



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JOÃO BONFIM - MD.
CONSELHEIRO RELATOR DO PROCESSO TCE/003973/2019- EM CURSO
NO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA.**

PROCESSO Nº: TCE/003973/2019

AUDITORIA DE ESCOPO

INTERESSADAS: AGERBA E TAHIS FLORES NUNES SOARES

PA-NTCE-UCM-93/2022

A PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DA BAHIA, nos autos do processo em epígrafe, intimado do despacho de fls., vem, perante V. Ex^a., no desempenho de atribuição que lhe outorga a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado – LOPGE – Lei Complementar Estadual nº 34 de 06/02/2009, por seu Procurador infrafirmado, manifestar-se nos autos, conforme razões a seguir elencadas.

Trata-se de procedimento oriundo de denúncia anônima que possui o seguinte teor:

No dia 11/03/2019, foi publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia a nomeação de TAHIS FLORES NUNES SOARES para o cargo de Diretor Geral, símbolo DAS-2B, do Departamento de Tarifas e Pesquisas Sócio-Econômicas, da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia - AGERBA. A nomeação se deu de forma ilegal, pois, a nomeada não preenche os requisitos legais

para o cargo em questão. A Lei 7314/1998, que criou a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos de Energia Transportes e Comunicações da Bahia - AGERBA, disciplina que os diretores gerais, como é o caso da nomeada, deverão ter no mínimo a 5 (cinco) anos no exercí-



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

cio de função ou atividade profissional relevante para os fins da AGERBA, como se extrai do Art. 15, da citada lei, que assim dispõe: Art. 15 - O Diretor Executivo e os Diretores Gerais serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, possuindo mais de 5 (cinco) anos no exercício de função ou atividade profissional relevante para os fins da AGERBA.:A servidora nomeada não possui a experiência exigida por lei para o exercício da função pública para ao qual foi nomeada,pois, conforme pesquisa do perfil da Emitido em 21/05/2019 às 15:59:041 mesma no site: <https://br.linkedin.com/in/tahis-flores-nunes-7aa161106>, a mesma possui experiência profissional em(Administração -Rosa Doces) e (Supervisora de Marketing Beira Mar distribuidora), ou seja, em áreas totalmente alheias à atuação da AGERBA. Dessa forma sua nomeação foi ILEGAL, visto que a mesma não possui os requisitos exigido em lei para essa função. Espera-se que a ilegalidade seja corrigida administrativamente, com a exoneração da servