décadas. Diante desse breve panorama do setor elétrico nacional, cumpre, então, discorrer sobre a agência responsável por este segmento, Aneel.

Agência Nacional de Energia Elétrica — **Aneel**, foi criada pela Lei ordinária nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Possui vinculação ao Ministério de Minas e Energia. Tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.<sup>11</sup> Entre suas atribuições, fazem parte a de: zelar pela qualidade do serviço; exigir investimentos; estimular a competição entre os operadores e assegurar a universalização dos serviços.

Diretamente responsável pela regulação do setor elétrico brasileiro, foi a primeira agência reguladora do país a ser formalmente instituída sob a natureza de autarquia de regime especial, logo uma novidade no arranjo institucional brasileiro. A respeito da estrutura administrativa da Aneel é composta por uma Diretoria Colegiada, constituída de um diretor-geral e quatro diretores, um Gabinete do diretor-geral e Secretaria, Procuradoria, Auditoria interna, Assessoria de Comunicação e Imprensa e vinte superintendências de processos organizacionais.

Sobre os diretores da Aneel, todos são nomeados pelo Presidente da República para mandatos, com início e fim **não** coincidentes, de quatro anos, após aprovação do Senado Federal. Cumpre destacar que é permitida apenas uma recondução dos dirigentes sendo mantido o mesmo rigor no procedimento, indicação pelo Presidente e sabatina do Senado.

Além disso, após atuarem como diretores, tais ficam impedidos pelo prazo de doze meses de exercerem atribuições em empresas sob suas regulamentações, fiscalizações, ou seja, empresas correlatas que poderiam ser beneficiadas caso um diretor executasse atividades nestas. Essa vedação é usualmente denominada de quarentena.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Disponível em: < [www.aneel.gov.br](http://www.aneel.gov.br) >. Acesso em: 27 jul. 2011.

<sup>12</sup> “O ex-dirigente da Aneel continuará vinculado à autarquia nos doze meses seguintes ao exercício do cargo, durante os quais estará impedido de prestar, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias, Além disso, durante o prazo da vinculação estabelecida neste artigo, o ex-dirigente continuará prestando serviço à Aneel ou a qualquer outro órgão da administração pública direta da União, em área atinente à sua qualificação profissional, mediante remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu.” Disponível em: < [www.aneel.gov.br](http://www.aneel.gov.br) >. Acesso em: 27 de jul. 2011.

Um dos diretores da Aneel é incumbido da função de ouvidor, com responsabilidades de zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica. Logo, em regra, incumbe receber, apurar e solucionar reclamações de usuários.

Outro ponto importante de realçar é que a lei instituidora da Aneel previu a exigência de contrato de gestão<sup>13</sup> com vista a estabelecer programas anuais de trabalho, indicadores e avaliação de desempenho. Este contrato é celebrado entre o Poder Executivo e a diretoria da Agência, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no TCU, a qual servirá de peça de referência em auditoria operacional.

As principais atribuições Aneel estão previstas no artigo 3º da Lei nº 9.427, de 1996, e podem, assim, ser resumidas em:

- implementar políticas e diretrizes do governo federal do setor de energia elétrica;
- promover processos licitatórios para contratação de concessionárias e permissionárias do segmento de sua atuação;
- administrar contratos celebrados;
- resolver divergências, no âmbito administrativo, envolvendo empresas do setor de energia elétrica;
- estabelecer mecanismos para propiciar a concorrência no setor;
- fiscalizar e impor multas;<sup>14</sup> e
- aprovar regras para comercialização de energia elétrica.

---

<sup>13</sup> “[...] o contrato de gestão será o instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas do Ministério de Minas e Energia e da Aneel.” (Lei nº 8.443 de 1992, art. 9º, grifo nosso).

<sup>14</sup> “Os procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem como às entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais foram estabelecidos pela Aneel por meio da Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004.” Disponível em: < [www.aneel.gov.br](http://www.aneel.gov.br) >. Acesso em: 20 jul. de 2011.

### **2.2.2 Setor de Comunicação e Telecomunicação - ANATEL**

Sobre o setor de comunicação e telecomunicação brasileiro é imperioso descrever acerca dos principais acontecimentos ocorridos neste segmento, sobretudo a partir da segunda metade do século passado. Adianta-se: uma trajetória repleta de mudanças tanto estruturais como político-administrativas.

No Brasil, um dos primeiros passos voltado ao desenvolvimento ordenado das telecomunicações foi alcançado, em 1962, com a aprovação pelo Congresso Nacional da Lei nº 4.117, instituindo o Código Brasileiro de Telecomunicações, o qual teve expressiva contribuição pela transformação desse setor, disciplinando os serviços telefônicos e colocando-lhes sob o controle da autoridade federal.

Em seguida, em 1972, foi criada a Telecomunicações Brasileiras S/A, Telebrás, uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério das Comunicações com atribuições de planejar, implantar e operar o Sistema Nacional de Telecomunicações.

Diversas foram as atuações da Telebrás nesse setor, desde a estratégia de incorporação de companhias existentes - controle acionário, à expansão da plataforma telefônica do País. No entanto, o desafio era, em meados dos anos 80, convergir esforços sobre o setor com a intenção de assegurar a universalização e a qualidade dos serviços nas diversas regiões do País.

Mais adiante, outro ponto de relevo ocorreu no início da década de 90 com a utilização de novas tecnologias e estruturas físicas, as quais possibilitaram o avanço na transmissão de informações, dados e textos. Além disso, com a promulgação da Lei Geral de Telecomunicações foi criada, em 1997, a entidade reguladora do setor: a Anatel.

Em sequência, no entanto, o sistema Telebrás, composto de empresas estatais federais de telecomunicações atuando em todo o Brasil, foi privatizado em 1998 após um processo de transformações do setor iniciado em 1995. Todavia, recentemente com a criação do Decreto nº 7.175, de 2010, a adormecida Telebrás, sociedade anônima, recebeu a incumbência de implementar a rede privada de comunicação da administração pública federal a fim de apoiar e suportar políticas públicas em banda larga.



Diante dessa explanação, cumpre descrever sobre a entidade reguladora deste setor: Agência Nacional de Telecomunicações – **Anatel**. Instituída pela Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472, de 1997, foi a segunda agência reguladora a ser inserida no País. No entanto, foi o primeiro exemplo a ser colocado em prática nesta nova concepção de entidades reguladoras na administração pública federal, concebida para viabilizar o atual modelo das telecomunicações brasileiras com atribuições sobre delegação, regulamentação e fiscalização desse importante setor de infraestrutura brasileiro.

A criação da Anatel fez parte do processo de reformulação das telecomunicações brasileiras iniciado com a promulgação da Emenda Constitucional de nº 08 de 1995, que eliminou a exclusividade na exploração dos serviços públicos às empresas sob controle acionário estatal, permitindo privatização e introduzindo, por conseguinte, o regime de competição.<sup>15</sup>

Em relação às competências e atribuições, cabe à Anatel implementar e fazer cumprir a Política Nacional de Telecomunicações pela regulamentação e fiscalização dos serviços e de redes de telecomunicações. Também é sua atribuição celebrar e gerenciar os contratos de concessão e termos de autorização, além de estabelecer e acompanhar a estrutura tarifária de cada modalidade de serviço prestado em regime jurídico, ou seja, o serviço público concedido.

É responsável, ainda, pela expedição de normas sobre a prestação de serviços de telecomunicações no regime privado e dos padrões a serem cumpridos pelas prestadoras quanto aos equipamentos utilizados. A Agência administra o espectro de radiofrequência e o uso de órbitas, expedindo suas respectivas normas; atua na defesa e proteção dos direitos dos usuários, no controle, prevenção e repressão de infrações.

Além disso, tem a incumbência de estabelecer restrições, limites ou condições a grupos empresariais para a obtenção e a transferência de concessões, permissões e autorizações. O objetivo é garantir a competição e impedir a concentração econômica no mercado.

---

<sup>15</sup> Art. 21. “compete à União [...] explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.” (BRASIL, 1988).

No que tange à sua natureza jurídica, consiste em pessoa jurídica de Direito Público sob a forma de autarquia especial vinculada ao Ministério das Comunicações e, portanto, não é subordinada hierarquicamente a nenhum órgão do Governo ou aos Poderes políticos.

Sobre a sua estrutura organizacional, a Anatel é formatada por um Conselho Diretor, integrado por cinco Conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, podendo haver **recondução** dos dirigentes. Eles têm mandato de **cinco** anos. Todavia, na formação do primeiro conselho diretor, os mandatos foram de três a sete anos como forma de assegurar a substituição alternada dos diretores.

Por fim, frisa-se que, de acordo com a sua lei de criação, todas as normas elaboradas pela Anatel devem ser submetidas à consulta pública como forma de subsidiar e legitimar às tomadas de decisões. Ademais, pautas, atas de reuniões do Conselho Diretor bem como todos os documentos envolvendo as atividades dessa agência devem, por exigência legal, ser de acesso público, seja na biblioteca de sua sede bem como no seu sítio: <http://www.anatel.gov.br>.

### 2.2.3 Setor de Petróleo - ANP

Em relação ao setor de petróleo, de antemão, destacam-se as principais mudanças ocorridas nesse setor, sobretudo com o advento da Emenda Constitucional nº 9, de 1995, a qual deu nova redação ao parágrafo primeiro do art. 177 da Constituição. Foi com esta Emenda o marco principal do processo de regulamentação nesse setor.

Com a referida emenda tornou-se possível a União contratar empresas estatais ou privadas, consolidando, ao menos em regra, o fim da exclusividade estatal no exercício do monopólio tornando possível a inserção de outras empresas nesse segmento. Posteriormente houve necessidade de disciplinar a aludida emenda, resultando na criação da Lei nº 9.478, de 1997, conhecida como a Lei do Petróleo, que ostenta disciplinar e normatizar essa plataforma emergente no arranjo regulatório.

Entretanto, apesar da Emenda Constitucional de nº 9 ter buscado flexibilizar e incentivar a concorrência do setor, a União continuou tendo o monopólio nos seguintes segmentos: (i) da pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (ii) da refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; (iii) da importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes da produção e refino do petróleo e gás natural; e (iv) do transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país, bem como do transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.

De acordo com o art. 3º da Lei do Petróleo,<sup>16</sup> a propriedade dos "depósitos de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes no território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva" pertencem à União. Essa forma de propriedade de tais recursos minerais adotada pelo Brasil é a mesma que ocorre em quase todo mundo, exceto nos Estados Unidos, que é o único país em que os recursos minerais do subsolo pertencem aos proprietários das terras onde tais recursos estão situados.

Em tempo, é importante mencionar que recentemente, em 2010, foi dada nova redação a lei de criação da ANP em seu art. 5º, disciplinando que:

[...] as atividades econômicas de que trata o art. 4º desta Lei serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão, autorização **ou contratação sob o regime de partilha de produção**, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País (grifo nosso).<sup>17</sup>

Com esta redação foi inserida uma nova espécie de contratação do Poder Público com terceiros: contratação sob **o regime de partilha de produção**. Essa modalidade foi inserida no sentido de atender, especialmente, as particularidades do pré-sal. Motivada pelo vultoso potencial de explorar petróleo e gás na área do pré-sal e aliado à necessidade de demarcação criteriosa na exploração dessa área, foi criada, em 2010, a Lei, de nº 12.351.

---

<sup>16</sup> Lei nº 9.478, de 1997.

<sup>17</sup> Redação dada pela Lei nº 12.351, de 2010.

Em relação à produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos na área do pré-sal, foi atribuída à União, por intermédio da Petrobras S/A,<sup>18</sup> como a responsável pela contratação. Com efeito, a Petrobrás foi titulada na operacionalização de todos os blocos contratados sob esse regime, sendo-lhe assegurada participação mínima no caso de constituição de consórcio. Ainda sobre as inovações advindas com a recente lei do petróleo, registra que a União, por intermédio de fundo específico criado por lei, poderá participar dos investimentos nas atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção na área do pré-sal e em áreas estratégicas, caso em que assumirá os riscos correspondentes à sua participação.

No que tange a partilha, consiste em um regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção. Além disso, ocorrendo descoberta comercial o contratado adquire o direito à apropriação do custo em óleo do volume da produção correspondente aos *royalties*<sup>19</sup> devidos, bem como parcela do excedente em óleo na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato.

Ainda sobre o contratado, realça-se que a lei estatui a Petrobras S/A ou, quando for o caso, o consórcio por ela constituído com o vencedor da licitação para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em regime de partilha de produção. Portanto, observa-se que a ideia dessa nova figura, sob o regime de partilha, é buscar maior atratividade e controle da exploração dessas riquezas e fazer com que os recursos obtidos sejam revertidos de maneira mais equânime para a sociedade brasileira.

Em prosseguimento as recentes mudanças ocorridas neste setor, neste ano, **2011**, o Poder Executivo Federal no uso de suas competências que lhe são dadas pela Constituição Federal editou a Medida Provisória nº 532, de 2011, a qual deu ênfase sobre conceitos e definições sobre o que é biocombustíveis e o que caracteriza uma indústria de biocombustível.

---

<sup>18</sup> Petrobras S/A criada em 1953 por Getúlio Vargas, é integrante da Administração Indireta sob a forma de sociedade de economia mista.

<sup>19</sup> *Royalties*, de acordo com Ferreira (2006), consistem em uma importância cobrada pelo proprietário de uma patente para permitir seu uso ou comercialização. Para o contexto, ora empregado, denota uma espécie de compensação financeira devida aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção.

Longe de questionar se tal medida provisória realmente foi elaborada para atender um caso de extrema urgência e relevância, é oportuno, contudo, descrever, de acordo com Brasil (1988, art. 62), os casos em que o chefe do executivo federal, Presidente da República, pode se valer desse dispositivo normativo atípico:

em caso de **relevância e urgência**, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, **com força de lei**, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (grifo nosso).

Tal medida provisória realçou, entre outras, o conceito de biocombustível, uma energia renovável advinda de biomassa, bem como o que consiste uma indústria de biocombustível. Por distanciar do cerne deste estudo e por envolver outras questões, sobretudo de cunho até etimológicas sobre o que seria relevância e urgência, não cabe, para esta dissertação discorrer sobre o arcabouço do subjetivismo político-jurídico.

Diante dessa breve ressalva, é possível observar que a lei disciplinadora do petróleo, repleta de emendas, dispõe também que, embora a propriedade dos depósitos de hidrocarbonetos pertença ao Estado, efetivada a concessão para exploração e produção de petróleo ou gás natural, em caso de êxito do concessionário, este passa a ser proprietário dos bens extraídos, cabendo-lhe, também, os encargos e tributos incidentes. Como exemplo, pode-se citar a empresa OGX Petróleo S/A que vem atuando, com descobertas de petróleo no solo brasileiro, desde 2007.

É importante esclarecer que tais mudanças ocorridas nesse setor não implicam afirmar que o Estado deixou de ser produtor, uma vez que continua participando dessas atividades através da Petrobras, porém, ele não é mais o único produtor e provedor do mercado, tendo adquirido, também, um novo papel, o de Estado Regulador, o qual exerce essa nova função através da Agência Nacional do Petróleo (ANP). Sobre esta agência, no próximo parágrafo será descrita suas peculiaridades, finalidades, competência e também sobre sua estrutura.

Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis – **ANP**, é uma entidade integrante da Administração Indireta com a finalidade de regular a indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis. Assim, é uma entidade reguladora e fiscalizadora das atividades que integram tais insumos energéticos.

Sobre as peculiaridades desse setor é possível observar a presença de empresas com grande participação de mercado, o que enseja a importância dessa agência no sentido de minimizar atitudes que desencadeiam falhas no mercado, ineficiência econômica, bem como coibir ações antieconômicas por parte de grupos de interesse. Portanto, controles sobre preços, qualidade, continuidade e universalização de serviços são premissas básicas a serem inspecionadas pela entidade reguladora, ANP.

A par disso, quanto à natureza jurídica não difere das outras já descritas neste estudo. Dessa forma, a ANP consiste em uma pessoa jurídica de direito público sob a natureza de autarquia especial. É vinculada, assim como a Aneel, ao Ministério de Minas e Energia; é dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores em regime de colegiado. Os diretores da ANP são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, para cumprir mandatos de quatro anos não coincidentes, sendo permitida a recondução.

É mister destacar que, tão-somente neste ano, **2011**, foi estatuído o dispositivo da quarentena<sup>20</sup> para esta agência que atua em um setor altamente estratégico e representativo, seja para economia como para a sociedade. Assim, só depois de mais de uma década da criação da ANP que se instituiu esse instrumento importantíssimo para assegurar a imparcialidade, credibilidade e controle tanto na agência como também nos seus diversos segmentos de atuação.

Sobre a quarentena, embora já mencionada, é importante registrar que este instrumento não foi, em 2011, uma inovação para o arranjo regulatório brasileiro. A lei que criou a Aneel, em 1996, já o previa. Assim, verifica-se que no que tange ao mimetismo do arranjo brasileiro a ANP possuía, até então, um próprio, *sui generes*, ou seja, a única entre as espécies de agências que não vedava os seus dirigentes, após o cumprimento dos mandatos, de atuarem em empresas que eles próprios regulavam e fiscalizavam.

---

<sup>20</sup> Quarentena na ANP consiste no período de doze meses, contados da data de sua exoneração, em que os dirigentes ficam impedidos de prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a empresa integrante das indústrias de petróleo, biocombustíveis ou de distribuição. Medida Provisória n.º 532 de 2011. Disponível em: < [www.planalto.gov.br/legislacao](http://www.planalto.gov.br/legislacao) >. Acesso em: 23 de jul. 2011.

No que tange à finalidade, ANP visa promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria de petróleo, gás natural e, ainda, de biocombustíveis. Destaca-se que a lei instituidora dessa agência inicialmente não abarcava competências de fiscalização nos segmentos de gás e biocombustíveis. Estas foram inseridas com a Lei nº 11.097, de 2005.

Acerca da competência dessa entidade reguladora, visa assegurar, principalmente a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria de petróleo, gás natural e biocombustíveis. A grande maioria de suas funções e atribuições concentra-se em atividades de fiscalização do setor que atua, no sentido de estabelecer regras para o desenvolvimento e atuação desse setor - regulação, além de fomentar pesquisas nas áreas de tecnologia, exploração, produção, transporte e refino.

Ressalta-se que as atribuições de planejamento da política brasileira para o setor de petróleo não cabe à ANP. A Lei do Petróleo reservou essas atribuições a outro órgão colegiado, o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), vinculado diretamente à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia.

Assim, de acordo com a nova redação dada em 2011, compete ao CNPE, estabelecer, entre outras, diretrizes para a importação e exportação com intento de atender às necessidades de consumo interno de petróleo e seus derivados, biocombustíveis, gás natural e condensado. Além disso, incumbe a esse colegiado assegurar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis.

Apesar de não elaborar diretamente, compete à ANP implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis contida na política energética nacional, a fim de garantir o suprimento desses bens e serviços em todo o território nacional. Igualmente, é de sua incumbência velar pela proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos bem como orientar os agentes do mercado no senso de prevenir condutas deletérias.

Diante do exposto, a justificativa da regulação neste setor de infraestrutura é de preservar o interesse nacional, estimular a livre concorrência e a apropriação justa dos benefícios auferidos pelos agentes econômicos envolvidos bem como pela sociedade, consumidores e usuários de bens e serviços desse setor.

*In fine*, neste tópico, no sentido de contextualizar e fundamentar os objetivos desta dissertação, foram explorados aspectos conceituais da regulação econômica brasileira. Ademais, diante da demarcação desta pesquisa, buscou-se registrar, sem extenuação do assunto, peculiaridades dignas de destaque sobre as Agências Reguladoras de Estado bem como os seus respectivos setores de atuação. Isto posto, no próximo tópico adentrar-se-á no atrativo ambiente do controle na Administração Pública brasileira.



## 2.3 CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

“A natureza humana leva o detentor de poder, invariavelmente, a exercê-lo até onde encontre limite. Não o encontrando, a tendência é o uso abusivo desse poder” (CHAVES, 2009, p. 13).

O presente tópico voltar-se-á aos aspectos do controle externo com ênfase no exercido pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Contudo, antes de aprofundar sobre o controle externo do TCU, nas próximas linhas serão descritas, longe de extenuar o assunto, aspectos basilares sobre o controle na Administração Pública.<sup>21</sup>

### 2.3.1 Características Gerais

De acordo com a abrangência aduzida pelo vocábulo controle entende-se necessário defini-lo em conformidade com a demarcação desta dissertação, ou seja, o controle realizado no âmbito da administração pública. Assim, de acordo com Meirelles (1993), o controle, no campo da administração pública, pode ser conceituado como a faculdade de vigilância, orientação e correção que um órgão ou Poder exerce sobre as atividades funcionais de outro.

Para Guerra (2003, p. 23), o controle da administração pública:

é a possibilidade de verificação, inspeção, exame, pela própria Administração, por outros poderes ou poder qualquer cidadão, da efetiva correção da conduta gerencial de um poder, órgão ou autoridade, no escopo de garantir atuação conforme os modelos desejados e anteriormente planejados, gerando uma aferição sistemática.

Sendo uma das funções clássicas da administração, o controle corresponde à atividade de verificar uma ocorrência, realidade, e de compará-la a um determinado padrão ou parâmetro (CHAVES, 2009). Nesse rumo, o controle visa, também, avaliar a gestão do administrador sobre diversos enfoques pré-estabelecidos.

---

<sup>21</sup> Para o presente estudo a Administração Pública compreende o conjunto de órgãos, entidades e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa. Assim, como delineamento e alcance teórico, adota-se o posicionamento de administração pública em sentido estrito, ou seja, compreendendo tão-somente as funções administrativas (ALEXANDRINO, 2008).

Destaca-se que o controle abrange desde atividade-meio a atividade-fim. Enquanto aquele consiste em atividades acessórias, de suporte, sendo um conjunto de procedimentos e operações que auxiliam a finalidade e o desempenho de atribuições específicas relacionadas à eficácia, este, por outro lado, resulta na acumulação de meios que destinam ao objetivo final, para cuja obtenção se faz necessário que as demais atividades convirjam para tanto. Assim, este último é voltado a métodos e procedimentos utilizados pelo administrador como a legalidade, legitimidade e conformidade.<sup>22</sup>

Os enfoques, sejam nos meios ou nas atividades finalísticas, não são impermeáveis entre si. Destarte, é possível coadunar-se diversos enfoques de acordo com os parâmetros e objetivos estabelecidos. Ademais, outro aspecto relevante do controle é o seu caráter, *a priori*, amostral. Diante da abrangência da máquina administrativa e por questões relacionadas à limitação de recursos, a atividade de controle, em regra, é orientada pela seleção amostral dos dados.

A atividade de controle pode ser resumida em um processo, sendo assim cíclico e composto de fases. De acordo com Chaves (2009), destacam-se as seguintes etapas:

- estabelecimento de objetivos ou padrões de desempenho: consiste em estabelecer padrões e critérios frente ao desempenho desejado;
- avaliação ou mensuração do desempenho atual: é a observação do desempenho, pois para controlar um desempenho, deve-se pelo menos conhecer algo a respeito dele;
- comparação do desempenho atual com os objetivos ou padrões estabelecidos: é determinar os limites dentro dos quais as variações, erros ou desvios podem ser aceitos como normais ou desejáveis; e
- ações corretivas: é a tomada de ação corretiva para corrigir possíveis desvios ou anormalidades.

Em face do exposto, pode-se sintetizar controle como uma forma de comparar informações, atividades e procedimentos com parâmetros previamente estabelecidos. Feito isso, a seguir será exposto classificações do controle.

---

<sup>22</sup> Conformidade é o enfoque utilizado quando se pretende verificar se a gestão do administrador cumpriu todas as normas às quais deveriam se submeter (CHAVES, 2009).

## 2.3.2 Classificações do Controle

Neste tópico, com intuito de contextualizar alguns conceitos e definições da função controle utilizadas na administração pública, serão apresentadas classificações do controle dos atos administrativos<sup>23</sup> nos aspectos relacionados à origem, ao momento que é exercido, ao conteúdo que é controlado e, por fim, quanto à existência de hierarquia.

### 2.3.2.1 Quanto à Origem

O controle quanto à origem no contexto da administração pública pode ser dividido em interno e externo. O primeiro é exercido dentro do âmbito da própria estrutura a qual pertence o órgão que será controlado, ou seja, tanto o órgão controlado como o controlador pertencem à mesma estrutura.

Em relação ao controle interno, é possível observar disposições gerais de acordo com Brasil (1988) em seu art. 74, o qual dispõe que:

os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; e

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Assim, as três esferas da Administração Direta e as entidades da Administração Indireta mantêm órgãos com a finalidade precípua de controlar seus próprios atos. Na esfera federal, o controle interno do Poder Executivo é exercido pela Secretaria Federal de Controle, órgão que contempla a Controladoria Geral da União.

---

<sup>23</sup> Ato administrativo pode ser conceituado como toda manifestação unilateral de vontade da administração pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim direto adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria (DI PIETRO, 2002).

Nesse sentido, sintetiza-se controle interno sendo um conjunto integrado de métodos e procedimentos com vista a assegurar a salvaguarda dos ativos e a eficácia operacional. Dessa forma, o controle interno busca verificar, entre outros aspectos, a legalidade, a legitimidade, a economicidade bem como aspectos operacionais.

Por outro lado, o segundo, denominado de externo, refere-se ao controle realizado por um órgão externo especializado, que não pertence àquela estrutura, ou seja, o órgão que exerce o controle não pertence à estrutura do órgão que recebe o controle. Por exemplo, citam-se as inspeções do TCU em ministérios.

De acordo com Di Pietro (2002), denomina-se controle externo o controle da Administração Direta sobre a Indireta ou de um Poder sobre outro. Assim, uma decisão judicial anulando um ato do Poder Executivo inclui como ilustração desse controle. Igualmente, quando a Câmara dos Deputados efetua a tomada de contas do Presidente da República, pelo fato do presidente não ter cumprido o prazo estabelecido, configura também um exemplo de controle externo, conforme dispõe o art. 49, IX, e 51, II, da Constituição.

De forma pragmática, em resumo o interno, no âmbito Federal, é exercido atualmente pela Controladoria Geral da União (CGU). Já o externo é exercido, no nível Federal, pelo Congresso Nacional auxiliado pelo TCU.

### **2.3.2.2 Quanto ao Momento que é Exercido**

No que tange ao momento que é exercido, o controle pode ser classificado como prévio, concomitante e posterior. O controle prévio, conhecido também como preventivo, consiste naquele exercido antes que seja praticado qualquer tipo de ato. Já o concomitante é realizado no decorrer da atuação da administração pública, ou seja, é exercido simultaneamente enquanto está ocorrendo alguma atividade. Por fim, o controle posterior, conhecido como subsequente ou corretivo, ocorre após a constituição de um ato ou atividade.

O controle realizado pelos tribunais de contas são, no mais das vezes, controles posteriores. Todavia é oportuno realçar que, embora seja usual utilizar a definição de controle posterior como controle corretivo, nem sempre o controle posterior se restringe a corrigir algum defeito. Como exemplo, o controle posterior pode simplesmente confirmar a regularidade de algum ato praticado.

Conquanto tenha um caráter, ao menos subjacente, de coerção, de poder ou até mesmo de punição, para o contexto da administração pública nem sempre tal fisionomia prevalece. Assim, sustenta-se que o controle deve ser entendido, sobretudo, como um instrumento de aprimoramento administrativo. Entretanto, seria ingenuidade afirmar que não se reveste de aspectos de restrição, coerção e punição. Apesar disso, não são estas suas finalidades, e sim instrumentos-meios que concorrem no sentido de alcançar um determinado objetivo.

### **2.3.2.3 Quanto ao Conteúdo Controlado**

Em relação ao conteúdo que é controlado, ou seja, o aspecto material, no âmbito administrativo, o controle pode ser relacionado à legalidade ou ao mérito.<sup>24</sup> De acordo com o *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, a legalidade administrativa é inserida como princípio fundamental. Por consequência, a administração pública só pode atuar quando houver lei ou ato normativo que autorize, pois, encontra-se vinculada aos ditames legais para exercer suas atividades.

Dessa forma, o controle quanto à legalidade visa analisar se os atos praticados pela administração pública estão conforme dispõe o ordenamento legal, ou seja, verifica se o ato está em consonância com os preceitos normativos em vigor. Noutro ponto, a administração pública em determinadas condições possui certa discricionariedade de atuação; Porém, continua obrigada a obedecer aos limites impostos pelas normas. Convém sublinhar que o vocábulo manifestado por discricionário não pode ser confundido com arbitrário. São palavras etimologicamente distintas, por conseguinte, diferentes para este estudo.

Esta discricionariedade relativa é denominada de mérito administrativo. Dessa forma, o controle sobre o mérito objetiva analisar a atuação da administração nos aspectos relacionados à oportunidade e à conveniência do ato controlado.

---

<sup>24</sup> Mérito administrativo, segundo Knoplock (2008, p. 303) “significa a possibilidade de a Administração avaliar se deve ou não, quando e de que forma, editar atos discricionários conforme critérios de oportunidade e conveniência, escolhendo o seu objeto e julgando os motivos para sua edição.”

#### 2.3.2.4 Quanto à Existência de Hierarquia

Quanto à existência ou não de relação hierárquica entre o órgão controlado e o órgão controlador, o controle é classificado em duas espécies, quais são: hierárquico e finalístico. O primeiro decorre do poder hierárquico, em que, dentro da mesma estrutura hierárquica, os órgãos superiores têm competência para controlar, fiscalizar e acompanhar os atos praticados por seus subordinados (KNOPLOCK, 2008).

No que tange às funções administrativas, o controle hierárquico se faz presente em todos os poderes: Executivo, Judiciário e Legislativo. Todavia, de acordo com a independência que os poderes têm assegurada pela Constituição Federal, não existe controle hierárquico entre poderes distintos. Assim, como exemplo, não há controle hierárquico entre um órgão pertencente à estrutura do Poder Legislativo sobre um órgão do Executivo.

Por outro lado, o segundo, denominado de finalístico, refere-se ao controle realizado pela Administração Direta sobre a Administração Indireta, de forma excepcional e limitada, para garantir que as entidades da Administração Indireta, autônomas em relação à Administração Direta, não se apartem de suas missões institucionais. Como esse controle é, em princípio, realizado sobre a entidade pelo o qual o está vinculada, recebe, no nível federal, o nome de supervisão ministerial.<sup>25</sup>

Diante dessa breve explanação sobre características e classificações do controle na administração pública, no próximo tópico será descrito a respeito do controle externo brasileiro.

---

<sup>25</sup> A Supervisão ministerial está prevista no Decreto-Lei nº 200, de 1967 e pode ser definida como: “o poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas [as Autarquias] com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação global do Estado” (BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 149).

## 2.4 CONTROLE EXTERNO BRASILEIRO

Entre as várias incertezas que a Administração Pública brasileira abarca, é possível dar ciência da inquestionável importância do controle para que esta continue, ao menos, navegando, seja remando ou catalisando (fonte própria).

No Brasil, o controle externo está inserido no âmbito do Poder Legislativo; no nível Federal é exercido pelo Congresso Nacional auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Assim, de acordo com Brasil (1988, art. 71), dispõe que: “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.”

Nesse entrecho, nota-se que o controle externo brasileiro é privativo do Poder Legislativo e, no âmbito Federal, é exercido por meio do Congresso Nacional sendo auxiliado pelo TCU.

Contudo, destaca-se que os tribunais de contas não estão subordinados ao Legislativo. Assim, o TCU, dotado, inclusive, de independência administrativa e financeira, embora órgão administrativo que possui vínculo com o Poder Legislativo Federal, não pertence à estrutura desse poder e, por conseguinte, não se mostra subordinado ao Congresso Nacional.

Em relação à função primordial dos tribunais de contas, consistem em servir de instância de julgamento administrativo dos atos de administração do ente federado e de gestão dos recursos públicos praticados pelos três poderes e o Ministério Público.

No entanto, embora denominados de tribunais, não exercem jurisdição, ou seja, não dizem o direito aplicável ao caso concreto definitivo. Assim, suas decisões não fazem coisa julgada em sentido próprio. Logo é possível recorrer ao judiciário de uma decisão proferida pelos tribunais de contas. Ademais, cumpre frisar que tribunais de contas julgam contas e não pessoas.

### 2.4.1 O Controle Externo Realizado pelo TCU

No tópico precedente abordou-se genericamente o controle externo brasileiro. Dessa forma, adiante será descrito especificamente sobre o controle externo realizado pelo Tribunal de Contas da União.

De antemão, é mister conhecer as feições do TCU no sentido de apresentar suas principais particularidades e atribuições. Dito isso, sua gênese deu-se em novembro de 1890 por iniciativa de Ruy Barbosa, ministro naquela época, norteado pelos princípios da autonomia, fiscalização, vigilância, e julgamento, pautado, sobretudo, na ética. Em sequência, em 1891 o TCU foi definitivamente categorizado como instituição constitucional. Tal fato decorreu com o advento da primeira Constituição republicana brasileira. Desde então, as competências dessa Corte de Contas têm assentadas no texto constitucional.

Dessa forma, constitui órgão da Administração Direta desprovido de personalidade jurídica apresentando característica institucional que impede de ser enquadrado no tradicional sistema de tripartição dos Poderes (CHAVES, 2009). Com fisionomia *sui generis*, ressalta-se que na vigente Constituição não há nenhuma menção que o TCU está subordinado ao Legislativo ou incluso neste. Ainda nesse ponto, de acordo com Chaves (2009, p. 95) sustenta que:<sup>26</sup>

[...] qualquer sistema ou classificação, quando rigidamente considerado, está inexoravelmente fadado a ser desafiado pelas particularidades do mundo real.

Todavia, conquanto seja um órgão autônomo e independente, para fins orçamentários está atrelado ao Poder Legislativo. Logo, o TCU não possui autonomia orçamentária. Assim, a título de ilustração, segue o seu organograma:

---

26 De forma assemelhada, Alketa Peci sustenta críticas ao modelo tripartite na seara regulatória: “[...] as agências reguladoras são exemplos vivo da inconcretude do ideal da divisão político-administrativa e nascem como consequência das falhas do sistema tripartite dos poderes governamentais.” (PECI, 2007, p. 79). Na mesma posição, Aragão (2003, p. 371) defende que “se retirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio da separação dos poderes, ele poderá, sem perder a vitalidade, ser colocado em seus devidos termos, que o configuram como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão do trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais.”



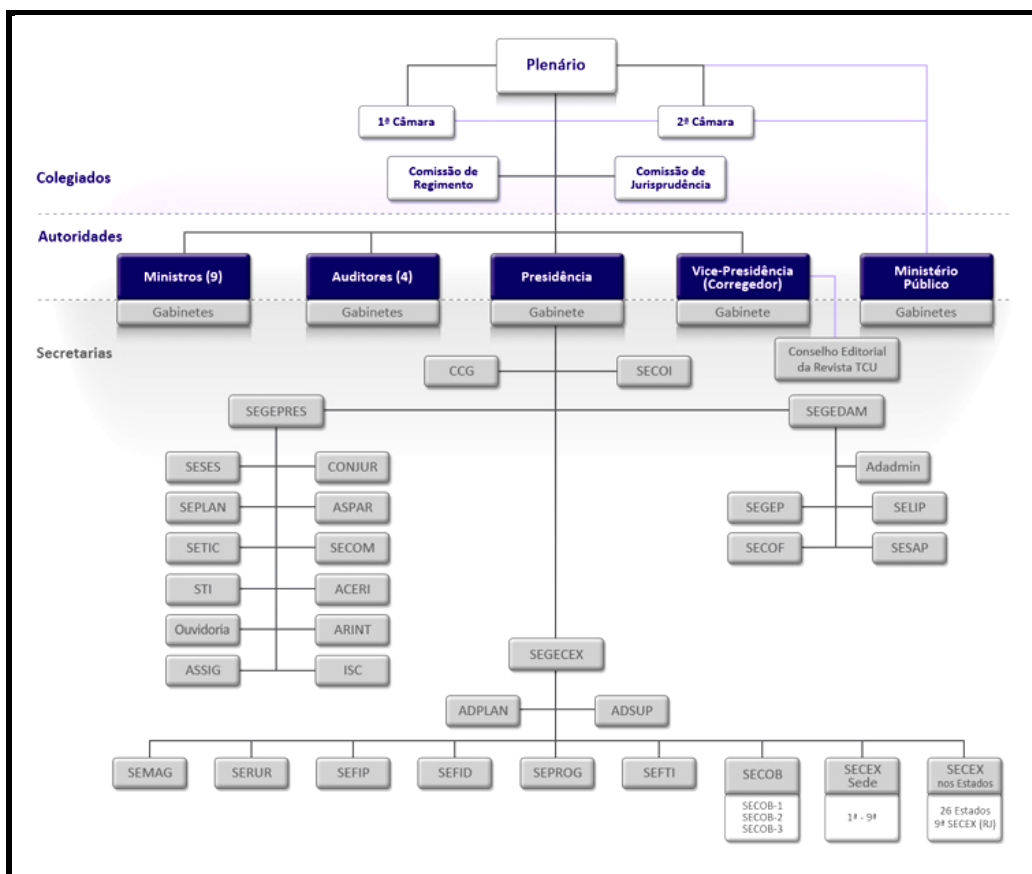


Figura – 3 Organograma do Tribunal de Contas da União.

Fonte: Disponível em: < [www.portal2.tcu.gov.br/portal](http://www.portal2.tcu.gov.br/portal) >. Acesso em 26 jun. 2011.

Não obstante pertencer ao aparato estrutural do Estado, foi com a Constituição de 1988 que o este tribunal secular ampliou significativamente suas competências e jurisdições ao exercer, em auxílio ao Congresso Nacional, fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração Direta e Indireta nos aspectos relacionados à legalidade, à legitimidade e à economicidade.

Além disso, o TCU é um órgão administrativo especial, de estatura constitucional com funções judicantes que não se confundem com as funções judiciais. Portanto, os membros do TCU não são juízes togados e a sua jurisdição recai sobre administradores e gestores responsáveis por recursos da administração pública.

Nota-se que o controle externo exercido pelos tribunais de contas foi consideravelmente ampliado pela atual Constituição, compreendendo funções de fiscalização financeira, consulta, informação, julgamento, sancionatória, corretiva e de ouvidoria, sintetizadas na tabela a seguir:

Tabela 2 - Funções dos Tribunais de Contas.

<b>FUNÇÃO</b>	<b>DESCRIÇÃO</b>
<b>Fiscalizadora</b>	Abrange a realização de auditorias, acompanhamento de programas governamentais, apuração da legalidade dos atos sujeitos a registros, fiscalização de recursos repassados pela União e ainda a fiscalização das denúncias de receitas e de contrato em geral.
<b>Consultiva</b>	Exercida mediante a elaboração de pareceres individualizados referente às contas anuais dos chefes do Poder Executivo bem como em consultas formuladas por autoridades sujeitas à jurisdição do Tribunal acerca de dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares sobre matéria de competência do órgão.
<b>Informativa</b>	É a prestação de informações solicitadas pelo Congresso Nacional a respeito de fiscalização exercida pelo Tribunal ou de resultados de inspeções e auditorias.
<b>Judicante</b>	O TCU julga as contas dos administradores públicos e demais responsáveis por montantes em moeda, bens e valores públicos da administração direta e indireta; incluem-se nessa função quando o referido tribunal pronuncia-se conclusivamente sobre indícios de execução de despesas autorizadas.
<b>Sancionatória</b>	Aplicação aos responsáveis, nos casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas na Lei Orgânica do TCU, como multas, afastamento do cargo, responsabilização pessoal dos envolvidos, dentre outras.
<b>Corretiva</b>	Ao constatar ilegalidade, o TCU fixa prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei. Se não atendido, determina a sustação do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, que solicitarão as medidas cabíveis no prazo de 90 dias.
<b>Ouvidoria</b>	Recebimento de denúncia de irregularidades ou ilegalidades feita pelos responsáveis pelo controle interno ou por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato.

Fonte: adaptado, Borges, 2004, p. 21.

Cabe destacar que embora o dispositivo descreva o termo julgar, inciso II do art.71 da Constituição, não se trata de função jurisdicional, porquanto, o TCU apenas examina as contas tecnicamente. Dessa forma, o julgamento das contas é uma questão preliminar, que antecede o julgamento do responsável pelo Poder Judiciário.

Nesse rumo, compete ao TCU assegurar que o dinheiro e os demais recursos públicos colocados à disposição dos gestores sejam utilizados de forma adequada e com resultados efetivos, ou seja, cumpre a função de guardião do erário. Já os administradores públicos têm a obrigatoriedade de responder à sociedade e ao Congresso Nacional sobre como os recursos que lhes foram confiados estão se traduzindo em ações norteadas pelas políticas públicas.

No sentido de contribuir para sua atuação imparcial, além das atribuições previstas na Constituição, várias outras têm sido conferidas ao TCU. Destacam-se, entre elas, atribuições conferidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei de Licitações e Contratos, Lei Orgânica do TCU e, anualmente, pela Lei de Diretrizes Orçamentárias. Ademais, o Congresso Nacional possui a faculdade de editar, também, decretos legislativos com demandas específicas de fiscalização ao TCU.

Diante do exposto a respeito das particularidades do TCU, porvir será descrito a respeito das Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), sobre normas internacionais que sustentam a atuação do controle externo, bem como a posição do TCU frente tais normas. Adiante-se que o TCU é a Entidade Fiscalizadora Superior brasileira. Assim, entende-se prudente descrever informações basilares sobre essa titulação – EFS, bem como as normas internacionais que o TCU tem adotado.

### 2.4.2 TCU e as Entidades Fiscalizadoras Superiores - EFS

De acordo com Gomes, M (2003), as Entidades de Fiscalização Superiores consistem em órgãos públicos responsáveis pelo controle externo de burocracias do setor público com reconhecimento em âmbito internacional. O TCU, o *National Audit Office* (NAO), britânico, e a *Cour des Comptes*, francês, são exemplos dessa espécie de instituição.

As Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) são instituições de Estado responsáveis por executar a auditoria governamental. No Brasil esse papel é exercido pelo TCU. Essas instituições verificam, entre outras, demonstrações financeiras, a obediência às normas, regulamentos e buscam salvaguardar ativos de fraudes e desvios de recursos no setor público.

As EFS visam executar auditorias de conformidade e de desempenho em organizações públicas, de modo a realizar efetivamente o exame das contas de Governo. Para tanto, faz-se necessário possuir uma grau elevado de iniciativa e autonomia para garantir a independência no próprio contexto de atuação. Assim, a independência das EFS envolve:

- Independência em relação às instituições. De acordo com as normas internacionais, a criação de EFS e o nível de independência devem estar presentes e registrados na Constituição;
- Autonomia dos membros e dos quadros das EFS. Nesse ponto os membros devem possuir garantias estatuídas pela própria Constituição com a finalidade de neutralizar pressões por parte das entidades controladas, além de não estarem subordinados a essas; e
- Por fim, para não se sujeitarem a aprisionamentos orçamentários se faz, portanto, ter fontes de receitas próprias.

Outro aspecto relevante para este estudo é a respeito das competências que as EFS devem possuir para executar suas atividades de fiscalização e controle. Assim, conforme as normas internacionais, cujo Brasil acolhe, descrevem que as competências das EFS relacionadas ao controle devem estar taxativamente presente na Constituição podendo ser reguladas por lei.

Aqui cabe uma ressalva, pois convém ressaltar que as normas internacionais prescrevem que os países membros detenham a prerrogativa de regulamentar suas atuações por lei, sem, no entanto, ampliar ou reduzi-las, mas adaptá-las. Nesse ponto, ao se referir sobre lei, entende-se esta em sentido amplo, ou seja, atos normativos devidamente aceitos pelos ordenamentos de cada país.

#### **2.4.3 Normas Internacionais e o TCU**

Em relação às normas internacionais que disciplinam preceitos gerais acerca do papel das Entidades Fiscalizadoras Superiores que, conforme já descrito, no caso brasileiro é exercido pelo TCU, sobressai a seguinte norma: Intosai - *International Organization of Supreme Audit Institutions*.<sup>27</sup> A Intosai é uma organização apolítica, autônoma e independente fundada em 1953. De acordo com Ferreira (2009), a Intosai visa reunir e disseminar melhores práticas das atividades de controle por meio do intercâmbio de diversos países membros sendo atualmente mais de 180 países que aderem a tais diretrizes. O Brasil, por meio do TCU, é membro dessa organização.

Logo, a Intosai, além de estabelecer boas práticas para EFS, igualmente busca aprimorar o trabalho dos executores de auditorias. Com isso, a Intosai elabora normas visando proporcionar uma estrutura para o estabelecimento de práticas e procedimentos a serem seguidos na realização de auditorias respeitando as especificidades institucionais, legais e circunstanciais de cada Entidade Fiscalizadora Superiora.

---

<sup>27</sup> Livre tradução: Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores.

Como forma de ilustração, segue quadro com os postulados básicos prescritos pela Intosai:

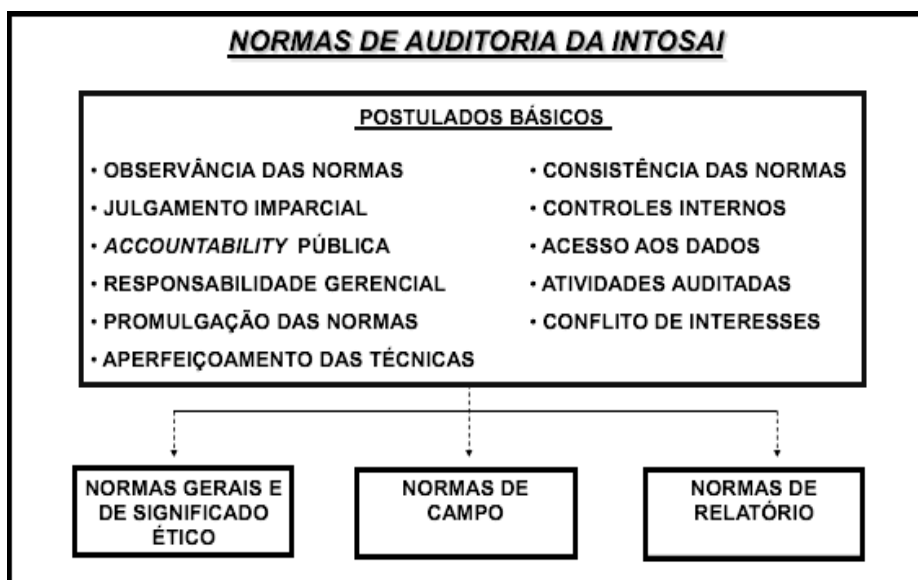


Figura – 4 Normas de Auditoria da Intosai.

Fonte: Adaptado de Intosai. Disponível em: < [www.intosai.org](http://www.intosai.org) >. Acesso em: 22 jul. 2011.

Em face do exposto, buscou explorar neste tópico conceitos a respeito das Entidades de Fiscalização Superiores -EFS - e sobre normas internacionais que alcançam o controle externo brasileiro. Observou-se que o TCU, a EFS brasileira, tem acolhido tais normas. Adianta-se que tais informações serão elementares para consubstanciar apontamentos para esta pesquisa.

Frente ao objetivo desta pesquisa, que busca contribuir para a melhoria do controle sobre o ambiente regulatório, sobretudo a respeito da atuação do TCU sobre o desempenho das Agências Reguladoras de Estado, a seguir será descrito sobre a fiscalização contábil, econômica e orçamentária brasileira, a qual tem estreita relação com este estudo.

## 2.5 FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, ECONÔMICA E ORÇAMENTÁRIA

Sabe-se que uma das funções precípua do TCU é exercer fiscalizações, as quais são realizadas predominantemente por meio de auditorias e inspeções. Nos aspectos técnicos e fiscalizatórios exercido pelo TCU, torna-se relevante verificar o que o inciso IV do art. 71 da Constituição Federal determina. Nesses termos, dispõe que:

o TCU realize, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, auditorias e inspeções de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nos órgãos e entidades da administração Direta e Indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal.

Assim, o propósito da fiscalização contábil, econômica, orçamentária, operacional e patrimonial dos Entes da administração pública é, com base nas dimensões da legalidade, legitimidade e economicidade, avaliar os atos dos gestores e responsáveis por bens e valores públicos.

A fiscalização com o fulcro na legalidade ostenta verificar se os atos de gestão estão de acordo com o ordenamento legal, ou seja, consiste em examinar se o ato ou fato *in concreto* está compatível materialmente com o que foi previamente estabelecido. Nesse ponto, frisa-se que o conceito de legalidade abarca, além das leis em sentido estrito, outros instrumentos normativos como decretos, medida provisória, portarias, instruções normativas, entre outros aceitos pelo ordenamento legal.

Sobre a questão da legitimidade, a qual sustenta preceitos fenomenológicos do ser e do dever ser, trata-se do dever mais do que legal, ou seja, agrega o aspecto moral de comportamento, esculpindo os atos de gestão com padrões e características eivadas do senso do bem comum (SOUZA, 2004).

Nesse sentido, as fiscalizações voltadas para a legalidade e legitimidade têm como parâmetro as leis e os regulamentos. Suas conclusões dão ao TCU insumos essenciais para fundamentar suas determinações aos gestores, além de subsidiar a aplicação de sanções em caso de infringência do ordenamento jurídico.

Já as fiscalizações de natureza operacional têm como objetivo, além de definir padrões de desempenho, avaliar os resultados da gestão à luz de parâmetros de eficiência, eficácia e economicidade. As conclusões dessa modalidade de fiscalização dão origem a recomendações e determinações, as quais são encaminhadas ao órgão ou entidade fiscalizada.

Sobre a perspectiva voltada à economicidade, visa identificar, mensurar e avaliar os atos e atividades administrativas rotineiras no sentido de maximizar os benefícios advindos de recursos públicos e minimizar os gastos. Com efeito, o gestor deve seguir, de acordo com os recursos disponíveis, a opção mais vantajosa para a administração pública. Em outras palavras, o conceito de economicidade é abrangente e contempla além da economia dos meios, ou seja, fazer mais com menos, aspectos relacionados à eficiência, eficácia e a efetividade.

Como forma de ilustração, à frente as dimensões que a fiscalização voltada ao desempenho alcançam:

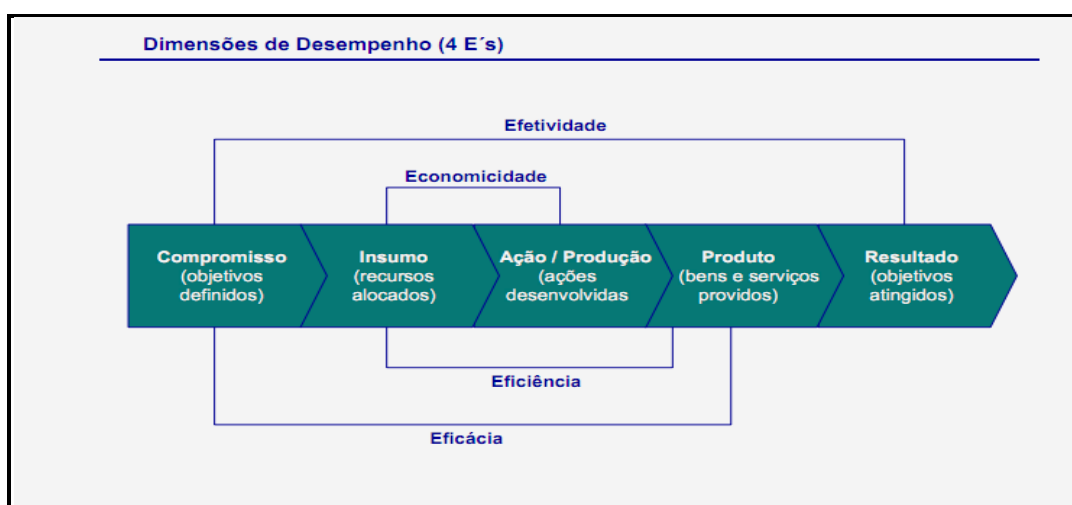


Figura – 5 Dimensões de Desempenho (4 E's).

Fonte: Aragão, M. 2010, p. 13.

Em conformidade com a Figura 5, cumpre reforçar alguns conceitos sobre tais dimensões de desempenho. Assim, a eficiência pode ser definida como a relação entre os produtos, que podem ser bens ou serviços, gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados para produzi-los em determinado prazo mantidos os mesmos padrões e características. Essa dimensão relaciona-se com o conceito de economicidades e avalia o esforço do processo de transformação de insumos em produtos.



Já a eficácia está relacionada com o grau de alcance das metas, antes programadas, de bens ou serviços. Logo, não importa o custo, mas sim a mensuração da variável meta. Portanto, o que é analisado é em que medida as metas estipuladas foram atingidas independentemente dos dispêndios envolvidos.

Noutro aspecto, a efetividade diz respeito ao alcance dos resultados pretendidos. Reflete a relação entre os resultados de uma intervenção ou de um programa e seus impactos em uma determinada área ou população. Nesta dimensão, a primazia concentra-se no impacto gerado, pois busca aferir mudanças no contexto delineado em decorrência das intervenções realizadas.

Por fim, é imperioso sublinhar que as dimensões de desempenho não são estanques nem impermeáveis entre si. Por conseguinte, o rol é exemplificativo, o que permite que outros aspectos possam ser, também, analisados. Desta feita, aspectos como geração de valor público,<sup>28</sup> qualidade e adequação dos serviços prestados, justiça na distribuição dos serviços e dos seus custos econômicos podem ser tratados igualmente nas dimensões de desempenho. Com isso, é possível observar dimensões que ostentam convergir direcionamentos no intuito de primar pela *accountability*<sup>29</sup> e, com isso, aprimorar o desempenho público.

---

<sup>28</sup> Agregar valor refere-se a produzir novos conhecimentos e perspectivas sobre o objeto de auditoria (ISSAI 3000/3.2, 2004).

<sup>29</sup> *Accountability*, para este estudo, expressa tanto a responsabilidade subjetiva - compromisso pessoal e permanente do administrador com a transparência da gestão, quanto à responsabilidade objetiva – o dever perante terceiros de prestar contas de seus atos. Esse último aspecto de responsabilização, o dever do gestor público perante terceiros e ao órgão controlador, é conhecido na legislação brasileira como prestação de contas (BRASIL, 1988).

## 2.6 INSTRUMENTOS DE CONTROLE

Este tópico busca reunir, com amparo em normas e regulamentos, os principais meios que TCU detêm para efetivar suas atividades de controle e fiscalização na Administração Pública brasileira.

Dessa forma, para o desempenho das atividades de controle o TCU dispõe de ferramentas que contribuem para o alcance dos seus trabalhos e objetivos. Dentre tais, elencam-se os instrumentos de controle que são, em linhas curtas, o conjunto de procedimentos e técnicas utilizadas pelos órgãos de controle. São exemplos de instrumentos de controle as auditorias, inspeções, acompanhamentos e levantamento.

Para assegurar melhores práticas o TCU tem direcionado esforços em desenvolver padrões e normas técnicas apropriadas em consonância com padrões reconhecidos internacionalmente, como exemplo as normas internacionais de auditoria das Entidades de Fiscalização Superior (ISSAI),<sup>30</sup> da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, Intosai.

Tais normas de auditoria do Tribunal de Contas da União têm sido desenvolvidas em conformidade com o arcabouço normativo que este tribunal permeia. Assim, além da Constituição Federal, destacam-se: Lei Orgânica, Regimento Interno, Código de Ética dos Servidores do TCU, resoluções e instruções normativas do TCU. O objetivo desses normativos é promover maior credibilidade e qualidade às auditorias bem como salvaguardar a responsabilidade dos auditores quando executarem seus trabalhos. Ademais, contribui para uniformização dos trabalhos de auditoria com intuito de atender as crescentes demandas dessa área.

Para este estudo, dado a abrangência dos instrumentos de controle disponíveis e a demarcação desta dissertação, dar-se-á ênfase às auditorias e inspeções.

---

<sup>30</sup> ISSAI, are issued by the International Organization of Supreme Audit Institutions, Intosai. Disponível em: <[www.issai.org](http://www.issai.org)>. Acesso em: 12 jul. 2011.

### 2.6.1 Auditorias, Inspeções, Acompanhamento e Levantamento

As auditorias, sendo uma espécie dos instrumentos de controle, consistem no exame sistemático de atividades e operações de um determinado contexto ao passo de compará-las com as disposições previamente estipuladas. Para tanto, são norteadas por um programa de auditoria<sup>31</sup> e objetivam especialmente:

- obter dados de natureza contábil, financeira, orçamentária e patrimonial;
- conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades bem como avaliar, do ponto de vista do desempenho operacional, suas atividades e sistemas; e
- aferir os resultados alcançados pelos programas e projetos governamentais.

As inspeções, por sua vez, além de esclarecer dúvidas ou apurar denúncias quanto à legalidade e à legitimidade de atos e fatos administrativos praticados por responsáveis sujeitos à jurisdição do tribunal, visam suprir omissões e lacunas de informações.

De acordo com Boyton (2002), as inspeções são exames mais detalhados e cuidadosos tanto de documentos, registros como exames físicos de recursos tangíveis.

Acerca do acompanhamento, este consiste em um instrumento de fiscalização orientado para examinar, ao longo de um período estabelecido, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis. Além disso, o acompanhamento serve, também, para avaliar o desempenho dos órgãos e entidades sujeitas a jurisdição do tribunal nos aspectos de economicidades, eficiência e eficácia dos atos praticados.

No que diz respeito ao instrumento denominado levantamento, pode-se resumilo em um procedimento de fiscalização que o TCU utiliza para conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional.

---

<sup>31</sup> Programa de Auditoria é o documento que sintetiza previamente cada auditoria a ser realizada identificando, dentre outros aspectos, a espécie de auditoria, o órgão ou entidade auditada, o coordenador e a equipe de auditores, o período a ser examinado, os objetivos, procedimentos e o tempo estimado para sua conclusão. Deve ser estruturado de forma a servir como guia e meio de controle na execução de auditorias, bem como conter detalhes necessários e objetivos para propiciar ganhos na produtividade dos trabalhos. Disponível em: < [www.tcu.gov.br/portal](http://www.tcu.gov.br/portal) >. Acesso em: 11 de abr. de 2011.

No levantamento, os aspectos que são analisados incluem tanto sistemas, programas, projetos como também atividades governamentais. De acordo com Aragão (2010), o levantamento é uma ferramenta que possui um escopo amplo ao passo de apreciar diversos aspectos como contábeis, financeiros, orçamentários operacionais ou mesmo patrimoniais. Dessa forma, o tribunal vale-se do levantamento, sobretudo, para:

- conhecer a organização e o funcionamento do órgão;
- identificar objetos e instrumentos de fiscalização; e
- avaliar a viabilidade da realização de fiscalizações.

Com isso, a técnica de levantamento é utilizada principalmente quando existe pouca informação disponível do objeto a ser auditado no órgão ou entidade destinatária da auditoria.

Por fim, convém registrar que tais instrumentos não são taxativos e podem ser embrenhados entre si, ou seja, é possível que diante de um programa de fiscalização utilize-os de modo combinado e até mesmo concomitante para atingir um nível aceitável de segurança e completude de informações. Em face dessa abordagem geral acerca dos principais instrumentos de controle que o TCU dispõe para executar suas atividades, a seguir aprofundar-se-á no instrumento de controle central para este estudo: auditoria e suas espécies.

#### **2.6.1.1 Auditoria Governamental**

Consoante à Intosai, este tipo de auditoria constitui um ramo de atividade independente e objetiva que, por meio da aplicação de procedimentos específicos, tem a finalidade de emitir opinião sobre a adequação das contas governamentais, assim como apresentar comentários sobre o desempenho organizacional e o resultado dos programas de governo.

### 2.6.1.2 *Performance-Audit* - Auditoria Operacional ou de Desempenho

Em relação à auditoria operacional, *performance audit*, de acordo com entendimento consolidado pelo TCU, em 2011, consiste no exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública.

Em tempo, com o objetivo de esclarecer alguns conceitos e vocábulos que permitem alcances diversos, em 2004, a Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores – Intosai - elaborou e publicou as diretrizes para aplicação de normas de auditoria operacional, a fim de descrever as características e os princípios da auditoria operacional.

Nesse aspecto, repisa-se que o TCU é membro da Intosai e tem aderido o intercâmbio internacional de informações e cooperação no desenvolvimento e aprimoramento técnico-institucional e, dessa forma, vem seguindo os preceitos da Intosai sobre auditoria operacional.

A auditoria operacional realizada pelo TCU pode ser definida como auditoria de desempenho, **o que não significa ampliação de escopo**, mas tão-somente um vocábulo que define a finalidade desta. O amparo encontra-se em normas, inclusive internacionais, acolhidas pelo ordenamento brasileiro. Assim, não se questiona para este estudo a legitimidade de o TCU promover auditorias de desempenho, pois, conforme descrito, o respaldo advém tanto da Constituição como em normas aceitas pelo arcabouço jurídico legal.

Assim, segundo a ISSAI/3000<sup>32</sup> define:

*Performance auditing is an independent examination of the efficiency and effectiveness of government undertakings, programs or organizations, with due regard to economy, and the aim of leading to improvements.*<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Disponível em: < [www.issai.org/media/ISSAI3000](http://www.issai.org/media/ISSAI3000) >. Acesso em: ago 2011.

<sup>33</sup> Livre tradução: Auditoria de desempenho é um exame independente da eficiência e eficácia das empresas do governo, programas ou organizações, tendo em conta a economia, e com o objetivo de conduzir melhorias.

Em harmonia com o contexto desta pesquisa, algumas particularidades são pertinentes de serem exploradas sobre esta espécie de auditoria. As auditorias operacionais possuem características próprias que as distinguem das auditorias clássicas. A forma tradicional de fiscalizar consiste, entre outros, em um processo de verificação de livros, notas, empenhos e registros fiscais. Já a auditoria operacional visa algo a mais; possui abrangência mais sofisticada unindo o tradicional com o atual modo de auditar. Com efeito, convergem esforços e técnicas sob orientação voltada para a matriz dos resultados.

Nesse sentido, busca auxiliar a administração na gerência e nos resultados por meio de recomendações que visem aprimorar os procedimentos, melhorar os controles e a aumentar a responsabilidade gerencial.

Em consonância com a diversidade e complexidade das questões tratadas, as auditorias operacionais possuem maior flexibilidade na escolha de temas, objetos, métodos de trabalho e forma de comunicar suas conclusões. Além disso, essa modalidade de auditoria requer do auditor flexibilidade, habilidade técnica, experiência e capacidade analítica.

Pela sua natureza, de acordo com Paixão (2008), as auditorias operacionais são mais abertas a julgamentos e interpretações e seus relatórios, por consequência, são mais analíticos e argumentativos. No entanto, essas características não se confundem com o julgamento subjetivo, uma vez que os auditores atuam dentro de um escopo previamente estabelecido e nos limites dos ordenamentos legais. Em função de certas especificidades, algumas áreas necessitam de conhecimentos especializados e tipologias diferenciadas, como exemplo nos casos de avaliações de programa e nas auditorias de tecnologia de informação.

De acordo com Ferreira (2009), as auditorias operacionais podem ser vista, também, como uma forma de consultoria, sendo uma atividade de assessoramento ao gestor público, com vista a aprimorar as práticas administrativas; logo, desenvolvida de forma tempestiva no contexto do setor público, atuando sobre a gestão, programas governamentais, atividades e sistemas informatizados.

Dessa forma, está voltada para o exame da ação administrativa quanto às dimensões de economicidade, eficiência e eficácia e tem como foco principal os seguintes aspectos:<sup>34</sup>

- como os órgãos e entidades adquirem, protegem e utilizam seus recursos;
- as causas de práticas antieconômicas e ineficientes;
- o cumprimento das metas previstas; e
- a obediência aos dispositivos legais aplicáveis aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia da gestão.

Portanto, o foco da auditoria de desempenho operacional é o processo de gestão nos seus múltiplos aspectos, ou seja, de planejamento, de organização, de procedimentos operacionais e de acompanhamento gerencial, inclusive quanto aos seus resultados em termos de metas alcançadas.

Outra acepção interessante é a do Tribunal de Contas da União que define a Auditoria de Natureza Operacional como a avaliação sistemática dos programas, projetos, atividades e sistemas de gestão, e a divide em duas modalidades: a auditoria de desempenho operacional e a avaliação de programa.

Para o TCU, enquanto a auditoria de desempenho operacional verifica a eficiência operativa, o grau de cumprimento das metas comparando as previstas com as alcançadas, a avaliação de programa busca apurar em que medida as ações implementadas lograram efeitos pretendidos para administração.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Em conformidade com o Manual de Auditoria de Natureza Operacional do TCU, de 2010. Disponível em: <[www.porta2.tcu.gov.br](http://www.porta2.tcu.gov.br)>. Acesso em: 03 de ago. de 2011.

<sup>35</sup> Disponível em: <[www.porta2.tcu.gov.br](http://www.porta2.tcu.gov.br)>. Acesso em: 03 ago. de 2011.

### 2.6.1.3 Auditoria das Demonstrações Contábeis

A auditoria das demonstrações contábeis, como se pode inferir pelo próprio vocábulo, envolve a obtenção e avaliação de evidências para emissão de uma opinião sobre a adequação das demonstrações contábeis de uma entidade.

O Conselho Federal de Contabilidade – CFC, autarquia especial corporativa com personalidade de direito público, é responsável pela normatização geral a fim de guiar a execução desse tipo de auditoria. Nesses termos, cabe a este conselho federal a emissão das Normas Brasileiras de Contabilidade Técnica de Auditoria de Informação Contábil - NBCTA.

De acordo com a NBC TA 200,<sup>36</sup> o objetivo da auditoria é aumentar o grau de confiança nas demonstrações contábeis por parte dos usuários. Isso é alcançado mediante a expressão de uma opinião pelo auditor atestando se as demonstrações contábeis foram elaboradas, em todos os aspectos relevantes, em conformidade com uma estrutura de relatório financeiro aplicável.

Como forma de comparação, segue tabela com as características e diferenças entre a auditoria Operacional e a Contábil:

Tabela – 3 Diferenças entre a Auditoria Operacional e a Contábil.

Diferença em relação à (ao)	Auditoria Operacional	Auditoria Contábil
Escopo dos exames	Ampla ou abrangente	<u>Demonstrações contábeis</u>
Áreas examinadas	Todas as relevantes	Financeiras relevantes
Realização do planejamento	Concentrada no campo	Concentrada no escritório
Modificação dos programas	<u>Constantemente</u>	<u>Raramente</u>
Relatórios produzidos	Não há modelo padrão	Há modelo padronizado
Conteúdo do relatório	Comentários	Opinião
Periodicidade dos trabalhos	Definida com a Administração	<u>Anualmente</u>
Prazo de realização	Em regra, são <u>longos</u>	Normalmente são <u>curtos</u>
Áreas auditadas	Diversas	Financeira
Enfoques dos exames	<u>Passado, presente e futuro</u>	<u>Passado.</u>

Fonte: adaptado de Aragão, M. 2010, p. 27.

<sup>36</sup> De acordo com o Conselho Federal de Contabilidade a NBC TA 200 estabelece os objetivos gerais do Auditor Independente e a condução da auditoria em conformidade com Normas de Auditoria. Essa resolução foi aprovada em 2009 e vige nesta pesquisa. Disponível em: < www.cfc.org.br >. Acesso em: 03 de ago. 2011.



Em conformidade com a Tabela 3, observar-se que, ainda que possam trazer consigo algumas semelhanças, tais auditorias são distintas principalmente no enfoque e abrangência de seus trabalhos. Percebe-se que a operacional possui um leque mais amplo e orgânico de atuação, seja na área e conteúdos examinados ou no momento de atuação. Ademais, diante das contingências que essa auditoria transita, admite-se maior elasticidade em seus planejamentos, programas e atividades de auditoria. De outro modo, a contábil é reforçada por uma visão mais mecanicista e inelástica em seus procedimentos, porquanto, insere-se em um contexto mais previsível, padronizado e específico.

Notadamente há outras espécies de auditorias que são utilizadas pelos órgãos de controle, sejam internos ou externos. No entanto, em consonância com o enfoque desta pesquisa, que visa analisar a atuação do TCU nas agências de Estado sob o enfoque do desempenho - *performance audit*, nas próximas linhas, será feito apenas um *overview* das demais espécies de auditorias. Por mais que as auditorias descritas a seguir possuam alcances e objetivos específicos, é forçoso ressaltar que a ideia central dessa ferramenta de controle permanece inalterada, senão, flexibilizada a atender um determinado objetivo.

#### **2.6.1.4 Auditoria de Conformidade**

De forma concisa, a auditoria de conformidade avalia desde a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição à adequação dos processos, atividades e procedimentos em unidades auditadas com base na legislação e nos regulamentos aplicáveis.

Para tanto, circunda múltiplos aspectos e dimensões que congregam estreitas fronteiras nas áreas contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial. Revela, basicamente, diante de critérios e parâmetros legítimos, a comparabilidade de uma situação atual em harmonia do que dispõe as normas em vigor.

#### **2.6.1.5 Auditoria de Acompanhamento**

Já a auditoria de acompanhamento, essa objetiva atuar tempestivamente sobre os atos efetivos ou potenciais, positivos ou negativos, no sentido de evidenciar melhorias ou prevenir gargalos em processos e procedimentos. Ainda, avalia a conformidade legal e contábil dos atos praticados bem como a avaliação das soluções técnicas implantadas. Em resumo, busca fornecer informações e insumos para a melhoria das decisões gerenciais.

#### **2.6.1.6 Auditoria de Avaliação da Gestão**

Em relação à auditoria de avaliação da gestão, pode ser definida como uma espécie que ostenta certificar a respeito da regularidade das contas nos processos de prestação ou tomada de contas. Por consequência engloba diversos objetos como: a execução de contratos, acordos, convênios ou ajustes, a probidade na aplicação dos recursos públicos, guarda ou administração de valores ou bens do Estado, entre outros.

#### **2.6.1.7 Auditoria Especial**

Acerca da auditoria especial, tal espécie centra-se no exame de fatos ou situações consideradas relevantes, de natureza incomum ou extraordinária, podendo ser realizada por determinação expressa de certas autoridades da administração pública. Classificam-se também como auditoria especial os demais trabalhos não inseridos nas espécies anteriormente definidas.

### **2.6.2 Tipos de Auditoria previstos nas Normas da INTOSAI**

De acordo com a Intosai, a função elementar das EFS é assegurar e promover a *accountability* no setor público, além de apoiar e estimular boas práticas de gestão.

O cumprimento da obrigação de prestar contas no setor público será tão mais efetivo quando as EFS se revestirem de competência para executar auditorias de conformidade e de desempenho nas diversas organizações públicas.

Nesse sentido, segundo a Intosai, o escopo geral de atuação dos trabalhos de fiscalização reside em dois tipos de auditoria:

- I. Auditoria de Regularidade<sup>37</sup> (ou de conformidade ou de legalidade); e
- II. Auditoria de Desempenho (ou operacional ou de otimização de recursos ou de gestão).

Adiante, de modo a comparar os dois tipos de auditoria prescritos pela Intosai, segue tabela com os seus respectivos objetivos:

Tabela – 4 Tipos de auditoria previstos nas normas da **Intosai**.

<b>TIPOS DE AUDITORIA PREVISTOS NAS NORMAS DA INTOSAI</b>	
<b>Auditoria de Regularidade Objetivo</b>	<b>Auditoria de Desempenho Objetivo</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Certificar que as entidades responsáveis cumpriram sua obrigação de prestar contas;</li> <li>• Emitir parecer sobre as contas do governo;</li> <li>• Auditar os sistemas e as operações financeiras;</li> <li>• Auditar o controle interno e as funções da auditoria interna;</li> <li>• Auditar a probidade das decisões administrativas tomadas pela entidade auditada; e</li> <li>• Informar sobre quaisquer outros assuntos decorrentes ou relacionados à auditoria que sejam necessários revelar às EFS.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Determinar se a administração desempenhou suas atividades com economia, de acordo com princípios, práticas e políticas corretas;</li> <li>• Determinar se os recursos humanos, financeiros e de qualquer outra espécie são utilizados com eficiência incluindo procedimentos de mensuração e controle de desempenho; e</li> <li>• Mensurar eficácia do desempenho das entidades auditadas em relação ao alcance de seus objetivos em comparação com o efeito esperado.</li> </ul>

Fonte: própria com base na publicação: 50 anos da Intosai. Disponível em: < [www.intosai.org](http://www.intosai.org) >. Acesso em: 22 jul. 2011.

É importante realçar que os tipos de auditoria prescritos pela Intosai não são impermeáveis entre si, ou seja, pode ocorrer o uso concomitante de ambos, regularidade e desempenho. No entanto, para caracterizar uma auditoria é analisado, sobretudo, o objetivo principal desta.

<sup>37</sup> Para a Intosai, a auditoria de regularidade, *regularity audit*, compreende auditoria financeira, de controles internos e da legalidade de atos administrativos (ISSAI 100/39, 2001).

## 2.7 DECISÕES DO TCU: EFICÁCIA E NATUREZA JURÍDICA

Em consonância com a fundamentação desta dissertação, este tópico busca descrever a respeito das decisões do Tribunal de Contas da União, principalmente no que tange sobre eficácia e natureza jurídica desses julgamentos.

Conforme já mencionado, o TCU é órgão administrativo e, por conseguinte, a natureza jurídica de suas decisões também é administrativa. Assim, convém grifar que o TCU não tem competência para praticar atos típicos do Poder Judiciário como prisão de responsáveis, quebra de sigilo fiscal ou telefônico, busca e apreensão, entre outros (CHAVES, 2009).

Suas decisões das quais resultem imputação de débito ou cominação de multa as tornam em dívida líquida e certa e tem eficácia de título executivo. Nesse caso, o responsável é notificado para, no prazo de quinze dias, recolher o valor devido. Se o responsável, após ter sido notificado, não o fizer, é formalizado processo de cobrança executiva, o qual é encaminhado ao Ministério Público junto ao Tribunal para, por meio da Advocacia-Geral da União (AGU) ou das entidades jurisdicionadas ao TCU, promover a cobrança judicial da dívida ou o arresto de bens.

Nesse interim, o TCU sintetiza seus trabalhos de fiscalização, sobretudo os de auditorias e inspeções, em propostas de deliberação que consistem em conclusões decorrente de achados<sup>38</sup> com o foco nas causas que os originaram. Essas propostas devem ter correspondência com os achados e ser baseadas nas causas destes. (ISSAI 3000/5.2, 2004). Conforme o caso, as propostas podem assumir feições como:

- proposições de recomendações;
- determinações; e
- sanções.

---

<sup>38</sup> Achado é a discrepância entre a situação existente e o critério. Achados são situações verificadas pelo auditor durante o trabalho de campo que serão usadas para responder questões de auditoria. O achado contém os seguintes atributos: critério (o que deveria ser), condição (o que é), causa (razão do desvio com relação ao critério) e efeito (consequência da situação encontrada). Quando o critério é comparado com a situação existente, surge o achado de auditoria (ISSAI 3000/4.3, 2004).

Assim são medidas que a equipe de auditoria considera ser pertinente para sanar alguma deficiência identificada durante o trabalho realizado de auditoria.

As recomendações primordialmente sugerem o aperfeiçoamento necessário, mas não a forma de se alcançar, mesmo que em determinadas circunstâncias seja justificável uma recomendação específica.

Sobre determinações,<sup>39</sup> os auditores formulam, de forma prévia, propostas estabelecendo requisitos necessários a serem percorridos com base em normas específica do tribunal. Logo, o rol de requisito torna-se sublime, sendo indispensáveis, pois são apoiados especialmente na dimensão normativa.

Em relação ao acompanhamento, as deliberações proferidas pelo tribunal devem ser devidamente acompanhadas quanto ao seu cumprimento ou à sua implementação. No entanto, destaca-se que as determinações endereçadas aos jurisdicionados serão obrigatoriamente monitoradas. Já as recomendações serão monitoradas desde que a critério do tribunal, do relator ou da unidade técnica.

Com isso, devido o teor que se revestem as determinações, caráter vinculativo, tais devem ser obrigatoriamente monitoradas. Por outro lado, as recomendações, por ser uma espécie de aconselhamento, não são obrigatoriamente monitoradas; entretanto, não há óbice de serem. Assim, a critério do tribunal, do relator ou da unidade técnica, as recomendações também podem ser monitoradas.

Por fim, destaca-se que o auditado sempre deve ter oportunidade de examinar o relatório preliminar de auditoria antes que ele seja tornado público (ISSAI 3000/4.5, 2004). Essa atitude é uma técnica de promover ao auditado ciência dos fatos contidos no relatório sendo permitido, em casos, sua manifestação por escrito em prazo fixado pelo tribunal. Em prosseguimento, a seguir será descrito acerca das medidas que o TCU pode adotar como forma de coerção.

---

<sup>39</sup> *Recommendations, where provided, should be presented in a logical, knowledge based and rational fashion, and be based on competent and relevant audit findings (ISSAI 3000/4.5).* Disponível em: <[www.issai.org/media](http://www.issai.org/media)>. Acesso em: 15 de ago. 2011.

### 2.7.1 Medidas e Instrumentos de Coerção

Em relação a medidas e mecanismos de coerção, o TCU tem o poder-dever de agir nos ditames legais e dentro da sua esfera de competência no sentido de prevenir, resguardar e até mesmo restringir ações lesivas que vão de encontro com o interesse público.

Verifica-se que o TCU possui, entre outras funções, a prerrogativa de aplicar sanções, materializadas por aplicação de penalidades aos responsáveis em casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas. As sanções estão previstas na Lei nº 8.443, de 1992 - Lei Orgânica do TCU - e podem envolver desde aplicação de multa e obrigação de devolução do débito apurado até o afastamento provisório do cargo e inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública. Ressalta-se que tais penalidades aplicadas pelo Tribunal de Contas da União não excluem a aplicação de sanções penais e administrativas às autoridades competentes.

As auditorias são avaliadas em plenário, ou seja, de forma colegiada. Assim, quando se constata alguma irregularidade nesses instrumentos de controle o Tribunal tem a incumbência de decidir as medidas a serem aplicadas no caso concreto. Dentre tais medidas, de acordo com Brasil (2005b) podem resultar em:

- multas;
- condenações para ressarcimento do prejuízo aos cofres públicos;
- decretação, por prazo não superior a um ano, da indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração;
- inabilitação, por período de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal; e
- declaração de inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Além disso, quando o TCU constata dano ao erário que decorra de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, bem como desfalque ou desvio de dinheiro, sejam bens ou valores públicos, deverá remeter cópia da documentação ao Ministério Público da União para ajuizamento das ações cíveis e penais cabíveis, conforme prevê o art. 16, § 3º da Lei nº 8.443, de 1992.

Destaca-se que as instâncias são, em regra, independentes entre si o que permite que um administrador seja condenado tanto na esfera administrativa, civil, como também na penal. Em relação à esfera penal, cabe ressaltar que, em determinados casos, esta pode interferir nas demais.

Em síntese, este tópico buscou explorar características gerais acerca do controle na administração pública com ênfase sobre o controle externo brasileiro exercido pelo TCU. Verificou-se a relação do TCU com organismos internacionais de fiscalizações, bem como os fundamentos normativos, inclusive internacionais, que a Entidade Fiscalizadora Suprema brasileira tem adotado.

Logo após, adentrou-se na parte operacional da fiscalização abordando instrumentos de controle e suas diversas dimensões com destaque em auditorias e inspeções. Analisaram-se as peculiaridades da natureza jurídica das decisões do TCU no sentido de conhecer não só como essas decisões são materializadas, mas também os meios que este tribunal dispõe no sentido de coibir ações ou condutas reprovada por esta Corte de Contas. Diante disso, a seguir será descrito sobre o controle no ambiente das Agências Reguladoras de Estado.

## 2.8. O CONTROLE NAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE ESTADO

“O conhecimento é a navegação em um oceano de incertezas, entre arquipélagos de certezas”. (MORIN, 2007, p. 86).

Abre-se este tópico com essa breve nota apenas para reforçar que, dentre várias incertezas que a Administração Pública brasileira perpassa, é possível dar ciência da inquestionável importância do controle para a própria sustentabilidade do governo.

Assim, o controle externo por parte de outros órgãos do Estado bem como mecanismos e ferramentas que contribuem para assegurar maior transparência, imparcialidade, responsabilidade e modelagem do arranjo regulatório, tornam-se premente. Em coerência com o assunto, buscar-se-á, a seguir, explorar os diversos meios e mecanismos que contribuem nas atividades de controle no âmbito das agências reguladoras de Estado.

### 2.8.1 Limites e (im)possibilidades de Controle no Arranjo Regulatório

A regulação nasce por causa das falhas na clareza das regras emitidas pelo Poder Legislativo; da ambiguidade das normas de conduta necessária para governar a vida econômica e social (PECI, 2007).

No sentido de contribuir na formação de conotações figurativas quanto a limites e (im)possibilidades sobre o tema desta pesquisa, esse tópico buscará, por intermédio de analogias e metáforas,<sup>40</sup> permear simetrias e assimetrias entre informações e conceitos relacionados ao assunto na tentativa de aqular representações cognitivas. Dito isso, antes, porém, será descrito acerca dos principais meios de controle sobre o arranjo regulatório, para, na sequência, fundamentar a construção conotativa denominada de: **Remédios de Controle**.

Adianta-se que, ainda que possam parecer distantes, mediações e administração pública, sobretudo no quesito controle, antecipa-se que há diversas interfaces em comum. Dessa forma, a seguir serão elencados os principais mecanismos de controle no ambiente regulatório, com exceção da atuação do Judiciário e do TCU, pois estes serão tratados em tópicos próprios.

---

<sup>40</sup> De acordo com Vergara (2006), analogias e metáforas são recursos metodológicos utilizados para o tratamento de dados coletados bem como para formação de arranjos cognitivos.



### a) Marcos Regulatórios

As agências estão submetidas a marcos regulatórios; mas afinal, o que seriam estes? Em resposta, conquanto genérica, tais marcos podem ser definidos como um conjunto de normas, leis e diretrizes que destinam regular o funcionamento de setores ou mercados.

A ideia do marco regulatório é estabelecer critérios rígidos para garantir a continuidade, qualidade e confiabilidade dos serviços prestados à população. Dentre os instrumentos normativos, destacam-se desde a própria Constituição Federal até legislações e outros instrumentos infra-legais mais específicos. No contexto das agências, não obstante de serem espécies de autarquia de regime especial, devem agir pautadas em normas legais, em sentido amplo. Assim, ainda que permita alguma discricionariedade, tais entidades devem atuar sobre os limites impostos pelo ordenamento legal.

Antes de saltar para o próximo mecanismo de controle, no parágrafo precedente foi descrito que as agências podem agir com discricionariedade. É oportuno grifar que a discricionariedade administrativa é, de acordo com Di Pietro (2002), a atuação dos agentes públicos<sup>41</sup> dentro de limites normativos demarcados. Com efeito, reforça que o vocábulo aduzido por discricionariedade não é sinônimo de arbitrariedade, nem tampouco se confundem. Agir num marco de discricionariedade é atuar nos limites normativos em consonância com os princípios fundamentais – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência,<sup>42</sup> sobre a égide ímpar do interesse público. Feito tais considerações, adiante, outra forma de controle.

---

<sup>41</sup> Agentes Públicos são todas as pessoas naturais que exercem algum tipo de função pública, seja de forma continuada ou transitória, remunerada ou não. Logo abrange todo aquele que exerce ou desempenhe uma função pública (MEIRELLES, 2005).

<sup>42</sup> Princípios fundamentais constitucionais encontram-se elencados no *caput* do artigo 37 da Constituição brasileira: “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” (DO BRASIL, 1988).

## **b) Indicação de Dirigentes**

Os diretores das agências são indicados pelo presidente da República e devem ser submetidos à aprovação pelo Senado Federal. Esse procedimento representa uma espécie de *accountability ex ante*, ou seja, é uma forma de controle preventivo ou anterior que remete a um componente democrático na designação da direção das agências. Logo, são dois órgãos distintos pertencentes a Poderes diversos que convalidam um único ato, ou seja, a aprovação dos dirigentes das agências.

## **c) Quarentena**

Além da indicação dos dirigentes é conveniente descrever outro mecanismo chave para assegurar, ou menos, neutralizar a influência pessoal, profissional e política sobre um determinado setor ou mercado: conhecido como quarentena.<sup>43</sup>

A Quarentena consiste em uma estratégia utilizada pelo ordenamento pátrio como forma de vedar que agentes públicos com funções de poder e influência sobre pessoas ou segmento exerçam, por período previamente estabelecido, suas funções nesses ambientes. Como exemplo, a própria Constituição em seu art. 95, V, dispõe que é defeso aos juízes exercer a advocacia no tribunal ou juízo o qual se afastou e estabelece um prazo de três anos após serem desvinculados do cargo para que possam voltar a advogar no tribunal cuja suas atividades eram exercidas (BRASIL, 1988).

Em relação às agências reguladoras de Estado, o instrumento segue a mesma sistemática, ou seja, de coibir que ex-dirigentes exerçam função em setores ou empresas que possam ferir a impessoalidade e a isonomia do segmento. Visto no tópico referente aos aspectos conceituais das agências reguladoras de Estado, observou-se que essas entidades seguem uma fôrma estrutural de direção colegiada.

Como exemplo, a Aneel estabelece, desde a sua criação, que os seus ex-dirigentes continuarão vinculados à autarquia nos doze meses após deixarem o cargo. Nesse

---

<sup>43</sup> Cabe reforçar que o termo quarentena também é utilizado em outras situações e contextos, inclusive em outras áreas de conhecimento.

período, eles ficarão impedidos de prestar, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias, sob pena de incorrer em advocacia administrativa.<sup>44</sup> Além disso, durante o prazo da vinculação estabelecida, mesmo sendo ex-diretores continuarão prestando serviço à Aneel ou a qualquer outro órgão da administração pública direta da União, desde que em área atinente à sua qualificação profissional, mediante remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu.<sup>45</sup>

Assim, pode-se resumir a finalidade dessa ferramenta no arranjo regulatório como meio de combater a interferência de ex-diretores em setores ou mercados os quais exerciam suas funções, no sentido de impedir o repasse de informações privilegiadas.

#### **d) Decisões Colegiadas**

Outra forma de controle se dá por meio de como as decisões são geradas. As decisões da agência reguladoras são tomadas de forma colegiada após deliberação. Esse método dificulta a ocultação de informações privilegiadas ou a prevalência de um ou outro diretor eventualmente eivado, ou melhor, capturado por interesses privados. Portanto, o processo de deliberação assenta-se em regras e exige, entre outros requisitos, quorum mínimo para que uma decisão seja válida e possa produzir seus efeitos. Além disso, as decisões emanadas pelo colegiado das agências de Estado devem ser motivadas e abertas ao público, o que enseja mais uma forma de controle sobre os atos de gestão das agências.

#### **e) Consultas Públicas**

Ainda sobre diversos meios de controle, elenca-se a consulta pública. Esse mecanismo, em síntese, consiste em remeter um determinado assunto, com amparo em determinações legais, ao crivo dos cidadãos.

---

<sup>44</sup> Advocacia administrativa é um tipo de crime praticado por funcionário público contra a Administração em Geral. Está disciplinado no Código Penal Art. 321 – “patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário”. A Pena pode chegar a detenção de três meses a um ano além de multa (Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 – Código Penal).

<sup>45</sup> Disponível em: < [www.aneel.gov.br](http://www.aneel.gov.br) >. Acesso em: 03 de ago. de 2011.

Em regra, as consultas públicas são utilizadas, no mais das vezes, em programas ou projetos de grande vulto ou que possam resultar em profundas modificações sobre o arranjo regulatório. Isso se dá pelo fato de ser um procedimento que abrange diversos recursos para ser operado e, por conseguinte, maiores custos para Administração. Nota-se que leis sobre a criação e regulação das agências bem como a própria lei de licitações (Lei Federal n.º 8.666, de 1993) têm estabelecido padrões e critérios para o uso adequado das consultas públicas.

Assim, a função primária da consulta pública é a troca de informações entre a administração e os cidadãos. Dessa forma, apresenta natureza consultiva. Entretanto, as opiniões fornecidas pelos cidadãos não vinculam a decisão da autoridade. Assim, embora um avanço na democracia, não possui obrigatoriedade de serem acolhidas pela administração.

Além disso, é imprescindível que haja uma abertura aos legitimados do poder, ou seja, o povo, na participação em discussões sobre implicações no cenário social, em especial sobre os serviços públicos ofertados, embora admite-se, ainda, a presença de *free riders*<sup>46</sup> no cenário brasileiro. Nesse contexto, o envolvimento da sociedade não deve ser apenas franqueado, mas, incentivado. Assim, não basta apenas existir mecanismo que facultem a participação da sociedade. É necessário incentivar, informar e divulgar esses mecanismos no sentido de propiciar uma participação, de fato, efetiva.

#### **f) Escopo de Atuação**

As agências reguladoras de Estado são entidades criadas com finalidades de regular um determinado segmento específico. Para tanto, são organizações amplamente especializadas com atribuições técnicas e competências privativas. Diante dessas características e por atuarem em setores específicos torna-se mais fácil a identificação da responsabilização dos atos, sejam omissivos ou comissivos, dos servidores dessas agências, pois evidencia com maior clareza a relação de causalidade entre os gestores, agentes, ação e resultados de um determinado segmento específico.

---

<sup>46</sup> *Free rider* – nesse trecho com o significado de efeito carona; termo utilizado para denotar que quando uma pessoa conta com a possibilidade de se beneficiar da ação coletiva de outras pessoas ou grupos sem, contudo, sofrer ou concorrer para os custos da participação, tem um grande incentivo a permanecer inerte.

O simples fato de criar uma entidade para atuar em segmento específico contribui para o controle social. Dessa forma, a criação das agências também aumenta a visibilidade das decisões e o controle social, visto que, sendo entidades de competência especializada e técnica, suas decisões passam a ser mais perceptíveis e, portanto, evidenciadas à sociedade.

Assim, no escopo de atuação das agências, é possível identificar o responsável por uma determinada função em um programa, projeto ou mesmo em atividades rotineiras. No próprio Contrato de Gestão, que será o próximo item a ser tratado, são previstas metas de desempenho, que são repartidas e fragmentadas com as flexibilizações necessárias, a fim de ser possível observar o desempenho tanto geral dessas agências quanto isoladamente de um setor ou departamento. Logo a visibilidade entre competência e responsabilidade é mais nítida, o que favorece implicações tanto implícitas como explícitas de assegurar o controle seja preventivo, concomitante ou corretivo.

Nesse ponto, é possível fazer uma **analogia** com o estilo **panóptico**<sup>47</sup> idealizado por Jeremy Bentham. Esse modelo prescreve que alguém quando está submetida a um campo maior de visibilidade, e sabe disso, retoma por sua conta ao comportamento dito como moralmente probo, correto ou aceito em um determinado ambiente. Assim, a própria estrutura com atribuições e competências visíveis, ainda que por “placebos”, contribui para modelar comportamentos, aprimorar o controle e identificar a responsabilidade dos agentes públicos.

Aproveitando o enfoque sobre responsabilização, desempenho e mecanismos de controle, porvir será descrito a respeito de um importante instrumento, tanto material como também formal, de controle denominado de: Contrato de Gestão.

---

<sup>47</sup> Panóptico foi idealizado por Jeremy Bentham (1748-1832). Constitui um modelo que busca disciplinar indivíduos dentro de um ambiente com intuito de modelar e moralizar comportamentos bem como aumentar o controle e reduzir incertezas da ação humana. Originalmente foi concebido para instituições prisionais. Produzia nos detentos a sensação de serem permanentemente vigiados mesmo quando de fato não eram. Na época, em 1800, era instrumentalizado por uma torre central de observação com vigilantes. A torre possuía posição estratégica, pois permitia uma visão geral do ambiente sem que os detentos pudessem enxergar se estavam sendo ou não observados (CARVALHO, 2007).

### **g) Contratos de Gestão no Âmbito das Agências Reguladoras**

Sobre contrato de gestão, em uma primeira aproximação é relevante conhecer o seu conceito bem como propósitos que motivaram sua criação no âmbito da Administração brasileira. Além disso, é possível observar alcances e utilizações distintas do mesmo conjunto léxico, contrato de gestão,<sup>48</sup> em conjunturas diversas. Em razão do contexto desta dissertação será descrito apenas acerca do Contrato de Gestão realizado entre os integrantes da estrutura da Administração Pública - órgãos e entidades.

Para fins deste estudo, entende-se por contrato de gestão sendo um acordo firmado entre administradores e o poder público a fim de melhorar o desempenho da Administração Pública sendo, para tanto, fixadas metas de desempenho para o órgão ou a entidade que o aderir. Em contrapartida o poder público confere a tais órgãos ou entidades à ampliação de autonomia gerencial, orçamentária e financeira por intermédio de um documento que materializa esse acordo designado de Contrato Gestão.

Tal dispositivo gerencial foi inserido na Administração, sobretudo, com o advento da Emenda Constitucional de nº 19. Assim no artigo 37, § 8º, da Constituição do Brasil, o qual disciplina preceitos gerais a respeito da Administração Pública, foi acrescido com disposições sobre esse instrumento. Assim, em *ipsis litteris*:

a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgão e entidades da administração direta ou indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade (BRASIL, 1998).

Dessa forma, verifica-se que o objetivo desse dispositivo constitucional é permitir que órgãos e entidades da Administração, Direta ou Indireta, pactuem contrato com o poder público no sentido de se comprometerem a melhorar seu desempenho, ou seja, convergir autonomia a quem se propõe retribuir resultados. Em contrapartida, o Governo concede a tais órgãos ou entidades maior autonomia seja administrativa, financeira ou gerencial.

---

<sup>48</sup> Denomina-se, também, de contrato de gestão o acordo que o poder público realiza com pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos e que recebem recursos públicos para desempenhar determinados serviços sociais. Assim, não fazem parte da estrutura da Administração Pública brasileira tampouco integram à Administração Indireta. Como exemplo, cita-se as Organizações Sociais. Nessa acepção, o contrato de gestão é diferente do realizado entre os integrantes da Administração, vez que nesse caso tem o caráter de controlar tais organizações sociais, ou seja, de limitar a autonomia aos fins sociais.

Nesse sentido, tem o propósito de contribuir no alcance de diretrizes, objetivos e metas públicas mediante o desenvolvimento de um programa de melhoria da gestão com vista a atingir maior desempenho e qualidade em serviços prestados aos cidadãos.

De acordo com Bagatin (*in* Peci, 2007), a lógica que sustenta a proposta de ampliação da autonomia gerencial das agências reguladoras é a de que, para se responsabilizar pelos resultados demandados e acordados em um Contrato de Gestão e pelo uso dos recursos públicos colocados a sua disposição, financeiros e não financeiros, as instituições precisam ter um maior poder de decisão sobre os meios de atingi-los. Além disso, por vezes, pessoas e, por consequência, organizações tornam-se mais comprometidas à medida que podem participar nos processo de escolha e decisão.

Pelas características de contratos, que em regra são escritos, comutativos e formais, é possível observar o envolvimento de partes com direitos e obrigações próprias. Nesses termos, no contrato ora em comento, há o Poder Público como parte contratante e, por outro lado, as organizações que pactuam com ele denominadas de contratadas.

Diante da dicotomia dos termos contratante e contratada é possível que tais vocábulos ensejem a um significado que se coaduna em uma relação de lados opostos. No entanto, é importante destacar que no caso do Contrato de Gestão realizado pelas agências reguladoras de Estado, ou seja, firmado entre entes integrantes do próprio aparelho administrativo do Estado, as partes se convergem para um fim específico. Apesar de existirem partes diferentes, o contrato de gestão se reveste mais como um acordo de cooperação do que um contrato bilateral.

Sobre a posição do contrato de gestão para poder público, consiste em um mecanismo de implementação, supervisão e avaliação de políticas públicas de forma descentralizada e com vista à racionalização da Administração pública. Já para as organizações contratadas, o contrato de gestão insere-se como um mecanismo de gestão estratégica, uma vez que busca direcionar ações organizacionais com a intenção de otimizar recursos, desempenho e, por conseguinte, benefícios para a sociedade.

Para tanto, aplicam-se avaliações no sentido de aferir em que medida compromissos pactuados tem se materializado. Avaliação é entendida como a comparação, com base em indicadores de desempenho previamente definidos, entre os resultados alcançados e o desempenho que se pretendia obter servindo de insumo para analisar as possíveis causas e os efeitos dos desvios entre o acordado e o realizado. Com isso, os resultados dessas avaliações devem servir para que os gestores recomendem mudanças e ações corretivas sob a ótica de um processo de melhoria contínua. Com efeito, a avaliação deve ser vista como uma atividade meio, de assessoria e não uma finalidade ou função meramente administrativa.

Dessa maneira, por meio de avaliações é possível aprofundar em análises com intuito de evidenciar quais ações contribuíram demasiadamente com resultados positivos e quais, para resultados negativos - incidentes críticos. Ademais, os resultados devem ser continuamente avaliados pelo Poder Público de modo que algum controle seja exercido no sentido de permitir possíveis redirecionamentos durante o curso das ações, e não, somente, registros ou diagnósticos a *posteriori*. Logo, deve-se buscar uma análise tanto anterior, concomitante como *ex post*.

Além disso, os dados decorrentes de avaliação de desempenho devem ser usados para identificar, entre outras:

- se as demandas dos cidadãos, usuários e dos formuladores de política estão sendo atendidas, bem como em qual medida;
- as áreas onde a instituição está alcançando sucesso e onde precisa melhorar;
- as necessidades de revisão de normas, processos produtivos e de metas; e
- os impedimentos legais e normativos para um bom desempenho, de forma que se possa sinalizar a necessidade de efetuar mudanças.

Os relatórios acerca dos resultados das metas estipuladas em contrato de gestão, além de prestar contas sobre a atuação da instituição, precisam conter informações que sejam úteis para a tomada de decisões com a finalidade de concorrer no aprimoramento do desempenho institucional.



Em caso de não cumprimento das metas, essa explicação é fundamental para que uma agência reguladora de Estado, seu respectivo ministério, o Congresso Nacional e outras instituições públicas possam ter ciência disso, e sendo o caso, tomar providências. Dentre as diligências, podem alcançar desde ações cautelares, corretivas ou saneadoras até penalidades e decretação de inidoneidade. Portanto, o contrato de gestão pode ser visto, também, como um mecanismo de controle social.<sup>49</sup>

Em conformidade com a natureza dos contratos de gestão, devem constar em seus relatórios de gestão informações e justificativas sobre eventuais mudanças de objetivos, metas e outras contingências relevantes que tenham ocorrido durante o período abrangido pelo contrato de gestão. Nesse sentido em relação ao cumprimento das metas o ministério, a qual se mostra vinculada, tem a possibilidade de interferir na situação, seja via conselho de administração ou direção bem como por meio de uma renegociação do contrato de gestão.

No caso de superação de metas, as informações poderão servir de exemplos a serem seguidos para que se alcancem resultados semelhantes; logo, uma forma de reproduzir um parâmetro para o modelo e, com isso, promover uma espécie de *benchmarking*, ou seja, de melhores práticas para tais procedimentos.

Diante da exposição dos principais mecanismos de controle, no próximo tópico segue fundamentação, por meio de analogias e metáforas, acerca da construção terminológica: Remédios de Controle.

---

<sup>49</sup> Por controle social, entende-se o conjunto de meios de intervenção, quer positivos ou negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema (BOBBIO, 1994).

## 2.8.2 REMÉDIOS DE CONTROLE – FUNDAMENTAÇÃO

Em face do arcabouço de mecanismos descritos foi possível verificar diversos meios de controle que a Administração Pública pode ser cerceada. Para tanto, no intuito de fundamentar a presente construção terminológica, utilizar-se-á para esta dissertação o termo **Remédios de Controle** para se referir aos instrumentos de controle descrito no tópico precedente.

Em razão disso, à frente uma breve contextualização no sentido de embasar essa construção:

- ⇒ remédios emergiram para atender a etiologia medicinal, ciência que trata de patologias em geral. Em regra são oriundos de pesquisas científicas, mas admite-se a origem experimental empírica. São utilizados para **evitar ou aliviar** alguma enfermidade emergente e podem assumir diversas formas, apresentações e modos de serem utilizados. Em princípio requer orientação e acompanhamento de um profissional, no entanto, verifica-se que nem sempre isso ocorre;
- ⇒ costumam vir acompanhados de uma bula que informa, entre outras, a indicação, possíveis interações, reações, bem como dosimetrias para cada estrato de casos, ou seja, posologia dentro de um limite tolerável e efetivo; e
- ⇒ no cenário brasileiro a comercialização e a difusão é cada vez maior, porém a produção e a pesquisa nacional ainda é incipiente e, com isso, ainda sobressai o estrangeirismo.<sup>50</sup>

Diante dessas características, apontam-se alguns pontos convergentes e a justificativa da construção figurativa de **Remédios de Controle**.

- foram criados no sentido de combater ou prevenir alguma enfermidade;
- em regra, apenas remediam, neutraliza um efeito provocado, embora se admita a evolução da concepção moderna preventiva;

---

<sup>50</sup> Crítica à percepção de que tudo que vem de fora é, de fato, melhor. A mercantilização de panacéias estrangeiras.

- em casos crônicos e de comorbidade, prescreve o uso contínuo bem como a associação com outras fórmulas no sentido de evitar reincidências;
- não são infalíveis e, tampouco, ausentes de efeitos colaterais;
- sua eficácia depende de vários fatores em destaque: a indicação correta, adequação posológica, fácil acesso, aderência e conscientização ao tratamento, mesmo que não soe em bom tom o termo tratar;
- a validade e a tolerabilidade devem ser constantemente aferidas;
- as orientações, alusão de bulas em leis, além de não seguirem uma orientação aos destinatários, são imprecisas, complexas e abertas a diversos significados e entendimentos. Assim, pode resultar em uso inadequado com implicações e efeitos no organismo, ora vivo;
- é possível ocorrer automedicação bem como a criação “caseira” desses mecanismos, inflação ou proliferação; e
- recomenda-se a avaliação, caso a caso, verificando se o benefício esperado é maior que os custos e efeitos adversos provocados.

Assim, buscou por intermédio de analogias e metáforas incitar o “quadro clínico” e o exame crítico das leis, defendidas, por vezes, como divinas, bem como os limites e as fronteiras que estas alcançam.

Tais medicações, ou seja, os diversos meios de controle que foram realçados, descrevem algumas fórmulas distantes de serem absolutas, mas que, ao serem convergidas com outras atividades, inclusive práticas, podem contribuir em melhoria para o organismo vivo da Administração, sobretudo no sentido de reduzir suas “crises” oriunda da própria (de)formação da genética político-brasileira.

Desta feita, em prosseguimento será explorado a respeito de mais uma **instância** de controle sobre as agências reguladoras: o controle realizado pelo Poder Judiciário.

### 2.8.3 O Controle do Judiciário no Ambiente Regulatório

Quanto ao controle realizado pelo Judiciário no âmbito da Administração Pública pretende-se, inicialmente, promover uma descrição sucinta sobre essa instância de controle. Assim, devido o delineamento desta dissertação, far-se-á uma explanação introdutória, porém suficiente para o objetivo deste estudo. Dito isso, será abordado a respeito dos **sistemas** de controle do Poder Público bem como conteúdo e alcance de tais sistemas e, na sequência, o controle do Judiciário no âmbito das agências reguladoras de Estado.

Dessa forma, em relação aos sistemas de controle de legalidade exercido pelo Poder público, destacam-se duas espécies: o sistema do contencioso administrativo e o sistema de jurisdição única.

O primeiro, em resumo, conhecido também como sistema francês, pode ser entendido como aquele em que há duas jurisdições distintas em função do objeto ou matéria tratada. Com efeito, toda questão que envolve matéria relativa à administração pública é definitivamente tratada por esta, por meio de tribunais administrativos que não se confundem com o Poder Judiciário. Já o restante das questões que não se referem à administração são, portanto, tratadas pelo Judiciário (BANDEIRA DE MELLO, 2003).

Por conseguinte, registra-se que nesse sistema, dito contencioso, as decisões administrativas são irreformáveis, ou seja, as decisões transitam em julgado na esfera administrativa, não cabendo a apreciação por outro órgão nem mesmo pelo Judiciário. Esse sistema de contencioso administrativo **não** é acolhido no Brasil.

De outra forma, o segundo, conhecido também como sistema inglês ou de jurisdição *una*, prescreve que somente o Poder Judiciário decide de maneira definitiva as questões, inclusive administrativas. Assim, mesmo após uma decisão administrativa emanada por órgão competente, nada impede que esta seja conduzida ao judiciário para apreciação com o fulcro na legalidade. Nesse ponto, é importantíssimo voltar à atenção para o objeto ou matéria que é tratada, pois, a depender dessa, o Judiciário pode ou não se imiscuir em matéria administrativa.

Antecipa-se que em regra o Judiciário não pode invadir a seara discricionária de uma decisão, ou seja, nos motivos e objetos envolvidos. Mas, mesmo sendo uma decisão discricionária, esta não se encontra livre da apreciação pelo Judiciário no que diz respeito aos aspectos relativos à legalidade.

Nesse sentido, no sistema de jurisdição única, o qual é adotado no Brasil, o Judiciário é o Poder que decide de forma definitiva. Porém, cumpre enfatizar que no âmbito da administração pública o judiciário aprecia a legalidade e não o mérito administrativo. De acordo com Knoplock (2009, p. 328), sustenta que:

mérito administrativo é a capacidade da Administração de julgar o motivo ou escolher o objeto dos atos discricionários conforme a sua conveniência e oportunidade.

Ademais, sobre o controle do Judiciário no âmbito das agências é imperioso verificar o artigo da Constituição Federal que disciplina o assunto. De acordo com o art. 5º, XXXV da carta magna, dispõe que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Esse inciso é denominado, de acordo com doutrinadores jurídicos brasileiros – BANDEIRA DE MELLO, DI PIETRO, SÉRGIO GUERRA, de Princípio da Inafastabilidade do Controle Judicial. Remete ao entendimento que ninguém pode ser privado, nem mesmo por lei, de levar ao Judiciário qualquer matéria na qual acredita que esteja sendo lesado. Assim, até mesmo uma decisão final administrativa poderá ser recorrida a este Poder desde que a matéria seja relacionada a aspectos de legalidade. Portanto, o Judiciário pode apreciar matérias diversas dentro de uma perspectiva sobre a legalidade, todavia é defeso adentrar no campo relacionado ao mérito administrativo.

Assim, não se questiona nesta dissertação a importância que o Judiciário tem como legitimado para atuar como árbitro no ambiente das agências reguladoras. Todavia, cumpre ressaltar alguns riscos e limites que essa atuação pode desencadear, em especial no atual arranjo regulatório.

Longe de prescrever ou sustentar uma fôrma ideal para essa atuação, é prudente grifar que o Poder Judiciário pode trazer efeitos benéficos ao ambiente regulatório, principalmente no que tange à percepção dos agentes acerca do cumprimento de contratos nos setores regulados. Entretanto, decisões políticas por parte de juízes podem enfraquecer a credibilidade dos atos e contratos regulatórios.

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros indicados pelo Presidente da República - designação política - com exigência de tais indicações serem submetidas à aprovação pelo Senado Federal. Além disso, a Constituição exige como critério que estes ministros tenham entre 35 e 65 anos de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada. Destaca-se que não exige formação superior na área de Direito. Por conseguinte, notável saber jurídico não é privativo a titulação de bacharel em Direito; Sobre reputação ilibada, por vezes possa haver alguma margem de conceitos indeterminados possibilitando discricção, ao menos, quanto à semântica ora empregada.

Em prosseguimento, de acordo com a palestra do Dr. Sérgio Guerra:<sup>51</sup> “Agências Reguladoras e o Controle Judicial dos seus atos”, promovida em 13 de abril de 2011 na Fundação Getulio Vargas, em Brasília-DF, o autor comentou sobre os riscos da interferência do judiciário em questões técnicas das entidades reguladoras. Alertou que, uma decisão singular de um magistrado pode fragilizar e comprometer o arranjo por inteiro. Além disso, enfatizou que:

se o julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais – despidos das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio-, esse magistrado, na maioria das vezes, poderá, por uma só penada, afetar toda a harmonia e equilíbrio de um subsistema regulado (informação verbal).<sup>52</sup>

Em resumo, Sergio Guerra afirma que, no mais das vezes, os atos normativos e decisões expedidas pelas agências reguladoras têm sido acolhidos pelo Poder Judiciário. Fundamenta sua argumentação com base na pesquisa divulgada em 11 de abril de 2011 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “a revisão judicial das decisões administrativas de regulação e no plano da concorrência.”

---

<sup>51</sup> Doutor e Mestre em Direito. Diretor Executivo da Revista de Direito Administrativo – RDA. Coordenador Geral do Curso International Business Law (FGV-RJ/UCI).

<sup>52</sup> Informações colhidas na palestra promovida em 13 de abr. de 2011, na Fundação Getulio Vargas – Brasília-DF sobre: “Agências Reguladoras e o Controle Judicial dos seus atos.”

Nesta pesquisa realizada pelo CNJ, é possível observar, entre outras, as seguintes informações:

- 83 mil processos que tramitam ou já tramitaram na Justiça envolvendo as agências reguladoras, desde a década de 90; e
- 38,6 mil se referem a decisões administrativas:
  - 16,9 mil envolvem a Comissão de Valores Mobiliários (CVM);
  - 8,1 mil são da Anatel;
  - 334 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade);
  - 6,9 mil da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); e
  - 1,1 mil da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), além de outras.

**Resultados:** cerca de 60% confirmaram a decisão regulatória; 18,8% desistiram da ação e apenas 3,3% das decisões administrativas foram reformadas parcialmente. Assim, pode-se observar que das decisões administrativas que foram avaliadas pelo Judiciário, apenas 3,3% foram acolhidas, mesmo assim parcialmente. Portanto, nota-se certa inclinação do Judiciário de não interferir em seara que envolve matéria de natureza especializada, sobretudo no aspecto discricionário técnico emanado pelas agências, o que enseja, em curso, na afirmação de uma identidade e autonomia técnica-administrativa dessas entidades reguladoras, ao menos pelo Poder Judiciário.

Portanto, pode-se afirmar que a relação das agências frente aos Poderes, harmônicos e independentes entre si, é uma forma de assegurar a difusão de poder e de possibilitar equilíbrios e formas de conter atuações singulares que excedam os limites justos face ao interesse público. Por vir, em razão da importância do assunto para esta pesquisa, reserva-se um tópico para discorrer, exclusivamente, sobre o controle externo realizado pelo TCU no âmbito das agências reguladoras de Estado.

## 2.9 O CONTROLE EXTERNO DO TCU NAS AGÊNCIAS DE ESTADO

“[...] a constante busca do ponto de equilíbrio entre, de um lado, a necessidade de regulação flexível para atuar em arranjos instáveis e autônomos e, de outro, a conservação de um mínimo de previsão e coerção, sem as quais perderia o caráter jurídico” (ARAGÃO, *in* Peci, 2007, p. 56).

Em relação à atuação do TCU no arranjo das agências de infraestrutura é interessante, contudo, elucidar algumas dimensões que o vocábulo controle pode alcançar. Nesse sentido, controle pode ser associado a algo negativo, restritivo e até mesmo coercitivo. Distante de defender o que seja correto ou impróprio para este vocábulo, a fisionomia que será utilizada neste tópico estará esculpida como parte de um processo administrativo.

Assim, o controle nesse tópico será tratado como uma função administrativa que busca, entre outras, acompanhar, monitorar, recomendar e avaliar atividades e resultados com o objetivo de contribuir e cooperar com as diretrizes, metas e prioridades do Estado. No entanto, apesar da demarcação central do controle para esta dissertação, como função de aprimoramento administrativo, admite-se que este não está imune de apresentar feições de restrição, coerção e punibilidade, porém, entende-se que não são estas suas finalidade, mas mecanismos para alcançar determinado objetivo.

Feito isso, neste tópico, de suma importância para fundamentar o desenlace deste estudo, será descrito a respeito de como tem sido a atuação do TCU nas agências reguladoras de Estado. Além disso, dar-se-á ênfase no aspecto relacionado ao desempenho, *performance*.



### 2.9.1 O Papel do TCU na Fiscalização da Regulação

No que tange à atuação do TCU no arranjo regulatório, é possível observar momentos diversos de atuação. De início, com o processo da reforma regulatória, meados da década de 90, este órgão atuou de forma simultânea no acompanhamento e fiscalização desses processos de privatização, por meio de normativos e pareceres.

Em seguida, com a criação das agências reguladoras e a implementação dos processos de delegação de serviços públicos, criou-se, em 1998, uma unidade técnica, atualmente denominada de Sefid,<sup>53</sup> direcionada para a fiscalização dos processos de desestatização.

Hodiernamente o controle do TCU, sobretudo nos processos de delegação, tem se pautado em duas etapas: na aprovação de atos delegatórios ao ente privado da prestação de um serviço público e na execução contratual decorrentes de tais delegações.

Em tempo, cumpre destacar dois vocábulos amplamente utilizados nas formas de descentralização administrativa, mas que remetem a distintos significados; são eles: delegação e outorga. Esta é uma forma de descentralização administrativa que, por meio de lei, o Estado cria uma entidade, pessoa jurídica, e a transfere a **titularidade e a execução** de um determinado serviço público, exemplo das agências reguladoras.

Aquela, de outra forma, ocorre quando o Estado por intermédio de contrato, sob a forma de concessão ou permissão, efetiva a delegação **somente da execução** de serviços públicos.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Secretaria de Fiscalização de Desestatização do Tribunal de Contas da União (Sefid).

<sup>54</sup> **Concessão** de serviço público é basicamente o contrato administrativo formal, firmado mediante licitação na modalidade de concorrência, que tem por objetivo a formalização da delegação da prestação de um serviço do Poder Público ao particular. Assim visa, primordialmente, satisfazer as condições de regularidade na prestação dos serviços, a continuidade, a eficiência, a modernidade dos equipamentos e instalações. **Permissão** de serviço público, de acordo com a Lei nº 8.987, de 1995, em seu art. 2º, IV, é “a delegação, a título precário, mediante licitação da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.”

Em resumo, a seguir, como forma de ilustração, segue figura que sintetiza o atual papel do TCU no arranjo regulatório:

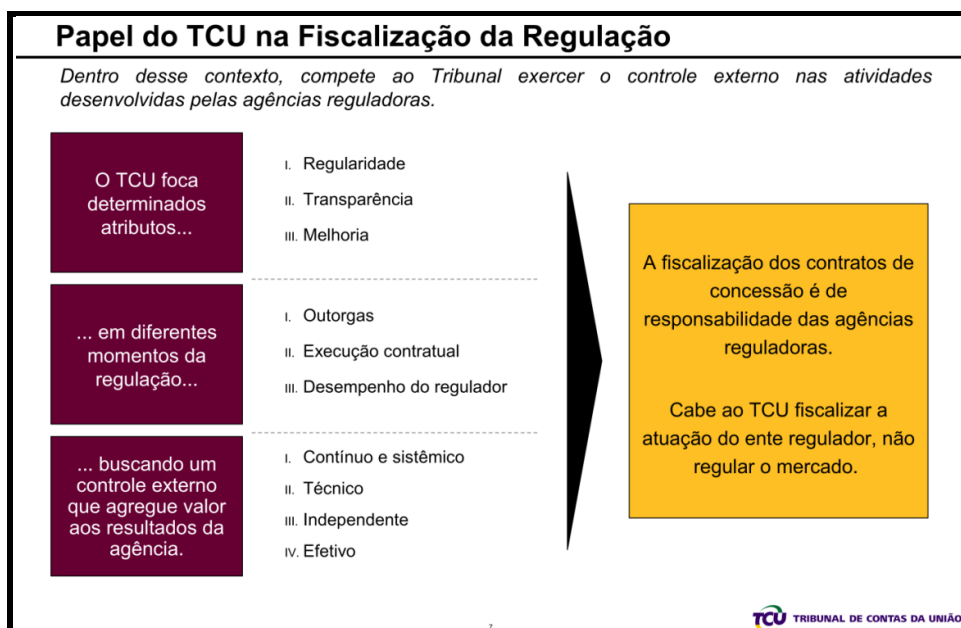


Figura – 6 O Papel do TCU na Fiscalização da Regulação.

Fonte: Adaptado de: Manual de Auditoria Operacional, TCU, 2010.

Assim, o objetivo do controle nos dois momentos é de garantir regularidade, transparência e auditabilidade aos atos das agências (SALGADO, 2003).

Sobre essas duas etapas - delegação<sup>55</sup> e execução contratual - as agências, além de responsáveis por essas atribuições, desempenham função chave para garantir a lisura dos procedimentos adotados. Em suma, com essa explanação genérica da atuação do TCU no arranjo regulatório, a seguir será abordado a respeito de como é feito o controle realizado pelo TCU nas agências reguladoras de Estado em suas diversas dimensões.

No âmbito das agências reguladoras de Estado, o tribunal, *a priori*, avalia a atuação dessas agências por meio de fiscalização. No entanto, embora atue inicialmente por meio de fiscalização não existe óbice algum para que o TCU realize auditorias e inspeções diretamente nas concessionárias e nas permissionárias de serviços públicos. Logo, o TCU abarca desde as agências reguladoras de Estado até os agentes que contratam com o Poder Público por meios destas.

<sup>55</sup> Delegação é uma forma de descentralização em que o Estado transfere, por contrato, seja de concessão ou de permissão de serviços públicos, ou ainda por ato unilateral, autorização de serviços públicos, unicamente a execução do serviço, para que a pessoa delegatária o preste à população em seu próprio nome e por sua conta e risco sob a fiscalização do Estado (ALEXANDRINO; PAULO, 2009).

Atuando em diversos ambientes, o TCU contribui para a própria sustentabilidade do modelo regulatório paralelamente com o mesmo enfoque, a eficiência pautada no interesse público-coletivo, sem, no entanto, regular o mercado. Nesse rumo, o TCU advoga por condições necessárias para assegurar maior aderência às regras, à retidão no cumprimento de contratos e, por consequência, concorre para promoção de *accountability public*.

O controle exercido pelo TCU é amplo e, no caso das agências reguladoras de Estado, visa à formação de juízo sobre resultados operacionais dessas entidades reguladoras. Ademais, identificam e recomendam práticas de gestão regulatórias que possam alavancar o desempenho nesse ambiente. Portanto, a atuação do TCU nesse cenário tem viés voltado mais para cooperação do que coerção. Porém, apesar de convergir com a finalidade das agências reguladoras - desempenho, eficiência, *accountability* - o papel do TCU não sobrepõe nem pode ser confundido com a função do regulador.

Além da fiscalização dos atos de delegação e da execução dos contratos relativos a tais delegações, destacam-se as dimensões que podem ser avaliadas pelo TCU nestas agências. As dimensões não distanciam do centro de suas atividades na Administração Pública, as quais já foram descritas. Em síntese, o TCU avalia aspectos desde a legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência até aspectos voltados ao desempenho operacional.

Pelo fato desses aspectos já terem sido descritos de forma geral em tópico próprio, adiante serão explorados apenas pontos específicos da atuação do TCU nos limites dessas entidades reguladoras. De acordo com o objetivo central desta dissertação, dar-se-á relevo na dimensão operacional, ou seja, referente ao desempenho.

Pode-se dizer que atuação do TCU no atual arranjo regulatório tem como finalidade garantir que os processos de regulação e de privatização sejam operados sob uma perspectiva enraizada, entre outras, na economicidade, eficiência e transparência no sentido de contribuir na melhoria contínua do desempenho público em benefício à sociedade.

Sobre a atuação do TCU no quesito relativo à legalidade consiste em examinar se o fato concreto está em conformidade com as prescrições legais. Em outras palavras, atua no sentido de verificar se a legislação está sendo obedecida e se as necessidades coletivas estão sendo atendidas; como exemplo do exame relacionado à legalidade, ocorre quando o TCU examina a aderência às leis de licitação em tais entidades bem como se os valores utilizados estão de acordo com as modalidades e o tipo de licitação.

Nesse crivo de legalidade, é importante destacar que o TCU possui, de acordo com Bandeira de Mello (2003), o poder-dever, ou seja, não dispõe de discricionariedade para agir. Assim, diante de um achado de irregularidade nas agências reguladoras o referido tribunal **deverá** atuar sob pena dos servidores incumbidos incorrerem em infração funcional.

No que tange à legitimidade, além da observância vinculativa à lei, agrega-se o aspecto moral de comportamento. Os gestores devem, pautados em padrões do senso do bem comum, optar por alternativas descritas em lei que ensejam maior benefício para a coletividade.

No entanto, é oportuno destacar significados distintos em relação à legitimidade. Para esta dissertação, legitimidade é utilizada no sentido genérico. Assim, segundo Bobbio (1994), na linguagem comum a legitimidade tem o sentido de justiça ou de racionalidade, referindo-se a legitimidade de uma decisão, de uma atitude.<sup>56</sup>

Sobre o conceito de legitimidade, cumpre diferenciá-la de legalidade. Para Bonavides (1986), a legitimidade pode ser entendida como a legalidade mais a sua ponderação de valor. Assim, enquanto a legalidade resume essencialmente na observância das leis, a legitimidade acresce esta perspectiva ao aspecto da justificativa e dos valores do poder do ordenamento legal.

---

<sup>56</sup> Outra acepção sobre legitimidade é encontrada na linguagem política com um conceito específico. Assim, segundo Bobbio (1994), pode-se sintetizar legitimidade política sendo um grau de consenso de uma determinada população em aderir a obediência frente à supremacia do Estado.

Com isso, as fiscalizações direcionadas à legalidade e à legitimidade no arranjo regulatório têm como parâmetro as leis em sentido amplo, o que engloba outras espécies de atos com força normativa. Suas conclusões dão ao TCU insumos para analisar, examinar, fazer determinações aos gestores e, inclusive, aplicar-lhes sanções.

Noutro ponto, a fiscalização sobre as entidades reguladoras com foco na economicidade visa identificar, mensurar e avaliar os atos e atividades administrativas no sentido de maximizar os benefícios advindos de recursos públicos e com isso minimizar os gastos associados a estes. Em outras palavras, o TCU busca aferir se os gestores de tais entidades estão utilizando os recursos públicos disponíveis com economia de meios, ou seja, fazendo mais com menos preservando os mesmos parâmetros de qualidade e prazos.

Já a fiscalização de natureza operacional nas agências reguladoras de Estado busca definir padrões de desempenho e avaliar os resultados da gestão à luz dos parâmetros de eficiência, eficácia e economicidade. Dentro de limites legais, as decisões do administrador situam-se no campo da discricionariedade. Com isso, as conclusões atingidas por essa modalidade de fiscalização dão origem a recomendações e até mesmo determinações, que são encaminhadas ao órgão ou entidade fiscalizada.

Diante dessa abordagem, porvir será tratado acerca da atuação do TCU sobre o **controle de desempenho** das agências reguladoras de Estado.

### 2.9.2 Atuação do TCU sobre o Desempenho das Agências

A administração pública brasileira tem passado por grandes transformações seja na área social, econômica e até mesmo estrutural. Com a inserção do arranjo regulatório, sobretudo com as primeiras agências reguladoras de infraestrutura, surgiu uma nova forma estratégica de o Estado brasileiro atuar com a intenção de melhorar a governança pública.<sup>57</sup> Diante dessa atualização estrutural-institucional, outras áreas administrativas tiveram que, ao menos, adaptar-se a este novo cenário. Com efeito, destaca-se a área do controle externo brasileiro.

Em época remota a prestação de serviços públicos ocorria, preponderantemente, por meio de empresas estatais. Assim, a atuação do controle externo baseava-se, principalmente, na análise das prestações de contas dessas empresas. O controle realizado pelo TCU tinha como alvo os atos de gestão dos administradores, deixando como objetivo secundário a análise do desempenho da empresa na condição de provedora de serviços públicos.

Com o passar dos anos e diante da evolução do modelo regulatório, em especial no que tange a criação das agências de Estado, o TCU teve que adaptar sua forma de atuação com os novos ditames legais e demandas oriundas desse modelo de descentralização administrativa funcional. Com isso, inicialmente o TCU teve seu alcance de atuação ampliado com a atual Constituição cidadã.

Em conformidade com a Lei Fundamental,<sup>58</sup> o TCU, frente ao novo paradigma introduzido, especialmente, pela nova gestão pública, teve o seu escopo de atuação significativamente ampliado pela própria Constituição. Dessa forma, além das tradicionais auditorias de regularidade passou a realizar, também, avaliações de desempenho inclusive nos setores até então privatizados.

---

<sup>57</sup> Entende-se por governança sendo a capacidade de o governo promover políticas públicas. Não se confunde com governabilidade, a qual consiste na legitimidade que o Governo tem sobre seus legitimados, ou seja, os cidadãos (fonte própria).

<sup>58</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, conhecida também como Carta Magna.

A realização de auditorias de natureza operacional<sup>59</sup> foi uma inovação constitucional que possibilitou ao TCU analisar não só os atos da administração pública sob o aspecto da legalidade, mas também o desempenho público sob dimensões de eficiência, eficácia e economicidade. Nesse rumo, por meio da Emenda nº 19 de 1998, foi inserido na Constituição Federal o princípio da eficiência. Esta nova vertente, somado com todas as oportunidades do arranjo, impulsionaram, de fato, a um reposicionamento de foco desse tribunal.

Dessa forma, a atuação do TCU passou a ser enfatizada, também, sobre a dimensão operacional, ou seja, quanto ao desempenho sem, tampouco, abster-se da análise de conformidade e legalidade.

Nesses termos, cumpre destacar, de acordo com Gomes, M (2003, p. 1), que:

o controle externo das privatizações e da regulação exercido pelo Tribunal de Contas da União [...] não se restringe à análise de conformidade e legalidade de procedimentos e atos administrativos, mas precipuamente a trabalhos de auditoria, análise, avaliação e revisão de práticas e procedimentos administrativos finalísticos de órgãos governamentais do poder executivo, notadamente entes reguladores e, quando cabível, de seus regulados com base no arcabouço jurídico e dos princípios do regime regulatório brasileiro, bem como de boas práticas de gestão regulatória, visando garantir que os processos de regulação e de privatização atinjam seus objetivos de forma econômica, eficiente e efetiva, em benefício da sociedade brasileira.

Em face disso, pode-se observar que o desempenho, sobretudo nas agências reguladoras de Estado, é avaliado principalmente por meio de auditoria de natureza operacional. Sendo assim, adiante será descrito sobre tais auditorias no âmbito de tais agências.

---

<sup>59</sup> Para esta dissertação bem como para o Manual de Auditoria Operacional do TCU, de 2010, o termo auditoria operacional é sinônimo de desempenho (*performance auditing*).

### 2.9.3 Tipologias de Auditoria Operacional Adotadas pelo TCU

Inicia-se esse tópico com o conceito utilizado pelo TCU sobre Auditoria operacional - ANOp.<sup>60</sup> Assim, de acordo com o Manual de Auditoria Operacional (Brasil, 2010, p. 11), essa consiste:

no exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública.<sup>61</sup>

Em face desse entendimento citado, verifica-se que as auditorias operacionais buscam examinar questões relevantes de interesse da sociedade. Dessa forma, diante da vastidão de aspectos que podem ser analisados, é possível que em uma mesma auditoria possa ser inspecionado objetos distintos com dimensões e alcances diferentes. No entanto, a orientação permanece voltada aos resultados.

Ainda sobre o conceito dessa modalidade de auditoria, de acordo com Gomes, M (2003, p. 13), a auditoria operacional<sup>62</sup> contempla um conjunto de procedimentos técnicos de investigação para “obtenção, processamento e disseminação de informações relevantes de revisão e avaliação de atividades, projetos, programas, políticas e órgãos governamentais”.

Nota-se que ideia central da *performance audit* é promover o aprimoramento da gestão pública. Independente do campo de atuação é possível observar que existe um núcleo estratégico dentro da estrutura do controle externo brasileiro que fornece diretrizes, prioridades, metas, bem como práticas e procedimentos que devem ser seguidos e utilizados quais sejam os segmentos que serão auditados.

---

<sup>60</sup> Abreviação utilizada pelo próprio Manual de Auditoria Operacional do TCU (2010). Nota-se que não há aderência desse manual as regras da ABNT, mas sim as regras internacionais da Intosai. Logo, o acrônimo Anop é descrito na forma de ANOp.

<sup>61</sup> A definição de auditoria operacional adotada neste manual está baseada nas diretrizes da Intosai para Auditoria de Desempenho - *Implementation Guidelines for Performance Auditing* (ISSAI 3000, 2004).

<sup>62</sup> O TCU utiliza o termo auditoria operacional como sinônimo de auditoria de desempenho, igualmente como *performance audit*.



Nesse entrecho, como forma de homogeneizar procedimentos e melhores práticas, criou-se o Manual de Auditoria de Natureza operacional em 2010 com base em normas internacionais ratificadas pelo ordenamento legal brasileiro. Esse manual emergiu com a finalidade de desenvolver critérios de auditoria,<sup>63</sup> e compilar informações essenciais sobre este tipo de auditoria, sobretudo acerca de definições, alcances e aplicabilidade no sentido de ser referência nessa modalidade.

Sendo assim, diante dessa abordagem sobre o conceito e finalidade das auditorias de desempenho - *performance audit* - adiante será explorado sobre sua aplicação nas agências reguladoras de Estado sem, contudo, adentrar em especificidades setoriais de cada agência de Estado. Sabe-se que cada agência reguladora de Estado, Aneel, Anatel e ANP, possuem características próprias, mas que se coadunam com o setor a qual fazem parte: infraestrutura.

As semelhanças, apesar de não terem sido legalmente impostas à data de suas criações, indicam um padrão mínimo seguido quanto da constituição das agências reguladoras federais. Tais semelhanças permitem a criação de normas e procedimentos comuns de análise. Dessa forma, o que se busca inspecionar nesse ponto é a essência de alcances e procedimentos que o TCU vem utilizando sobre essas agências e, com isso, analisar como tem sido sua influência no desempenho dessas entidades.

Conforme já destacado, nota-se que controle do TCU em relação às agências reguladoras sob a vertente do desempenho busca, entre outros, identificar falhas e oportunidades de melhoria de procedimentos no sentido de evitar que tais entidades apartem-se dos limites impostos por lei ou de que divirjam de suas missões institucionais.

A título de ilustração, segue figura simplificada de auditoria de desempenho, reproduzindo a ideia geral sobre o processo de atuação do Tribunal de Contas da União nos entes reguladores de infraestrutura:

---

<sup>63</sup> Critério de auditoria é o padrão de desempenho usado para medir a economicidade, eficiência, eficácia e efetividade do objeto de auditoria. Serve para determinar se o objeto auditado atinge, excede ou está aquém do desempenho esperado. Pode ser definido de forma quantitativa ou qualitativa. Atingir ou exceder o critério pode indicar a ocorrência de boas práticas. Não alcançar o critério indica oportunidade de melhoria de desempenho. É importante destacar que desempenho satisfatório não é desempenho perfeito, mas é o esperado, considerando as circunstâncias com as quais o auditado trabalha (ISSAI 3000/Apêndice 2, 2004).

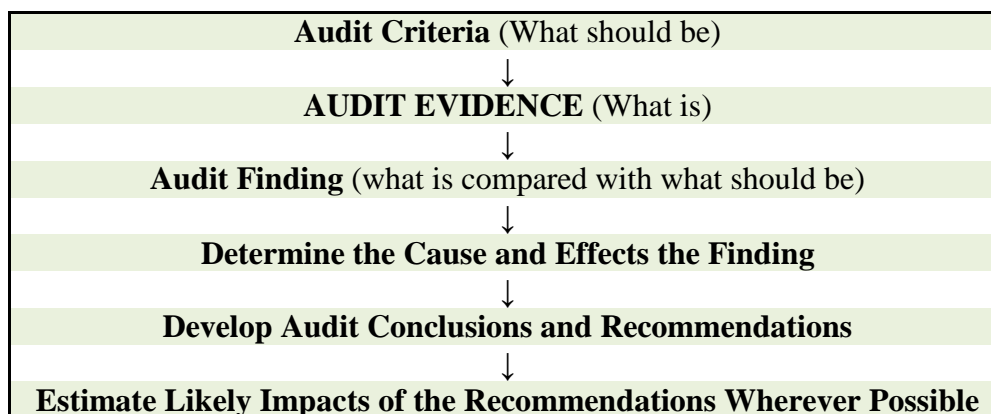


Figura – 7 Diagrama do processo de Auditoria de Desempenho.

Fonte: adaptado de ISSAI/3000.4.3 (2004, p. 63).

Influenciado pelas orientações normativas da Intosai, o TCU tem definido em suas normas que a auditoria é instrumento de fiscalização utilizado pelo tribunal para:

- Examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial;
- Avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais no que diz aos critérios de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados - Auditoria de Natureza Operacional; e
- Subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registros.

Sobre a auditoria de natureza operacional, convém detalhar os subtipos que o TCU tem adotado, inclusive nas agências de Estado:

- Auditoria de Desempenho Operacional: em epílogo, consiste no exame da ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência, eficácia; e
- Avaliação de Programas: é o exame da efetividade dos programas e projetos governamentais incluindo a dimensão da equidade.<sup>64</sup>

<sup>64</sup> O exame da equidade pode ser entendido como uma forma de reconhecer que há diferença entre os indivíduos e, portanto, emerge a necessidade de tratá-los levando em conta tais diferenças. Com outras palavras, equidade consiste na adaptação da regra existente à situação concreta, observando-se os critérios de justiça e igualdade. Pode-se dizer, então, que a equidade adapta a regra a um caso específico, a fim de deixá-la mais justa (CARVALHO, 2003).

### **2.9.3.1 Auditoria de Desempenho Operacional**

Auditoria de desempenho operacional constitui uma espécie de auditoria de natureza operacional e está voltada para o exame da ação governamental com direcionamento também em quesitos de economicidade, eficiência e eficácia com o foco principal nos seguintes aspectos:

- ✓ como as agências reguladoras adquirem, protegem e utilizam seus recursos;
- ✓ as causas de práticas antieconômicas e ineficientes;
- ✓ cumprimento das metas previstas; e
- ✓ obediência aos dispositivos legais aplicáveis nos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia da gestão.

Nesse sentido, observa-se, portanto, que o foco da auditoria de desempenho operacional é o processo de gestão em seus múltiplos aspectos. Entre as diversas faces avaliadas encontram-se aspectos de planejamento, de organização, de procedimentos operacionais e de acompanhamento gerencial, inclusive quanto aos seus resultados em termos de metas alcançadas.

Em adequação ao atual Manual da ANOp, de 2010, vigente para esta dissertação, ao se proceder a auditoria operacional, pode-se utilizar três abordagens de acordo com o problema, objetivo e questões que se pretende examinar. Assim, as abordagens podem ser:

- I. Análise da estratégia organizacional;
- II. Análise da gestão; e
- III. Análise dos procedimentos operacionais.

A primeira abordagem, com realce na estratégia organizacional, empenha-se em avaliar características centrais da organização como: a missão da organização, os principais produtos ofertados, indicadores e metas organizacionais bem como lacunas que merecem ser investigados à luz das normas e leis concernente ao assunto.

A segunda, análise da gestão, abrange questões relacionadas à adequação da estrutura organizacional com os objetivos do órgão ou entidade. Além disso, tem como demarcação o exame e monitoramento de recursos, sistemas, instalações, equipamentos voltados para produção e prestação de bens e serviços, além de indicadores de desempenho válidos e fidedignos. Nessa abordagem, inclui-se também o uso adequado dos recursos humanos,<sup>65</sup> ou melhor, dos servidores e colaboradores que mantêm alguma relação funcional com a organização.

A última abordagem compreende a análise dos procedimentos operacionais; Logo, volta-se para o exame dos processos de trabalho, em que são focalizados aspectos rotineiros como: práticas recomendadas pela legislação, procedimentos de guarda e manutenção dos bens móveis e imóveis, bem como o acervo documental que define tais atividades.

Em face dessa abordagem acerca da auditoria de desempenho operacional realizada pelo TCU, sendo um subtipo de Auditoria de Natureza Operacional, descrever-se-á a respeito da Avaliação de Programas.

### **2.9.3.2 Avaliação de Programas**

Avaliação de Programas é um subtipo de Auditoria de Natureza Operacional sendo uma das formas de auditoria operacional que o TCU possui para examinar a ação governamental. Nessa tipologia, a avaliação consiste em examinar a efetividade dos programas e projetos governamentais.

Portanto, enquanto a auditoria de desempenho operacional verifica a eficiência operativa e o grau de cumprimento das metas, a avaliação de programas tem o propósito de apurar em que medida as ações implementadas produziram efeitos almejados pela administração. A diferença reside, sobretudo, na mensuração da efetividade, conforme descrito a seguir:

---

<sup>65</sup> Crítica a utilização da terminologia recursos humanos - almoxarifado de pessoal. Entende-se que pessoas não podem ser vistas como recursos, objetos materiais ou bens fungíveis.

[...] uma avaliação de programa distingue-se de uma auditoria de desempenho operacional porque permite responder a questões não abordadas por essa última (Intosai, 1995, p. 2).

Sobre os aspectos examinados, de acordo com a Intosai (1995), a avaliação de programas ostenta observar:

- a concepção lógica dos programas e projetos governamentais;
- a adequação e relevância de seus objetivos;
- a consistência entre as ações desenvolvidas e os objetivos estabelecidos;
- as consequências genéricas para a sociedade;
- os efeitos observados e a relação com a política proposta; e
- a qualidade dos resultados alcançados.

No entanto, tais requisitos elencados não são estanques e nem sempre estarão presentes em uma auditoria de Avaliação de Programas. O rol é apenas enunciativo, ou seja, são aspectos que circundam na metodologia desse tipo de auditoria com a função de direcionar suas atividades. Assim, é possível que numa dada auditoria seja enfatizado um determinado aspecto específico dentro dos limites de atuação em detrimentos de outros.

#### 2.9.4 Alcances e Dimensões das Auditorias de Natureza Operacional do TCU

Em relação ao alcance da auditoria de natureza operacional, o seu foco está no processo de gestão; por outro lado a avaliação de programa enfatiza os efeitos produzidos pela intervenção governamental. Assim, no primeiro caso investiga-se o funcionamento dos programas e projetos e o cumprimento de metas físicas quantificáveis, como por exemplo o número de vacinas aplicadas contra a epidemia recente da Gripe tipo C. Já a avaliação de programas agrega a análise do impacto, ou seja, da efetividade de tais ações implementadas. Nos exemplos citados, a avaliação de programa buscará avaliar em que medida o programa de vacinação foi efetivo na erradicação da Gripe C.

Nesse aspecto, é salutar distinguir essas duas abordagens, já que o cumprimento de uma meta física pode ser eficaz para um determinado problema, **mas não é** condição *sine qua non* para que este seja efetivamente resolvido. No exemplo sobre a erradicação da Gripe C é possível que a meta pretendida de vacinação seja alcançada, o que não significa, em uma visão breve, que realmente houve a erradicação dessa patologia. Outros fatores como qualidade da vacina, público alvo, armazenamento, procedimentos utilizados no manuseio e aplicação podem comprometer a efetividade do programa.

Ademais, uma intervenção governamental é projetada para um determinado cenário. Contudo, nem sempre os resultados esperados são previsíveis, tampouco, positivos. Por isso, na avaliação de programas é comum observar a técnica de relação causa e efeito em que se busca isolar os efeitos atribuíveis exclusivamente ao programa ou projeto.

Não obstante a auditoria operacional e a avaliação de programas serem realizadas de forma independente, as informações produzidas por uma podem proporcionar insumos complementares à outra. Assim é possível observar uma atuação mais abrangente no contexto governamental. Cumpre destacar que, apesar de possuírem especificidades e perspectivas próprias, a auditoria de desempenho – operacional, e a auditoria de regularidade, conformidade, constituem duas partes de um todo com o propósito único de assegurar maior *accountability* no setor público.

Entretanto, de acordo com o objeto desta pesquisa, sobressai a auditoria de desempenho no ambiente das agências de infraestrutura, pois tais agências não possuem autonomia política de elaborar suas próprias políticas públicas. No entanto, executam as definidas pela Administração Direta.

Além disso, sinaliza a importância de se estabelecer, em harmonia a esta espécie de auditoria, indicadores de desempenho compatíveis com a realidade das políticas públicas. Sobre os indicadores, o Ministério do Planejamento preconiza que para cada programa finalístico é obrigatório haver, ao menos, um indicador. Para os programas de apoio às políticas públicas e áreas especiais,<sup>66</sup> a presença de indicadores é facultativa (BRASIL, 2008).

Quanto às dimensões serão utilizadas as descritas por Gomes, M (2003). De acordo com referido autor, no âmbito das agências reguladoras de Estado tais auditorias são abrangentes e alcançam:

- a economia regulatória — relaciona-se aos resultados obtidos com privatização, licitação ou concessão dos serviços públicos, visando tanto maximizar os valores almejados pelo Estado quanto minimizar os custos a serem arcados pelos usuários;
- a eficiência regulatória — representa a relação entre os custos e os produtos ou resultados da regulação;
- a efetividade regulatória — consiste com que grau os objetivos da regulação são alcançados, comparando os resultados reais com os estipulados e os seus impactos na gestão regulatória;
- a boa governança regulatória — avaliação das relações da agência com instituições apurando a sinergia ou entropia e o grau de coordenação obtido quanto à política regulatória; A boa governança deve ser construída sob bases democráticas, em que a participação do cidadão no processo de gestão seja, de fato, fortalecida. Assim, não basta o gestor franquear a participação dos cidadãos, mas incentivar o seu envolvimento no processo político-administrativo;

---

<sup>66</sup> São programas voltados aos serviços típicos de Estado, ao planejamento, à formulação de políticas setoriais, à coordenação, à avaliação ou ao controle dos programas finalísticos, resultando em bens ou serviços ofertados ao próprio Estado podendo ser composto inclusive por despesas de natureza tipicamente administrativas (BRASIL, 2008).

- a qualidade de serviço avaliado — objetivamente, é a satisfação do usuário tanto em relação às agências quanto às concessionárias, ou seja, é a percepção de que se tem diante de uma experiência de consumo;
- ao atendimento de metas — dimensão que apura em que medida agências ou concessionários atingiram suas metas; e
- as práticas de gestão regulatória — avaliação dos sistemas de contabilização, planejamento, relação com os clientes, gestão de recursos humanos. Em consequência, consubstancia um escopo mais amplo.

Em suma, este tópico buscou explorar os diversos meios e mecanismos que contribuem nas atividades de controle no âmbito das agências reguladoras de Estado. Além disso, em face da autonomia concedida aos reguladores, que enseja naturalmente na necessidade de prestação de contas, foi possível verificar que existe uma série de mecanismos e instrumentos que, operados simultaneamente, podem contribuir para o aprimoramento da gestão e transparência no contexto dessas agências reguladoras.

Ressalta que, em razão do objetivo central desta pesquisa, de verificar até que ponto o TCU pode influir no desempenho das agências reguladoras de Estado, entende-se prudente descrever, em prosseguimento, a respeito da posição estrutural do TCU frente às agências reguladoras de Estado.



## 2.10 POSIÇÃO HIERÁRQUICA DO TCU FRENTE ÀS AGENCIAS DE ESTADO

De forma objetiva, inicialmente há de sublinhar que não existe hierarquia entre os Poderes na Administração Pública. Tais características remetem a própria essência da organização político-administrativa brasileira, ou seja, da separação dos Poderes, independentes e harmônicos entre si. Assim, o controle que um Poder exerce sobre outro deve se limitar às condições constitucionais e ser exercido somente em casos excepcionais.

Sobre hierarquia, em consonância com Bandeira de Mello (2003), preceitua que os órgãos da administração pública sejam estruturados de maneira que haja uma relação de coordenação e subordinação entre eles, mas que seja conferido a cada titular atribuições definidas em lei. Cabe ressaltar que essa relação hierárquica só existe nas atividades administrativas, logo não alcançam as legislativas nem judiciais. Além disso, não há graus ou escalões de hierarquia entre os Poderes.

Com efeito, o TCU e as agências reguladoras de Estado, por pertencerem a poderes distintos, não estão hierarquicamente atrelados. Malgrado, ausência de subordinação hierárquica **não se confunde** com o compromisso de prestar contas, tampouco, de agir nos ditames normativos. Assim, mesmo não havendo hierarquia é possível que tenha controle de um poder sobre o outro, sendo exercido excepcionalmente nos limites definido pela Constituição Federal.

### 2.10.1 Teor das Decisões do TCU no Desempenho das Agências de Estado

Em relação ao teor das decisões proferidas pelo TCU sobre as agências reguladoras de infraestrutura, repisa-se que o TCU é órgão administrativo e, por conseguinte, a natureza jurídica de suas decisões também é administrativa. No âmbito das auditorias de desempenho é empregada a mesma regra, ou seja, caráter administrativo. Assim, são materializadas também por meio de propostas de recomendações e determinações.

As propostas sobre *performance audit* devem ter correspondência e fundamentação clara com os achados bem como suas causas (ISSAI 3000/5.2, 2004). Assim, o conteúdo dessas propostas precisa ser fundamentado em medidas que o Tribunal julga necessária para sanar ou contribuir para alguma ineficiência identificada.

Conforme já mencionado, tais propostas podem assumir a forma de recomendações ou até mesmo determinações. Observa-se que **as recomendações não têm caráter vinculativo**, mas de assessoramento. Com isso, sugerem o aperfeiçoamento necessário, mas não a forma de alcançá-lo. Assim, o TCU não imiscui em seara diversa nem, tampouco, usurpa a função do regulador, **mas o controla**; e controlar entende-se que também significa assistir, direcionar e assessorar procedimentos e condutas a um determinado enfoque.

Nesse sentido, de acordo com Gomes, M (2007), além de identificar e recomendar práticas de gestão regulatórias que possam alavancar o desempenho das entidades envolvidas, o TCU analisa a governança do regime regulatório. Busca, ainda, criar um acervo de informações em políticas de regulação para encurtar tomadas de decisões e homogeneizar boas práticas no arranjo. Assim, não se discute a importância do TCU como um órgão com funções, também, de consultoria no sentido de sinalizar, orientar e recomendar práticas eficientes aos gestores jurisdicionados.

Sobre determinações, cabe ressaltar que a sua natureza é diferente das recomendações. **As determinações** robustecem de caráter **vinculativo**, ou seja, **são decisões** que estabelecem requisitos necessários a serem cumpridos em conformidade com normas legítimas.

Desta feita, este capítulo buscou contemplar informações pertinentes para fundamentar os questionamentos inicialmente propostos. Para tanto, buscou-se de forma objetiva e sistemática apresentar os principais conceitos e definições sobre o assunto. Diante disso, no próximo capítulo será descrito acerca da metodologia percorrida nesta dissertação.

### 3 PERCURSO METODOLÓGICO

O presente estudo, que tem o objetivo central de verificar até que ponto a atuação do controle externo exercido pelo TCU pode influenciar o desempenho das Agências Reguladoras de Estado, está orientado sob a égide de procedimentos metodológicos científicos, os quais serão detalhados a seguir. Nesse sentido, este capítulo apresenta a metodologia utilizada nesta dissertação; descreve o tipo de pesquisa utilizada e a forma como os dados foram coletados e tratados.

#### 3.1 TIPO DE PESQUISA

Nesta pesquisa, tomou-se como base a taxionomia apresentada por Vergara (2007), que a qualifica em relação a dois aspectos: quanto aos fins e quanto aos meios.

Quanto aos fins, a pesquisa é de natureza exploratória e descritiva. A primeira se justifica, pois, conquanto tenha construções acadêmicas acerca do controle na administração pública, foi observado que o controle sobre o recente arranjo regulatório ainda permanece em curso com a presença de pontos poucos iluminados bem como lacunas seja no campo acadêmico ou mesmo normativo. Diante disso, valeu-se da análise exploratória com a intenção de buscar maior aproximação com o tema e, por conseguinte, estreitar particularidades do problema de pesquisa. Já a segunda, metodologia descritiva, foi utilizada a fim de investigar e descrever **relações** entre o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União (TCU) nas agências reguladoras de Estado.

Já em relação aos meios de investigação, este estudo buscou fundamentação em conhecimentos sistematizados por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Em regra, estudos científicos supõem e requerem uma prévia pesquisa bibliográfica, seja para sua necessária fundamentação teórica, ou mesmo para justificar seus limites, bem como para os próprios resultados.

Nesse contexto, Cervo e Bervian (1996, p. 48) afirmam que:

a pesquisa bibliográfica é meio de formação por excelência. Como trabalho científico original, constitui a pesquisa propriamente dita na área das Ciências Humanas. Como resumo de assunto, constitui geralmente o primeiro passo de qualquer pesquisa científica.

Dessa forma, no campo bibliográfico e documental foram analisados, sob orientação acadêmica, livros, publicações de teses, artigos e periódicos dentro da temática da Administração Pública envolvendo assuntos como: gestão e governança pública, regulação brasileira e as agências reguladoras, controle e instrumentos de fiscalização pública, auditoria e inspeções públicas bem como outras publicações em matéria de ciências sociais, as quais serão detalhadas no próximo tópico, da coleta e tratamento dos dados.

Quanto à natureza, esta pesquisa é de cunho eminentemente qualitativa. A motivação da escolha desse método de pesquisa proveu-se de acordo com a finalidade do estudo. Logo, por não haver o estabelecimento de hipóteses pré-determinadas a serem testadas ou generalizações a serem perseguidas, utilizou-se o método qualitativo (MARSHALL, 1996b).

Além disso, a justificativa dessa abordagem qualitativa é que, além de atender os objetivos desta dissertação, permite abordar, também, a realidade estudada como um fenômeno multifacetado envolvendo diversos enfoques experienciado e vivenciado.

### 3.2 COLETA DOS DADOS

Buscou-se coletar dados para este estudo por meio de documentação indireta, que contempla a investigação documental e bibliográfica. A coleta de dados baseada na documentação indireta refere-se na leitura e análise de materiais produzidos por terceiros sob distintas formas (LAKATOS; MARCONI, 1991).

A documentação indireta-documental trata especificamente da coleta de informações de fontes primárias, tais como documentos de arquivos públicos e privados. Já a documentação indireta-bibliográfica visa, especificamente, recolher informações de fontes secundárias, como exemplo as contidas em relatórios de pesquisa e estudos recorrendo aos documentos originais.

Para tanto foram colhidas informações contidas em livros, teses, dissertações, revistas acadêmicas, relatórios e publicações em fontes oficiais públicas, bem como em artigos, periódicos e publicações legais. Ademais, foi dado ênfase, sobretudo, em publicações da Revista de Administração Pública (RAP) da Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro (EBAPE-FGV/RJ). Também foram analisadas publicações no acervo digital da Universidade de São Paulo (USP), na Escola de Administração de Empresas (FGV-EAESP) e na Universidade de Brasília (UNB).

Ainda em relação à coleta de dados para este estudo, com autorização de acesso para fins acadêmicos, foram visitadas as seguintes bases de dados:

- *EBSCO Host Research* (<http://www.ebsco.com/index.asp>);
- Portal Capes, *Cambridge* e *Science Direct* ([www.periodicos.capes.gov.br](http://www.periodicos.capes.gov.br));
- JSTOR- *Journal Storage* (<http://www.jstor.org>);
- Biblioteca Mario Henrique Simonsen - FGV-RJ (<http://www.fgv.br/biblioteca-rj>); e
- Domínio Público – biblioteca digital (<http://www.dominiopublico.gov.br>).

Além disso, foram examinados relatórios, documentos, acórdãos e resoluções nos acervos do Tribunal de Contas da União, com destaque na Secretaria de Fiscalização de Desestatização deste órgão – Sefid/TCU, bem como nas agências reguladoras de Estado: Aneel, Anatel e ANP, todos com localização no Distrito Federal. Houve também coleta direta de informações na palestra realizada pelo Dr. Sergio Guerra em abril, de 2011, na Fundação Getulio Vargas, em Brasília-DF, (informação verbal).

### 3.3 TRATAMENTO E ANÁLISE DOS DADOS

Em conformidade com o enfoque qualitativo e no intuito de atender aos requisitos desta pesquisa que, de acordo com a proposta inicial, ostenta investigar uma demanda sobre o enfoque interdisciplinar, houve a necessidade, também, de harmonizar métodos científicos ao passo de buscar complementar uma explanação conforme. Assim, recorreu à Análise de Conteúdo, ao Método Fenomenológico bem como ao método de Analogias e Metáforas.

A utilização da análise de conteúdo foi motivada na intenção de verificar o que vem sendo dito acerca do tema. Segundo Bradem (1977, p. 42), a análise de conteúdo compreende:

um conjunto de técnicas de análise das comunicações, visando obter, por procedimentos, sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitem a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) dessas mensagens.

Além da análise de conteúdo, buscou-se por meio da fenomenologia hermenêutica elucidar a essência do objeto sobre a óptica de como o assunto tem se assentado no mundo cotidiano, ou seja, no mundo da vida. Assim, a fenomenologia, oriunda da filosofia, visa aproximar o que seria verdade, pois, sustenta-se que, no mais das vezes, essa passa ser contingencial e relativa.

Nesse sentido, Vergara (2006, p. 85 apud CARVALHO, 2003; CARVALHO e VERGARA, 2002) destaca que:

o conhecimento originado no âmbito da fenomenologia pode ser explorado por outros enfoques, em um contexto de complementaridade de métodos, agregando substancial contribuição à pesquisa em administração. Proposições geradas por uma investigação de cunho fenomenológico podem ser utilizadas para o desenvolvimento de hipóteses testáveis, valendo-se do método hipotético-dedutivo.

Assim, entende-se que o método fenomenológico se coaduna com esta pesquisa, pois, diante do ensejo deste estudo de promover um convite franqueado à discussão, ao debate construtivo e, sobretudo ao desenvolvimento acadêmico, não ostenta definitivamente findar uma proposta como verdadeira e absoluta, mas circundar a ciência com a vida em uma dimensão contingencial.

Nesses termos, Morin (1995) defende que o objeto e o sujeito não podem ser separados ou abandonados, porque sujeito e objeto se constituem mutuamente. Assim, não se busca mais um distanciamento entre conhecedor, pesquisador, e objeto, pois a ligação indissolúvel entre eles passa a ser pressuposta. Ademais, em visão próxima a Morin (1995), defende que:

Não se aceita mais um fundamento último para a verdade. Esta passa a ser considerada como múltipla, contextual, ligada às condições históricas e concretas do homem. Heidegger (1927/1988).

Ademais, com objetivo de simbolizar e estribar argumentações sem, contudo, hiperbolizá-las, utilizou-se de analogias e metáforas com o propósito de buscar, sob outros pontos de vista, simetrias e assimetrias entre objetos e conceitos a fim de explorar o assunto sob vertentes que, conquanto distintas, interseccionam-se e contribuem na formação de representações cognitivas. Assim, de acordo com Vergara (2006, p. 37) “analogias e metáforas são recursos metodológicos utilizados para o tratamento de dados coletados”.

Em suma, este capítulo buscou descrever a metodologia utilizada nesta investigação científica. Além de tópicos referentes ao tipo de pesquisa adotada e a forma de como os dados foram coletados e tratados, apresentaram-se considerações, também, acerca da metodologia científica.

## **4      CONSTATAÇÕES ► DISCUSSÕES ► APONTAMENTOS**

O presente capítulo busca apresentar as principais constatações, discussões e apontamentos acerca do objeto explorado nesta pesquisa no intuito de permitir um debate afável e, principalmente, construtivo sobre o assunto. Para tanto, cumpre retomar a questão central desta pesquisa, a qual busca analisar até que ponto o TCU pode influenciar no desempenho das agências reguladoras de Estado?

No que tange à estrutura deste capítulo, optou-se em dividi-lo em três partes em harmonia à sumarização descrita na fundamentação e referencial teórico. Assim, a primeira parte abordará a seguinte tríade: Regulação, Agências e Controle. Em seguida, a segunda voltar-se-á às determinações do TCU na dimensão desempenho. Por último, na terceira parte, será explorada a respeito da competência do TCU no âmbito das agências reguladoras de Estado.

### **1ª PARTE ► REGULAÇÃO - AGÊNCIAS - CONTROLE**

No decorrer desta dissertação foram constatadas discussões de temas e assuntos que permanecem, ainda que em curso, inconclusos e com distintos pontos de vista. Assim, em atendimento a demarcação deste estudo, reserva-se este capítulo para discorrer sobre os principais achados bem como apontamentos considerados oportunos. Dessa forma, como serão descritas em conformidade com a cronologia apresentada, gradativamente este capítulo fará fronteira com o próximo, as considerações finais deste estudo.

Dito isso, observou-se que o Estado brasileiro que atuava como responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social buscou redefinir-se no sentido de atender às novas demandas que surgiam, especialmente na década de 90. Assim, recorreu ao modelo de *agencies*, de influência norte-americana, ensejando às primeiras agências reguladoras brasileiras, as quais foram concebidas como organismos autônomos em relação à estrutura tripartite dos poderes estatais com intuito de assegurar, em regra, maior credibilidade e impessoalidade nos seus setores de atuação.



Em relação às agências reguladoras, constata-se que todas, até então presentes na esfera Federal, são autarquias de natureza especial com apenas vinculação aos seus respectivos ministérios. Logo, houve um certo mimetismo, ao menos no que tange à natureza jurídica, de adotar estruturas assemelhadas. Contudo, observou-se que não há, no atual ordenamento brasileiro, nenhuma norma que determine que a atividade de regulação deva, obrigatoriamente, ser exercida por autarquias. Ademais, anota-se que, embora todas as agências reguladoras no contexto Federal pertençam ao Poder Executivo, destaca que os demais poderes também podem se valer dessa espécie *sui generes*, desde que criadas por lei pelos seus respectivos chefes de poder.

Noutro ponto, constata-se que não existe uma lei geral das agências reguladoras, tampouco uma definição legal. Diante desse vazio normativo e ante a relevância da segurança jurídica de um Estado democrático de direito, aponta-se a importância de delimitar melhor as competências, atribuições e posicionamentos dessas entidades reguladoras dentro da estrutura do Estado.

Em face da delimitação do estudo sobre as agências de Estado - Aneel, Anatel e ANP, foram observadas algumas novidades bem como vicissitudes. Inicialmente, verificou-se que, em 2010, foi inserido no ordenamento da ANP a possibilidade de o Poder Público contratar com terceiros sob o regime de **partilha de produção**, revelando uma **nova** espécie de contratos públicos. Essa modalidade foi motivada com intuito de atender as recentes particularidades do pré-sal.

Por outro lado, observou-se que, tão-somente neste ano, 2011, foi estatuído o dispositivo da **quarentena** para a ANP, que atua em um setor altamente estratégico e representativo, seja para economia como para a sociedade. Em face dessa constatação, infortúnio saber que foi necessário transcorrer **mais** de uma **década** após sua criação para ser inserido na ANP o dispositivo da quarentena, um instrumento importantíssimo para assegurar a imparcialidade, credibilidade e controle tanto na agência como também nos seus diversos segmentos de atuação.

Acreditar que esse dispositivo não foi introduzido nesse interim pelo fato de ressentir de conhecimento ou de experiência brasileira a respeito da quarentena, é senão uma dissonância cognitiva,<sup>67</sup> pois a Aneel, primeira agência a ser criada formalmente no país, já instituía àquela época, em 1997, esse dispositivo que visa impedir que ex-dirigentes de agências reguladoras atuem nos segmentos em que regulavam e fiscalizavam; logo, ostenta inibir condutas moralmente reprovadas, como exemplo o repasse de informações privilegiadas a determinados grupos de interesse.

Encampando a fenomenologia sobre a hermenêutica, aponta-se que, em face de existir uma série de mecanismo de integração e interpretação das leis vigentes no ordenamento pátrio, não seria infundado afirmar que a quarentena já existe no país desde cinco de outubro de 1988.<sup>68</sup>

Em face disso, verifica-se que no que tange ao mimetismo do recente arranjo regulatório, a ANP possuía, até então, um próprio, *sui generis*, ou seja, a única entre as espécies de agências de Estado que não impedia os seus dirigentes após o cumprimento dos mandatos de atuarem em empresas que eles mesmos regulavam e fiscalizavam.

Em prosseguimento, outra apreensão constatada refere-se ao processo legislativo: elaboração, discussão e aprovação de atos normativos com eficácia legal. Sem o plano de extenuar ou questionar o subjetivismo político-administrativo, realça que o chefe do poder executivo pode, em casos **de relevância e urgência**, editar medidas provisórias, as quais possuem eficácia normativa e efeitos imediatos. Logo, constitui-se em uma atividade atípica do Poder Executivo. Entretanto, neste ano foi editado a Medida Provisória de nº 532, de 2011, que disciplina, entre outros, conceitos sobre o que é biocombustível e indústria de biocombustível.

---

<sup>67</sup> Para este estudo, entende-se por dissonância cognitiva sendo uma forma de *pseudo*-proteção a pessoas que, diante de não aceitar algo evidenciado, alimenta-se de falsos estímulos mentais para se conformar de algo. Assim, internaliza um próprio conflito e para amenizar ou reduzi-lo busca meios de contrapor, distorcer ou ignorar percepções. Logo, pode-se dizer que para amenizar uma conduta internalizada como dissonante a si mesma, vale-se da negação, ou seja, acreditar ser consonante o que sabe que é dissonante (fonte própria).

<sup>68</sup> De acordo com Brasil (1988) no art. 95 em seu parágrafo único dispõe que: “aos juízes são vedados” [...] no inciso V “exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos **três anos** do seu afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração” (grifo nosso).

Diante disso, até o desfecho deste estudo, conceitos como relevância e urgência, por desventura não foram possíveis elucidar, sequer aproximar de sua semântica para as questões tratadas nesta dissertação, pois foi possível observar o emprego desses vocábulos em situações que não consagram, de fato, casos de excepcionalidade e urgência.

Da inquietação à intolerância é cientificar que existe um projeto sob o regime de urgência tramitando no Congresso Nacional, **desde 2003**, que dispõe entre outras, em estabelecer regras gerais para a regulação brasileira no sentido de promover maior controle social e *accountability*. Repisa-se que esse projeto encontra-se em trâmite, desde a sua gênese, ou seja, 2003, e ainda **sob o regime de urgência**.

Sem adentrar no aspecto político-administrativo, pois nem sempre essa relação é explícita, porventura esse jogo de manobras políticas vigore no intuito de evitar a obrigatoriedade de ampliar mecanismo de controle social e de prestação de contas, ou seja, uma estratégia política de “encapsular” setores.

Ainda sobre o arranjo regulatório operado pelas agências reguladoras é imperioso registrar o arcabouço de ferramentas de controle que a Administração Pública possui frente ao ambiente regulatório. Por intermédio de analogias e metáforas, buscou-se revelar os principais instrumentos de controle, resultando na construção terminológica e conotativa denominada de: **Remédios de Controle**.

No entanto, no que diz respeito a tais ferramentas de controle, principalmente o contrato de gestão, é possível observar posições e discussões contrárias sobre o uso desse instrumento nas agências reguladoras de Estado. Assim, em face desta dissertação, que busca apresentar, também, um convite aberto a reflexão e discussão, convém discorrer aspectos e entendimentos acerca dessa questão, sem, contudo, promover uma antítese ou defender posições absolutas.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Sustenta-se que nem sempre há verdades absolutas, tampouco suas fronteiras são amplamente conhecidas. Além do mais, de acordo com Tenório (2004) nem sempre o que é dito como certo ou correto são privativos da literatura ou das ciências.

De antemão, entende-se por contrato de gestão sendo um acordo facultativo firmado entre administradores e o poder público com o objetivo de melhorar o desempenho da Administração Pública. Para tanto, a lógica dessa ferramenta é convergir recursos e autonomia a quem se propõe retribuir resultados.

Em relação à adesão perante as agências reguladoras de Estado, foi constatado que apenas a **Aneel**, desde a sua criação, o previu e continua aderindo, por mais que outras agências do mesmo setor de infraestrutura como a ANP, vinculada ao mesmo ministério da Aneel, tem descartada essa ferramenta gerencial. Notou-se, também, que a Anatel igualmente não o utiliza. Reforça que este contrato, conforme mencionado, não tem obrigatoriedade de ser pactuado nas agências reguladoras de Estado. Contudo, para as agências de Governo é condição indispensável para que tais sejam qualificadas como agências executivas - de governo.

Sobre posicionamentos e construções acadêmicas, autores como Marques Neto (2002) e Aragão (2003) defendem que o contrato de gestão é uma ferramenta totalmente descabida para as agências reguladoras. Ademais, sustentam que as metas e objetivos do órgão regulador não devem estar contidos em contratos, mas sim em leis.

Nesse ponto, cumpre transcrever tais posições desses autores no sentido de revelar retamente seus entendimentos acerca do contrato de gestão. Assim, de acordo com Marques Neto (2002, p. 88-89), afirma que:

[...] em uma palavra: pretender adstringir as agências a contratos de gestão significa - **além de ser uma ignorância** do que sejam e para que sirvam os dois instrumentos (agências e contrato de gestão) – quitar a independência e a autonomia desses órgãos, **sem as quais** não se exerce a atividade regulatória (grifo nosso).

No mesmo entrecho, Aragão (2003, p. 360) sustenta que:

[...] o curioso é notar como, paradoxalmente, os contratos de gestão constituem, para o comum dos órgãos e entidades da Administração Pública, a possibilidade do aumento de suas esferas autônomas de atuação, enquanto que para as agências reguladoras representam um mecanismo de controle da Administração central sobre sua “autonomia reforçada”, que, antes de ser fruto do contrato de gestão, tem esteio diretamente na lei que as instituiu.

Conquanto reconheça a posição de autores que buscam contribuir no desenvolvimento acadêmico desse arranjo inconcluso defendendo que o contrato de gestão é uma ferramenta descabida bem como uma ignorância a sua utilização sobre o ambiente das agências reguladoras brasileiras, pois significa quitar a autonomia reforçada, ora tanto defendida, entende-se oportuno registrar alguns apontamentos sobre tais entendimentos.<sup>70</sup>

De início, a autonomia, ora buscada, não pode ser confundida como ilimitada, sobretudo no contexto nacional. A vontade do administrador público não é absoluta nem pode se pautar, exclusivamente, em critérios próprios e subjetivos. Assim, entende-se não ser infundado pensar que o agente detentor do poder, por vezes, atua até o momento em que se encontra limites; caso não encontre, admite-se que poderá ocorrer o uso abusivo deste poder, tanto em relação ao excesso arbitrário como também no aspecto relacionado a desvios de finalidades.

Cabe destacar que o contrato de gestão é uma ferramenta de planejamento e de compromisso com resultados que são acordados, em regra, em comum acordo articulados com outros setores no sentido de melhorar desempenho público. Nesse sentido, acredita-se que aquilo que não pode ser medido ou comparado, tampouco seus resultados podem ser conhecidos e divulgados.

Ainda sobre essa ferramenta de controle admite-se que a sua inserção e utilização no contexto brasileiro pode, **sim**, remeter a um instrumento de controle rígido ou mesmo de subordinação. Porém sustenta-se que **não** é o instrumento em si a causa dessas anomalias, mas a maneira pela qual tem sido utilizada no recente ambiente das agências reguladoras de Estado.

Dessa forma, conquanto não seja perfeito nem exclusivamente suficiente, aponta-se que esse instrumento, ao ser aplicado devidamente, pode trazer benefícios superiores aos possíveis desarranjos que o seu uso pode desencadear.

---

<sup>70</sup> “Desde que os povos tiveram a ideia de fazer Deus falar, cada um o fez falar à sua maneira e fê-lo dizer o que quis. Se só tivessem ouvido o que Deus diz ao coração do homem nunca teria havido mais do que uma religião na terra” (ROUSSEAU, 1712-1778).

Em outra perspectiva ou realidade<sup>71</sup> reconhece que diversos instrumentos não seriam necessários. Nesse trecho, Morin (2007) descreve que:

“[...] os indivíduos poderiam, reciprocamente, domesticar as ideias, ao mesmo tempo em que poderiam controlar a sociedade que os controla” (MORIN, 2007, p. 29).

Com isso, para esta dissertação acolhe a ideia e a finalidade precípua deste instrumento de controle como mais uma maneira de promover *accountability public*, sobretudo em um arranjo no qual seus instrumentos de controle não se encontram completamente desenvolvidos e conclusos. No entanto, reconhece que a fisionomia inserta nas agências reguladoras brasileiras bem como o modo que se propugna sugere, ao menos, repensar acerca das razões e finalidades que impulsionaram à sua criação.

Sobre o aspecto de amarrar desempenho e metas exclusivamente às leis, defendidos também por Marques Neto (2002) e Aragão (2003), entende-se que algumas regras **não** podem ser executadas simplesmente pelo fato de terem eficácia normativa, pois, entre outros aspectos, nem sempre se coadunam com os fatos concretos e tampouco são ágeis ao passo de se adaptarem a situações contingenciais. Além disso, a rígida burocratização<sup>72</sup> gerencial e operacional em leis, que por vezes nem sempre são claras, pode contribuir para que o aplicador, diante de indefinições e conceitos indeterminados, utilize de tais vazios normativos para fugir das próprias regras do setor.

Bobbio (1999, p. 37) afirma que “os ordenamentos podem ser simples ou complexos, conforme suas normas derivem apenas de uma ou mais de uma fonte”. Todavia, afirma que “os ordenamentos jurídicos, que constituem a nossa experiência de historiadores e de juristas, são complexos”, o que torna difícil o rastreamento de todas as suas normas, justamente por derivarem de fontes diversas. Nesse mesmo constructo, o autor afirma que:

---

<sup>71</sup> A realidade, sendo relativa, pode consistir na ideia de que se tem sobre o que é, em um *continuum*, real. Logo, pode ser relativamente múltipla ou mesma contingencial (fonte própria).

<sup>72</sup> Empregada no sentido pejorativo da burocracia, ou seja, suas deficiências, entre tais a rigidez excessiva. No entanto, embora seja comum sua utilização como sinônimo de expressar algo negativo, nem sempre esta abordagem da Administração apresenta esta feição (fonte própria).

a complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinho. Para vir ao encontro dessa exigência, o poder supremo recorre geralmente a dois expedientes: [...] recepção de normas já feitas, produzidas por ordenamentos diversos e precedentes [e] [...] a delegação do poder de produzir normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores.

Sendo assim, ainda que vigorem postulados tradicionais da divinização das leis, que tão-somente estas devem estabelecer o que deverá ser feito ou não pelas agências reguladoras, mesmo sobre o desempenho e metas, cumpre registrar que nem sempre o Legislativo está a par das situações concretas do setor. O parlamento, que exige como requisito de conhecimento apenas não ser analfabeto, tampouco é infalível e nem sempre detém conhecimentos técnico-especializados das diversas áreas que o arranjo regulatório interage.

Em relação ao **controle** exercido pelo Judiciário, não se questiona a importância deste no âmbito das agências reguladoras. No entanto, foram evidenciados riscos e limites que esta atuação pode desencadear. Logo, o Judiciário pode trazer efeitos positivos sobre a percepção dos agentes, principalmente acerca do respeito aos contratos nos setores regulados. Todavia, as decisões políticas ou técnicas por parte dos juízes, embora singulares, podem comprometer a credibilidade do arranjo regulatório.

Nesse aspecto, de acordo com uma pesquisa divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em abril de 2011, **constatou-se** que, em um universo de 83 mil processos que tramitam ou já tramitaram na justiça envolvendo as agências reguladoras, desde a década de 90, cerca de **60%** dos casos foram mantidas as decisões regulatórias; 18,8% dos impetrantes desistiram das ações e somente 3,3% das decisões administrativas foram reformadas, ainda assim de forma parcial pelo Poder Judiciário.

## 2ª PARTE ► DETERMINAÇÕES DO TCU NA DIMENSÃO DESEMPENHO

Em direção ao objetivo central deste estudo, à frente será descrito as principais constatações, apontamentos e achados identificados no que tange às determinações do TCU sobre o desempenho das agências Reguladoras de Estado.

Foi possível observar que a atuação do TCU em proferir determinações vinculativas na dimensão desempenho ainda é uma questão que insiste em se mostrar incompleta, em especial no campo teórico. Com efeito, de início entende-se atrativo repisar algumas considerações elementares, especialmente acerca da relação hierárquica entre o TCU e as referidas agências, bem como o teor das decisões dessa corte de contas sobre aquelas, para em seguida descrever sobre as principais constatações, discussões e apontamentos.

Assim, conforme mencionado na fundamentação teórica do presente estudo, foi verificado que no Brasil não existe hierarquia entre os Poderes. Com isso, pelo fato do TCU e as agências reguladoras de Estado pertencerem a poderes distintos não há que se falar em relação hierárquica entre eles. Porém, ausência de subordinação hierárquica não se confunde com o compromisso de prestar contas, tampouco, de agir nos ditames normativos. Assim, mesmo não havendo hierarquia, é possível que tenha controle de um poder sobre o outro, sendo exercido excepcionalmente nos limites definido pela Constituição Federal.

Descrito sobre a questão da subordinação hierárquica, objetivo intermediário desta pesquisa, adentra-se na questão referente ao teor das decisões do TCU frente às agências, que também se enquadra em tais objetivos. Constatou-se que tais decisões são inculpidas de caráter apenas administrativo; ademais são instrumentalizadas por meio de propostas de deliberação, decisões colegiadas, assumindo a forma de recomendações ou determinações. Essas decisões são aplicadas nos diversos tipos de auditorias, **inclusive** em auditorias de desempenho – *performance audit*. Reforça que, diferente das determinações, as quais revestem de força vinculativa, as recomendações não possuem caráter impositivo.

Indo mais a frente, é imperioso observar **o que** as leis ortodoxas e abertas descrevem e **o que** o TCU tem colocado em prática. Antes, contudo, apenas a título de esclarecimento, cumpre destacar que, dado o caráter desta dissertação ser substancialmente



qualitativa, os exemplos citados de auditoria ostentam tão-somente expor como o TCU tem atuado nas agências reguladoras de Estado no que tange à dimensão do desempenho.

Dito isto, constatou-se, de acordo com o Relatório de Atividades do TCU referente ao 1º trimestre de 2010,<sup>73</sup> ineficiências **operacionais** endereçadas à Aneel sobre a metodologia de reajustes das tarifas e seus respectivos impactos, ainda que sob a dimensão apenas quantitativa. Assim, constam nesse relatório, também, as seguintes informações:

Aneel modificou, no mês de março de 2010 a forma de calcular o reajuste das tarifas e corrigiu o **erro** que, de acordo com o TCU, causava **perdas de mais de R\$ 1 bilhão por ano** aos consumidores brasileiros. Segundo a Aneel, a alteração no cálculo **favorece** o consumidor, que poderá ser beneficiado com uma redução na tarifa toda vez que o mercado da distribuidora de energia elétrica crescer (TCU, 2010, p. 28, grifo nosso).

Em face desse achado, o TCU devidamente fundamentado revelou à Aneel que o critério que vinha sendo utilizado para validar os reajustes das tarifas, além de causar perdas anuais na ordem de bilhões aos consumidores, possuía uma variável diretamente proporcional entre o valor da tarifa e o crescimento do mercado de distribuição de energia elétrica. Diante disso, verificou-se inadequação metodológica do cálculo tarifário que, por conseguinte, geravam entraves diretos ao desenvolvimento econômico, além de prejuízos aos usuários desses serviços.

Em razão das alegações do TCU, a **Aneel** alterou em março de 2010 a forma de calcular o reajuste. O colegiado dessa agência **reconheceu** que alteração no cálculo favorece o consumidor, e que antes dessa alteração, quando o mercado de distribuição elétrica crescia o reajuste prejudicava cada vez mais os consumidores.

Outro exemplo, ainda mais recente, encontra-se no Relatório de Atividades do 1º Trimestre de 2011 do TCU. O Tribunal realizou auditoria no Programa Luz para Todos, de 2003 a 2010, e por infortúnio constatou que cerca de 30% das metas inicialmente estipuladas estão pendentes de ser implementadas. A situação consegue ser ainda mais penosa e preocupante na região Norte do Brasil, pois em pleno ano de 2011, mais de 830 mil famílias nessa região ainda não dispõem de energia elétrica.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Disponível em: < [www.portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/publicacoes](http://www.portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/publicacoes) >. Acesso em: 11 de ago. 2011.

<sup>74</sup> Energia elétrica, evidenciada, sobretudo, há cerca de dois séculos, e até hoje milhões de brasileiros ainda não a conhecem em seu dia a dia.

Diante dessa constatação, que tem impacto direto no desenvolvimento sócio-econômico, **quem** poderia intervir e determinar nesse (des)caso, sobretudo na região Norte? Sem esperar por esta resposta, uma vez que detém competência para tanto, o TCU deu ciência à Aneel e determinou que os métodos de fiscalização fossem aprimorados. Assim, pronunciou-se da seguinte maneira

**determinou** que a Agência Nacional de Energia Elétrica (**Aneel**), que regula o setor, melhore os métodos de fiscalização. (Acórdão nº 371/Plenário, de 16.2.2011, TC 028.492/2007-5, Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, Unidade Técnica: 1ª Sefid – Relatório de Atividades do 1º Trimestre de 2011, p. 270,<sup>75</sup> (grifo nosso).

Assim, em razão desses achados, é possível constatar que as propostas de determinações são formuladas com o objetivo de evidenciar **o quê** deve ser aperfeiçoado ou corrigido **e não como** deverá ser feito, o que confirma que o TCU não interfere na discricionariedade que os gestores dispõem de proceder em suas atividades.

Dessa forma, cabe ao gestor do órgão auditado, nos limites de suas competências e discricionariedade, a incumbência de solucionar o problema buscando alternativas viáveis. Em síntese, o TCU identifica o que deve ser corrigido e compete ao órgão responsável viabilizar os meios de como alcançar correções e aprimoramentos.

Diante do exposto, **constata-se** que o TCU tem-se manifestado por meio de determinações **mesmo** nos aspectos relativos ao desempenho das agências reguladoras de Estado.

Apenas a título de esclarecimento, é importante ressaltar que, em face da natureza desta dissertação ser essencialmente qualitativa, os exemplos citados de auditoria visam apenas registrar que o TCU tem atuado nas agências reguladoras de Estado sobre a dimensão de desempenho. Com isso, tais exemplos servem, tão-somente, para sinalizar e confirmar que o Tribunal de Contas da União pode e **tem** exarado determinações às agências reguladoras de Estado mesmo em aspectos relacionados ao desempenho dessas entidades reguladoras. Além disso, conquanto existam semelhanças, embora não prevista em tais agências reguladoras de Estado, ao citar a Aneel como exemplo é apenas ilustrativo para esta pesquisa.

---

<sup>75</sup> Disponível em: < [www.portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/publicacoes](http://www.portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/publicacoes) >. Acesso em: 11 de ago. 2011.

No entanto, como forma de primar pela imparcialidade de informações, em alusão ao contraditório e a ampla defesa, convém mencionar as principais dificuldades que a Aneel tem enfrentado ao passo de corroborar e justificar seus resultados com os achados descritos nos exemplos. Nesse sentido, apontou alguns empecilhos em seu Relatório de Gestão<sup>76</sup> referente ao ano de 2010, apresentado em março de 2011, os quais têm impactado diretamente na qualidade e desempenho operacional de seus trabalhos. Cita-se em especial a:

- **Insuficiência e Inadequação do Quadro de Pessoal:** há um déficit de servidores públicos, divulgado em 2011, de 33,5% em relação ao quadro legalmente previsto;
- **Restrições Orçamentárias Específicas para Despesas de Capital:** na Lei Orçamentária Anual (Loa), de 2010, apenas 49% das dotações iniciais foram repassadas à Aneel. Assim, foi necessário recorrer ao Legislativo para que o restante das dotações fossem atendidas, por meio de créditos especiais. Logo, não seria longe pensar que a metodologia sobre a dotação orçamentária inicial estava subestimada ou esse contingenciamento pode ser uma forma de aprisionar o colegiado da agência aos favores do Legislativo. Descarta a primeira, pois foi atendido o restante inicialmente estimado por meio de créditos especiais;
- **Contingenciamento Orçamentário e Financeiro:** o vultoso contingenciamento orçamentário em 2010 impactou na perspectiva da Aneel não ter disponíveis, na sua totalidade, os créditos necessários à implementação de suas ações, o que influenciou negativamente em seus processos licitatórios; e
- **Responsabilidades e Interfaces inter-Institucionais:** a atuação da agência por vezes é conjunta com outras áreas e instituições e a convergência entre os diversos interesses dissonantes não se resume em procedimentos estreitos de inter-relação. Assim, sinaliza a questão da articulação institucional que nem sempre é uma questão de cunho pragmática.

Nesse diapasão, foi verificado que a referida agência encontra diversos desafios e empecilhos de assegurar o desempenho e a qualidade operacional, tanto esperada pela sociedade. Em face desses (des)arranjos que distanciam da sua própria alçada, aponta-se a necessidade de se estabelecer uma identidade regulatória com regras mais claras, além de afirmar a autonomia orçamentária imprescindível em tais agências como forma de viabilizar maior agilidade e independência em suas atividades.

---

<sup>76</sup> Relatório de Gestão do exercício de 2010, divulgado em março de 2011 aos órgãos de controle interno e externo como prestação de contas anual a que esta Unidade está obrigada nos termos do art. 70 da Constituição Federal. Disponível em: < [www.aneel.gov.br](http://www.aneel.gov.br) >. Acesso em: 22 de jul. 2011.

Portanto, observa-se que além do que prescreve os manuais de auditoria, inclusive do TCU, foi demonstrado na prática como tem sido feito o controle realizado pelo TCU no âmbito das agências reguladoras de infraestrutura sob a dimensão do desempenho. Constatou-se que o TCU tem influenciado o arranjo regulatório, contribuindo na melhoria operacional, manifestando-se por meio de determinações mesmo nos aspectos relativos ao desempenho, *performance audit*, sobre as agências reguladoras de Estado. Contudo, isso não implica dizer que o TCU é órgão certificador ou instância revisora dos atos praticados pelos órgãos reguladores, já que esse não é o seu papel Constitucional.

Em suma, é importante realçar que determinações ou recomendações devem ser analisadas sob um ponto consensual e nos limites legais, pois refere-se até mesmo em uma questão de (in)segurança jurídica de certos conceitos e definições ora empregadas. Assim, aponta-se o risco que tais determinações, quando infundadas, serem passíveis de ocasionar, ao menos, entropia ao modelo.

### **3ª PARTE ► COMPETÊNCIA DO TCU NAS AGÊNCIAS DE ESTADO**

Constatou-se na literatura brasileira autores, como Aragão (2003) e Gomes, E (2006), que sustentam que a atuação do TCU ultrapassa suas competências, sendo ilegítima. Diante do enfoque desta dissertação, não se pretende valorar juízo sobre posições e construções acadêmicas, por entender que distancia do objetivo central deste estudo. Não obstante, será feito alguns apontamentos de acordo com a proposta inicial deste estudo.

Dito isso, de acordo com Gomes, E (2006, p. 628) o autor, mesmo posicionando-se de forma contrária sobre a atuação do TCU no ambiente regulatório, de forma paradoxal concorda que: “é fundamental e até tardia, a preocupação do TCU com a medição do desempenho ou de dimensões como efetividade no uso dos recursos públicos.”

Além disso, Gomes, E (2006) descreve que o Brasil tem seguido os preceitos da nova gestão pública focalizada na responsabilização dos administradores públicos com ênfase sobre os resultados. Ademais, o referido autor acrescenta que a Entidade de

Fiscalização Superior brasileira (TCU) tem seguido, de forma similar, as Entidades Superiores de outros países como Estados Unidos (GAO)<sup>77</sup> e Reino Unido (NAO).<sup>78</sup>

Entretanto, Gomes, E (2006) sustenta que o TCU tem invadido esfera diversa que deveria ser exclusiva das agências. Além disso, o autor defende que o vocábulo operacional não pode ser traduzido como sinônimo de desempenho e, com isso, o TCU estaria legislando e usurpando outras funções.

Em primazia à imparcialidade, apenas uma ressalva de outro autor que contrapõe argumentos de Gomes, E (2006).

Assim, embora com sobrenome homônimo, mas com posicionamento distinto, Gomes, M (2007, *in* Peci, p. 179-204), defende que o TCU ao proferir determinações sobre o desempenho no ambiente regulatório **não** invade seara alheia nem, tampouco, usurpa a função dos reguladores. Além disso, menciona que: “o papel do controlador não se embaraça com o do regulador, porém busca complementar a dimensão da eficiência e transparência pública.” Sustenta ainda que a competência do TCU sobre as auditorias operacionais - *performance audit* - tem assento na Constituição Brasileira. Ademais, as normas da Intosai, acolhidas pelo Brasil, regulamentam o termo operacional como sinônimo de desempenho.

Logo é possível verificar que algumas discussões acadêmicas são oriundas de lacunas ou interpretações sobre questões (im)próprias de conceitos, definições e significados. Assim, diversos desafios no atual arranjo regulatório são decorrentes da carência de definições nítidas do papel e alcance do controle do TCU nas agências reguladoras, o que ocasiona, por vezes, intelecções, inferências e interpretações distorcidas a respeito desses conceitos ainda não determinados ou mesmo indeterminados.

---

<sup>77</sup> GAO: *U.S Government Accountability Office* - concept currently. Disponível em: < [www.gao.gov](http://www.gao.gov) >. Acesso em: 10 de ago. 2011.

<sup>78</sup> NAO: *National Audit Office*. Disponível em: < [www.nao.org.uk](http://www.nao.org.uk) > Acesso em: 10 de ago. 2011.

Dessa forma, sobre expressões e conceitos jurídicos indeterminados, de acordo com Di Pietro (2007, p. 97), aponta que:

a expressão conceito jurídico indeterminado, embora bastante criticável, ficou consagrada na doutrina de vários países, como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e, mais recentemente, no Brasil, sendo empregada para designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontrados com grande frequência nas normas jurídicas dos vários ramos do direito. Fala-se em boa-fé, ordem pública, notório saber, notória especialização, moralidade, razoabilidade e tantos outros.

Além disso, Guerra (2009, p.15 apud PERES LUÑO, 1999, p. 53) adverte que os principais assuntos cotidianos “não podem ser perfeitamente compreendidos – ou sequer explicados – sem referência expressa à segurança jurídica”. Assim, descreve que para:

*[...] dar cuenta de los nuevos rumbos por los que discurre la proyección jurídica de la seguridad como valor fundamental [...] exige revisar El concepto de la seguridad jurídica; su relevância em El Estado de Derecho, lo que obliga a reconsiderar su conexión com los demás valores, em particular, com la justiça.*

Em face disso, entende-se que outras questões, inclusive axiológicas,<sup>79</sup> devem ser integradas à aplicabilidade de normas, pois o parlamento, ou melhor, os parlamentos que as elaboram nem sempre são infalíveis e tampouco se encontram imunes a interferências de grupos de interesses ou mesmo a coalizões políticas.

Logo, seria ingenuidade pensar que as leis são divinas e com isso poderiam ser aplicadas caso for, independente do contexto e dos resultados, pois nessa visão simplista oitocentista, seria um retrocesso da própria evolução do Estado democrático em prescrever que os fins justificam os meios a qualquer custo, nem que para isso seja necessário transgredir a ética.

“É possível que ações perversas conduzam a resultados felizes, justamente pelas reações que provocam. Então, **não** é absolutamente **certo** que a pureza dos meios conduza aos fins desejados, nem que sua impureza seja necessariamente nefasta”. (MORIN, 1995, p. 88, grifo nosso)

---

<sup>79</sup> Axiologia é um ramo da filosofia que estuda os valores.

Desta feita, prestar contas pode ser visto como uma importante tarefa moral cometidas ao administrador público, que não gerencia recursos próprios, mas do povo, tendentes à consecução do bem comum. É interessante que haja uma ponderação consensual de valores e dignidade à luz dos custos, benefícios e implicações que determinadas decisões podem ocasionar em diversos setores. (GUERRA, 2009).

Nota-se que não há diferenças entre o controle que os tribunais de contas exercem nos órgãos e nas entidades da Administração e o controle que deve ser realizado nas agências reguladoras, as quais também integram a estrutura da Administração.

Ademais, conforme Di Pietro (2002, p. 65) “nenhuma lei poderá limitar a competência do Tribunal de Contas da União, uma vez que tal competência origina-se da própria Constituição Federal”. Ainda nesse mesmo trecho, afirma que:

[...] tal como o Poder Judiciário, o Tribunal de Contas, na qualidade de órgão auxiliar do Poder Legislativo, **pode controlar** as agências reguladoras no seu papel de executora dos contratos de concessão (grifo nosso).

Por fim, para findar essa discussão da competência ou não do TCU em exercer auditorias de desempenho, convém ilustrar números antes palavras, uma vez que contempla o resultado, ou seja, o desempenho tanto esperado, sobretudo pela sociedade.

Para tanto, a seguir encontra-se tabela consolidada dos benefícios financeiros promovidos pelas ações de controle do TCU no ano de 2010. Tais informações foram extraídas do relatório de atividades anual, exercício de 2010, publicado pelo TCU. Antes, porém, antecipa-se que os valores que serão apresentados na próxima tabela limitam-se **apenas** aos benefícios **financeiros**. Sob outras dimensões, torna-se ainda maior os impactos advindos com a atuação desse tribunal. Dessa forma, segue tabela:

Tabela 5 – Benefícios Financeiros do Controle do TCU no ano de 2010.

Benefício	Acórdão	Processo	Valor (R\$)
Aplicação de multa prevista em contrato ou em legislação específica	919-5/2010-1C	013.345/2005-7	17.523.449,03
Correção de vícios, defeitos ou incorreções no objeto contratado	578-9/2010-PL	020.036/2007-8	33.040.000,00
	621-10/2010-PL	001.205/2008-8	325.136.015,73
Eliminação de desperdícios ou redução de custos administrativos	123-3/2010-PL	009.789/2009-0	45.000.000,00
	577-9/2010-PL	007.591/2009-8	19.237.500,00
Glosa ou impugnação de despesa	462-8/2010-PL	018.509/2008-9	249.517.650,05
	1.287-9/2010-2C	020.108/2006-0	15.000.000,00
Redução de tarifa pública	131-3/2010-PL	017.309/2009-1	460.900.000,00
Redução de valor contratual	29-1/2010-PL	005.788/2009-4	104.257.922,62
	1.099-6/2010-1C	019.826/2004-8	67.468.800,00
	189-4/2010-PL	000.543/2008-0	38.000.000,00
Restituição de recursos ao órgão repassador	291-1/2010-1C	027.368/2008-8	26.583.176,00
	919-5/2010-1C	013.345/2005-7	17.523.449,03
	1.107-6/2010-1C	009.177/2003-7	10.903.848,09
<b>TOTAL</b>			<b>1.430.091.810,55</b>

Fonte: Relatório de Atividades Anual, TCU, 2010, p. 20.

Disponível em: < [www.portal2.tcu.gov.br/publicacao](http://www.portal2.tcu.gov.br/publicacao) >. Acesso em: 27 de ago. 2011.

Em conformidade com a Tabela 5 é possível observar as diversas formas pelas quais foram alcançados os benefícios bem como as decisões e os respectivos processos separados por valor. Além do mais, esse valor total deve ser acrescido, também, com o benefício que sucede com o prejuízo cessante das interrupções e impugnações de despesas ilegais e, por conseguinte, das imposições de multas, conforme a seguinte figura:

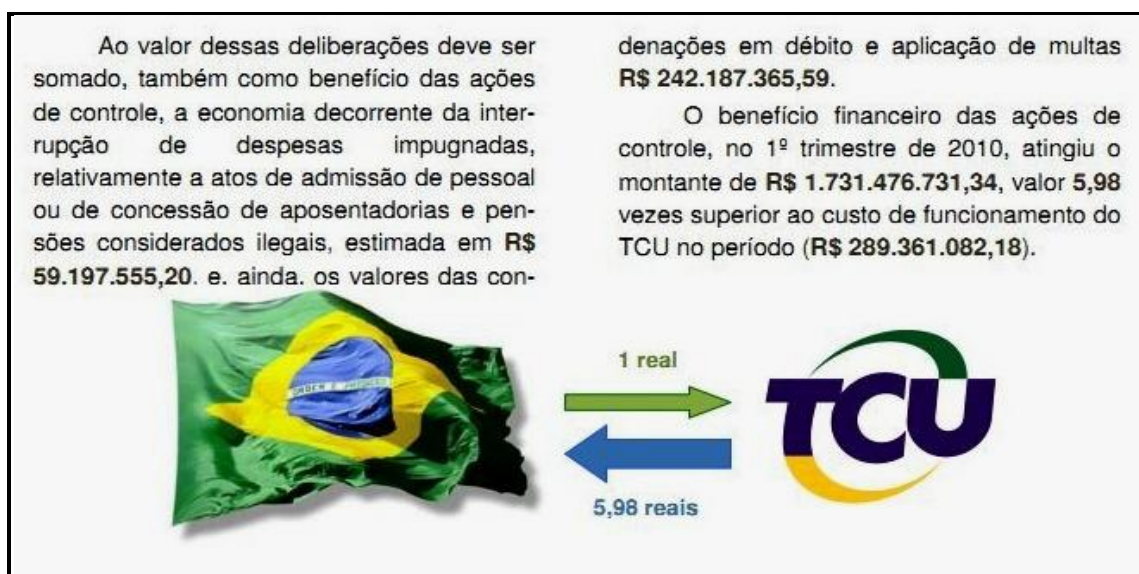


Figura – 8 Benefícios e Retorno Financeiros da Atuação do TCU em 2010.

Fonte: Relatório de Atividades Anual, TCU, 2010, p. 20.



Em face dos dados publicados, sustenta-se que um tribunal que devolve cerca de **seis vezes** o que recebe de recurso é, senão, orientado à economicidade e à eficiência em suas atividades. Com efeito, entende-se dispendioso discorrer acerca dessa atuação legítima, haja vista que a própria Constituição brasileira disciplina que TCU realize auditorias operacionais, as quais foram regulamentadas e aceitas pelo ordenamento brasileiro como sinônimo de auditoria de desempenho.

Diante do exposto, finda-se este capítulo, o qual buscou revelar as principais constatações e discussões acerca do objeto delineado por esta pesquisa. Além disso, foram feitos alguns apontamentos não como forma de combater os existentes, mas para açular a (des)construção de conhecimentos e reforçar a importância do assunto desta dissertação para o contexto brasileiro.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este capítulo tem objetivo de promover um desenlace dos questionamentos apresentados nesta pesquisa em consonância com a metodologia adotada. No entanto, de início não se finda; Constata-se, pois seria paradoxal propor qualquer prescrição funcional-mecanicista para um arranjo que se mostra dinâmico, orgânico e repleto de situações contingenciais.

Entende-se que reduzir o assunto do complexo ao simples seria um retrocesso aos postulados deterministas que vedam a inovação e a intenção de romper ou (re)construir dimensões do saber. Dessa forma, em atendimento objetivo central deste estudo, serão descritas considerações finais com base nas informações colhidas nesta pesquisa.

Assim, no plano de evidenciar a influência do TCU no desempenho das agências de Estado, convergiram-se esforços nas seguintes dimensões: Regulação, Agências e Controle. Além disso, em razão da abrangência do objeto desta pesquisa, entendeu ser prudente tratá-lo sob a perspectiva interdisciplinar, ou seja, acolhendo contribuições de outras áreas de conhecimento com o propósito de realizar uma contextualização conjunta, sem, contudo, apartar da temática precípua da Administração Pública.

Assim, observou-se que a regulação não é assunto reservado à modernidade. No Brasil, diversos mecanismos e espécies foram criados no início do século passado. Porém, a regulação operada por agências reguladoras, esta sim é um marco a época presente. Nesse contexto, foram criadas as primeiras agências reguladoras brasileiras ao longo da última década do século passado com a finalidade de operacionalizar a regulação estatal.

Em relação às agências reguladoras até então presentes no contexto federal, verificou-se que todas são autarquias de natureza especial com apenas vinculação aos seus respectivos ministérios. Logo, houve uma espécie de mimetismo no que diz respeito às suas naturezas jurídicas. Todavia, observou-se que não há, no atual ordenamento, nenhuma norma que determine que a atividade de regulação deva, obrigatoriamente, ser exercida por autarquias. Além disso, sinaliza-se para o fato de não ser, genericamente, o modelo único ou ótimo de regulação e que, por vezes, a própria Administração Direta poderia desenvolver atividades regulatórias sem, no entanto, acrescer a máquina administrativa, o que torna convidativo, em outra perspectiva e oportunidade, pesquisar se algumas agências realmente deveriam existir.

Além disso, verificou-se que tanto a reforma regulatória quanto o controle sobre o arranjo regulatório encontram-se inconclusos. Dessa forma, buscou-se inspecionar, além da atuação do TCU, outros instrumentos de controle sobre as agências reguladoras de Estado que, para esta dissertação, foram denominados de “Remédios de Controle”. Dentre as “substâncias” contidas no rol desses “remédios” destaca-se o contrato de gestão que carece de consenso tanto em relação a posições acadêmicas como também de aplicabilidade no âmbito das entidades reguladoras brasileiras. Com efeito, foi possível verificar que, das três agências reguladoras de infraestrutura analisadas, apenas a Aneel vem acolhendo o contrato de gestão, o qual foi instituído nessa agência desde a sua criação.

Não obstante de existir posições antagônicas acerca do contrato de gestão sobre o ambiente da regulação, entende-se que esse instrumento, ao ser aplicado devidamente, pode trazer benefícios superiores aos possíveis desarranjos que o seu uso pode desencadear, principalmente no contexto da regulação brasileira em que instrumentos de controle não se encontram completamente desenvolvidos.

Ainda sobre outros meios de controle no arranjo regulatório, destaca-se a atuação do Poder Judiciário. De antemão, não se questiona que a atuação judiciária pode trazer efeitos positivos sobre a percepção dos agentes, principalmente acerca do cumprimento dos contratos nos setores regulados. Contudo, decisões políticas ou técnicas por parte dos juízes, ainda que singulares, podem comprometer a autonomia e a credibilidade que as agências reguladoras necessitam para disciplinarem mercados.

Nesse sentido, verificou-se que o Judiciário brasileiro tem atuado com providência sobre questões de cunho técnicas especializadas, acolhendo, na maioria dos casos, as decisões técnico-discrecionárias emanadas pelas agências reguladoras, o que enseja, conquanto em curso, em uma identidade de autonomia técnica e administrativa dessas entidades reguladoras, **ao menos** por parte do Poder Judiciário.

Em relação à atuação do TCU sobre as agências reguladoras, observaram-se alguns pontos que ainda se mostram sem consenso, especialmente sobre a atuação do TCU no desempenho das agências reguladoras de Estado.

Não obstante, foi possível verificar que o TCU tem se manifestado por meio de recomendações e determinações mesmo nos aspectos relacionados ao desempenho dessas agências reguladoras. Contudo, isso não significa afirmar que o TCU é órgão superior ou instância revisora dos atos praticados pelas entidades reguladoras, vez que esse não é o seu papel institucional. Além disso, cumpre enaltecer que não há hierarquia entre o TCU e as agências reguladoras.

Com efeito, quando o Tribunal de Contas da União profere determinações, as quais se revestem de natureza vinculativa, não invade seara alheia nem, tampouco, usurpa a função dos reguladores. Isso se dá pelo fato do TCU não adentrar no aspecto relacionado à discricionariedade que os gestores dispõem de proceder em suas atividades. Em síntese, o TCU identifica o que deve ser corrigido e cabe ao gestor da entidade reguladora viabilizar os meios de como sanar tais achados de ineficiências. Além disso, é importante sublinhar que o papel do controlador não se confunde com o do regulador, apenas busca complementá-lo visando à eficiência e, por conseguinte, à racionalização da Administração Pública.

No entanto, admite-se que essas determinações ou recomendações devem ser vista, também, sob uma ponderação consensual e construtiva. Assim, sinaliza os riscos que tais determinações, quando infundadas, podem acarretar ao modelo. Nesse interim, sustenta-se que o controle dos resultados na administração pública, de forma descentralizada, depende de um grau de confiança limitado aos agentes públicos, que, mesmo com estrito monitoramento permanente, devem ter competência suficiente para escolher os meios mais apropriados ao cumprimento das metas estabelecidas.

Defende-se que auditoria operacional realizada pelo TCU, definida como auditoria de desempenho por este tribunal, conforme preceitos da Intosai, não significa ampliação de escopo, mas tão-somente um vocábulo que define a finalidade precípua desta auditoria. O amparo encontra-se em normas, inclusive internacionais, acolhidas pelo ordenamento brasileiro.

Assim, não se discute, nesta dissertação, a legitimidade do TCU em promover auditorias de desempenho, pois, conforme descrito, o respaldo advém tanto da Constituição da República brasileira quanto em normas aceitas pelo ordenamento nacional. Além disso, no sentido de corroborar posicionamentos dessa discussão, entende-se que, nesse ponto, ilustrar números em vez de palavras pode propiciar uma visão consolidada e pragmática sobre a atuação do TCU na dimensão desempenho.

Nesse sentido, de acordo com o relatório de atividades anual publicado pelo Tribunal de Contas da União, em 2010, foi constatado que o TCU tem influenciado no desempenho da Administração Pública, inclusive no arranjo regulatório, com medidas tanto de assessoria como também punitivas no sentido de resguardar o erário público contribuindo, dessa forma, pela própria eficiência do aparato estatal. Nesses termos, sustenta-se que um tribunal de contas que devolve cerca de seis vezes o que recebe de recursos financeiros é essencialmente orientado à economicidade e à eficiência em suas atividades e, com isso, mostra-se indispensável, também, no contexto das agências reguladoras que, conquanto criadas a menos de duas décadas, não se encontram imunes à patológica genética da federação político-brasileira.

Outra forma, ainda que simplista de fundamentar o presente entendimento é comparar, dentro de uma sistemática válida e sob um determinado contexto, possíveis relações ou implicações que a presença ou não de um organismo externo pode desencadear. Assim é possível verificar se existem correlações, inclusive fenomenológicas, entre o organismo externo e o ambiente demarcado.

Diante disso, incita-se um convite a seguinte reflexão: se com a presença do TCU, ainda que com recursos escassos, gestores e responsáveis por bens e valores públicos promovem tamanha sinuosidade com os recursos públicos, inclusive no âmbito das agências reguladoras, **o que pensar** se caso não houvesse esse tribunal de contas? Decerto, não seria distante inferir, mesmo sob uma visão qualitativa, que os prejuízos e as culturas patrimonialistas estariam ainda mais vultosos.

Em face do exposto, sintetiza-se que a atuação do TCU no contexto regulatório é, senão, de assegurar regularidade, transparência e assessoramento aos atos das agências reguladoras a fim de evitar que tais entidades distanciem dos limites impostos por lei ou de que divirjam de suas missões institucionais. Ademais, o controle externo dos reguladores, idealmente, é uma forma de fortalecimento do próprio ambiente regulatório, podendo ensejar no aumento da credibilidade de compromissos assumidos

Portanto, observa-se que o TCU tem influenciado o modelo regulatório, paralelamente com o mesmo enfoque, a eficiência pautada no interesse público-coletivo, sem, no entanto, regular o mercado, deliberando determinações mesmo nos aspectos relacionados ao desempenho, *performance*, dessas agências reguladoras de Estado - infraestrutura.

Por fim, é importante enfatizar que existem pontos poucos iluminados que podem ser desenvolvidos e aprimorados, inclusive o fortalecimento da identidade e autonomia institucional das agências reguladoras de Estado que, por vezes, são aprisionadas, ora por questões políticas ou mesmo por manobras de contingenciamento orçamentário. Além disso, foi observado que não existe uma lei geral das agências reguladoras, nem mesmo uma definição legal de agência reguladora.

Com isso, diante desses vazios normativos, sinaliza-se, nestas linhas finais deste estudo, a importância de delimitar melhor as competências, atribuições e posicionamentos dessas entidades reguladoras na estrutura do Estado no sentido de garantir maior transparência aos mercados e agentes envolvidos, inclusive à sociedade. Logo, torna-se premente a normatização do recente arranjo regulatório com regras claras e critérios de mensuração de seus impactos tanto para o mercado como para a sociedade.

No próximo capítulo, no sentido de contribuir para o desenvolvimento de novas pesquisas, segue algumas sugestões envolvendo assuntos que esta dissertação permeou, mas que, diante da demarcação e complexidade do assunto, não foram explorados.

## 6 SUGESTÕES

No percurso desta dissertação foi possível observar alguns pontos que, embora ultrapassem a demarcação inicialmente proposta, possuem alguma relação com este estudo e, por conseguinte, podem ser explorados em outros trabalhos acadêmicos. Assim, a título de contribuição e com intuito de sinalizar alguns achados, os quais podem ser objeto de novas pesquisas, segue algumas sugestões:

- a) O Conselho Nacional de Justiça, uma agência do Judiciário **ou** um novo modelo de regulação colegiada que incluem, inclusive, cidadãos em seu colegiado?
- b) Sabatina: até ponto há critérios nítidos e definidos? O Legislativo Federal **aprova** ou apenas **concorda** com as indicações do Executivo no arranjo regulatório?
- c) Sistema de jurisdição: Contencioso ou Uno? Não caberia um sistema misto para os organismos apartados dos três poderes como o TCU e as agências reguladoras de Estado?
- d) Foi revelado nesta dissertação que a cada **um** real alocado ao TCU ele devolve cerca de **seis**. Com efeito, sem aprofundar na questão dos dividendos sociais, os quais nem sempre são de fácil mensuração, questiona-se, de acordo com a Figura 9: **até que ponto** os percentuais sobre limites de despesas com pessoal estipulados pela lei complementar de n.º 101, de 2000, **estão** equacionados eficientemente? Representam o “ponto ótimo” de alocação?

LIMITES POR ESFERA		
FEDERAL	ESTADUAL	MUNICIPAL
Legislativo (TCU): 2,5%	Legislativo (TCE): 3%	Legislativo (TCM): 6%
Judiciário: 6%	Judiciário: 6%	
Executivo: 40,9%	Executivo: 49%	Executivo: 54%
MPU: 0,6%	MPE: 2%	

Figura 9 – Limite de Despesas com Pessoal (LRF).

Fonte: própria, com base na Lei Complementar de n.º 101, de 2000, (LRF).

- e) De acordo com o projeto de polarização,<sup>80</sup> um estudo de planejamento e dimensão territorial que visa configurar e construir uma base para o horizonte de 2027, sendo uma inovação para o planejamento e gestão das políticas públicas ao propor o recorte do território brasileiro em 11 macro-regiões e 118 sub-regiões compatíveis entre si e a eleição de 29 pólos como foco nas ações do governo, questiona-se: será que a regulação, o sistema tripartite bem como os instrumentos de controle comportam esta nova concepção estratégica?

---

<sup>80</sup> Estudo desenvolvido pela Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que servirá para subsidiar a inserção da dimensão territorial no planejamento governamental.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, F. L. **La responsabilización (“accountability”) en la nueva gestión pública latino-americana.** In: CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD). La responsabilización en la nueva gestión pública latino americana. Clad, set. de 2000.

\_\_\_\_\_. **Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático:** a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (Org.). Reforma do Estado e administração pública gerencial. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

\_\_\_\_\_. **Trajetória recente da gestão pública brasileira:** um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. REVISTA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, Rio de Janeiro, Ed. Especial, p.67-86, ago, 2007.

\_\_\_\_\_. **“O Impacto do Modelo Gerencial na Administração Pública: Um Breve Estudo sobre a Experiência Internacional Recente”.** Brasília: ENAP, 1996.

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo.** Buenos Aires: Bosch. Casa Editorial, 1970.

AFONSO DA SILVA, J. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ARAGÃO, A. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras.** São Paulo: Forense, 2006.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **A aparente autonomia das Agências Reguladoras.** In: MORAES, Alexandre (Org). Agências Reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002.

ARAÚJO, Anedie Oliveira; OLIVEIRA, Marcel Le Colares. **Tipos de pesquisa.** Trabalho de conclusão da disciplina Metodologia de Pesquisa Aplicada a Contabilidade - Departamento de Controladoria e Contabilidade da USP. São Paulo, 1997.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. **Understanding regulation.** New York: Oxford University Press, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo.** 70. ed. 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Apontamentos sobre as agências reguladoras.** In: MORAES, Alexandre (Org.). Agências reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002.

BEMERGUY, Marcelo. **O papel do controle externo na regulação de serviços de infraestrutura no Brasil**. 2004. Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União, Brasília, 2004. Disponível em: < [www.portal2.tcu.gov.br](http://www.portal2.tcu.gov.br) >. Acesso em: 18 jul. 2011.

BRASÍLIA, DF. Tribunal de Contas da União. Secretaria de desestatização. **Manual de Auditoria de Natureza Operacional**. Brasília, 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Padrões de Auditoria de Conformidade**. Brasília, 2009a.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05, out.1988. Disponível em: < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) >. Acesso em agosto de 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Tribunal de Contas da União. Brasília. TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. Disponível em: < [www.portal2.tcu.gov.br](http://www.portal2.tcu.gov.br) >. Acesso em: 23 ago. de 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual de auditoria operacional**. Tribunal de Contas da União. 3. ed. Brasília. TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010. Disponível em: < [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br) >. Acesso em 18 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Padrões de Monitoramento**. Brasília, 2009b.

BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Legislação Administrativa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. 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. Disponível em: < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9427](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427)>. Acesso em: 22 de maio de 2011.

BRASIL. Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9472](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472)>. Acesso em: 22 de maio. 2011.

BRASIL. Lei nº 9.478 de 06 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. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm)>. Acesso em: 22 de maio 2011.

BRASIL. Medida provisória n.º 1.569-9, de 11 de dezembro de 1997. Estabelece multa em operações de importação, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília. 1997. Seção 1.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE)**. [1995]. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/publi\\_04/colecao](http://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao)>. Acesso em: 20 mar. 2011.

BOBBIO, Norberto (Org.). **Dicionário de Política**. Brasília: Ed. UnB, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BORGES, H.L. **O Controle Externo das Agências Reguladoras no Brasil**. Dissertação. (Mestrado em Economia). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Setembro, 2004.

BORGES, H. L.; PINTO JÚNIOR, H. Q.; ULYSSEA, G. L. **Análise Comparativa de Agências de Regulação de Energia**. Relatório Final do Projeto de Pesquisa “As Novas Práticas de Regulação: experiência internacional e lições para o caso brasileiro”. Grupo de Energia, IE/UFRJ. Abril, 2001. Rio de Janeiro, Brasil.

BOYTON, C. W. **Auditoria**. São Paulo: Ed. Atlas, 2002

CERVO, Amando Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. São Paulo: Marrom Books, 1996.

CHAVES, F.E.C. **Controle Externo da Gestão Pública**. Niterói: Impetus, 2009.

CALDAS, Miguel. “**Towards a More Comprehensive Model of Managerial Innovation Diffusion: Why consultants are not the only ones to blame.**” Paper presented during the Annual Meetings of the Academy of Management. Cincinnati, OH, August, 1996.

CALDAS, Miguel. “**Santo de casa não faz milagre: Condicionantes nacionais e implicações organizacionais da fixação brasileira pela figura do ‘Estrangeiro.**” In: Prestes Motta, F. e Caldas, M. (Org.). **Cultura Organizacional e Cultura Brasileira**: p. 73-93. São Paulo, Atlas, 1997.

COSTA FILHO, Carlos Roberto Pio. **Reforma do Estado e democracia no Brasil: dilemas e perspectivas**. Brasília: UNB, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A defesa do cidadão e das res pública**. Revista do Serviço Público, 49 (2) abr./jun. 1998, p. 127-130.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São: Atlas, 2002

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FADUL, Élvia. **Dinâmicas contemporâneas na regulação de serviços públicos**. In: PECL, Alketa (Org.) *Regulação no Brasil: desenho, governança, avaliação*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 9 – 30.

FIANI, R. **Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras**. Rio de Janeiro. 1998.

FRANÇA, Júnia Lessa. **Manual para normalização de publicações técnico-científicas**. 8. ed. rev. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009.

IBÁÑEZ, T. *La construccion del conocimiento desde una perspectiva socioconstruccionista*. Em M. Montero (Org.), *Conocimiento, realidad y ideologia* (p. 39-48). Caracas: Asociacion Venezolana de Psicologia Social /AVEPSO. 1994.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas. 1991

GOMES, M. B. **O controle externo de agências reguladoras no Brasil em perspectiva comparativa: lições, eventos recentes e desafios futuros**. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Anales. Panamá, out. 2003.

GONÇALVES, C. A.; MEIRELLES, A. M. *Projetos e Relatórios de pesquisa em Administração*. São Paulo: Atlas, 2004.

GUERRA, Eduardo Martins. **Os Controles internos e externos da Administração Pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GUERRA, Sérgio. TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINSTRATIVO E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, março, abril, maio, 2009. Disponível em: < [www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp) >. Acesso em: 08 de ago. de 2011.

*Government Accountability Office (GAO). Government Auditing Standards*. Washington, 2007. Disponível em: < [www.gao.gov](http://www.gao.gov) >. Acesso em: 28 jul. 2011.

GRAHAM, C.. **Is there a Crisis in Regulatory Accountability?** In Baldwin, R., Scott, C. e Hood, C., *A Reader on Regulation, Oxford Readings in Socio-Legal Studies*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press. 1998, pp. 482 – 522.

HANCHER, L. e MORAN, M. **Organizing Regulatory Space**. In Baldwin, R., Scott, C. e Hood, C., *A Reader on Regulation, Oxford Readings in Socio-Legal Studies*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press. 1998, pp. 148-173.

HAWLEY, A. H. Human Ecology. In: Sills, D.L. (Ed.). **International Encyclopedia of Social Sciences**. New York: Macmillan, 1968.

HOLBURN, G. L. F.; SPILLER, P. T.. **Institutional or structural: lessons from international electricity sector reforms** in Brousseau, E. e Glachant, J.M. *The Economics of Contracts: Theories and Applications*. New York, EUA: Cambridge University Press, 2002.

HEIDEGGER, M. (1988). **El ser y el tiempo**. 2. ed. Mexico: *Fondo de Cultura Economica*. (Original publicado em 1927)

HOUAISS, A. (Ed.). **Novo dicionário Folha Webster's: Inglês/Português, português/Inglês**. Co-editor Ismael Cardim. São Paulo: 1996.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **O Brasil na virada do milênio**. Brasília: IPEA, 1997. v. 2.

*International Organization of Supreme Audit Institutions (Intosai)*. **Auditing Standards Basic Principles in Government Auditing**. (ISSAI 100). Viena, 2001. Disponível em: <www.issai.org>. Acesso em: 12 de maio, 2011.

\_\_\_\_\_. **Implementation Guidelines for Performance Auditing** (ISSAI 3000). Viena, 2004. Disponível em: <www.issai.org >. Acesso em: 15 de maio, 2011.

JENSEN, M.; MECKLING, W. **Theory of the firm: managerial behavior, agency cost and ownership structure**. Journal of Financial Economics, v. 3, n. 4, pp. 1-78, oct. 1976.

JUSTEN FILHO, M. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

MAJONE, G.. **The Rise of the Regulatory State in Europe**. In Baldwin, R., Scott, C. e Hood, C., A Reader on Regulation, Oxford Readings in Socio-Legal Studies. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 1998, pp. 192-215.

MAJONE, G. **Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança**. REVISTA DO SERVIÇO PÚBLICO, jan./mar. 1999.

MARQUES NETO, F. de A. **Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado**. São Paulo: Abar, 2003.

MARSHALL, M.N. **Sampling for qualitative research**. *Family practice*. v.13, n.6, pp.522-525. Oxford University Press, 1996b.

MARTINS, H. F. (2004). **Reforma do Estado na era FHC: diversidade ou fragmentação da agenda de políticas de gestão pública**. Tese de Doutorado. Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros: 2006

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORIN, E. (1995). **Introdução ao pensamento complexo**. Lisboa: Instituto Piaget.

NIETZSCHE, F. W. (1978). **Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral**. Em F. Nietzsche (Org.), *Obras incompletas* (pp. 45-52). São Paulo: Abril Cultural. (Original publicado em 1873).

NUNES, E. (2001). **O quarto poder: gênese, contexto e controle das agências regulatórias**. In Seminário Internacional sobre Agências Reguladoras de Serviços Públicos, Brasília, DF, Brasil.

OLIVEIRA, Marcelle Colares. **Análise do conteúdo e da forma dos periódicos nacionais de contabilidade**. 2001. 157 f. Tese (Doutorado em Administração). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

PAIXÃO, Inaldo. **Introdução à Auditoria Operacional**. Rio de Janeiro, FGV, 2008.

PACHECO, Regina Sílvia. **Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle**. REVISTA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, v. 40, n. 4, p. 523-543, 2006.

PECI, Alketa; ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Org.) **Regulação no Brasil: desenho, governança, avaliação**. São Paulo: Atlas, 2007

PECI, Alketa. **Regulação no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2007a.

\_\_\_\_\_.;PECI, Alketa. **Desestatização como estratégia de reforma do Estado: análise preliminar da privatização no Brasil de Nova República**. REVISTA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, v. 33, n. 3, p. 191-207, 1999.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (Orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006

PINTO JR., H.Q. **As Missões de Regulação de Energia e a Revisão do Desenho Institucional: experiência internacional e lições para o caso brasileiro**. Relatório de Pesquisa MME – PNUD. Rio de Janeiro, Brasil, 2003.

PIRES, J. C. L., GOLDSTEIN, A. **Reestruturação competitiva e regulação nos setores de energia elétrica e de telecomunicações**. Tese. (Doutorado em Economia). Rio de Janeiro: Instituto de Economia, UFRJ, 1999a.

PIRES, J. C. L., PICCINI, M. S. **A regulação dos setores de infraestrutura no Brasil**. In: GIAMBIAGI, F., MOREIRA, M. (Orgs.). *A Economia Brasileira nos Anos 90*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999.

POLLITT, Christopher; GIRRE, Xavier; LONSDALE, Jeremy; MUL, Robert; SUMMA, Hilikka; WAERNESS, Marit. **Performance or compliance? Performance audit and public management in five countries**. Oxford University Press. Oxford, 2002.

PRZEWORSKI, A. **Sobre o desenho do estado: uma perspectiva agente x principal**. In: PEREIRA, L. C. B.; SPINK, P. K. (Orgs.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro, FGV, 1998.

QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. **Manual de Investigação em Ciências Sociais**. 4. ed. Lisboa: Gradiva, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril, 1973 (Col. “Os Pensadores”).

SALGADO, L. H. **Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional**. Rio de Janeiro: Ipea, 2003.

SILVA, J.A. **Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Métodos de pesquisa em administração**. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Métodos de pesquisa em Administração**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VILAÇA, Marcos Vinícios. **Os Tribunais de Contas na melhoria da administração pública**. REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Brasília, v. 28, n. 74, p. 59-72, out./dez. 1997.

\_\_\_\_\_. **Os Tribunais de Contas e a qualidade do serviço público**. REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Brasília, v. 34, n. 98, p. 19-24, out./dez. 2003.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, Jonh M.; HARRINGTON JR.; JOSEPH, E. **Economics of regulation and antitrust**. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press. 2000.

ZIMLER, B; ALMEIDA, G. **O controle externo das concessões de serviço público e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.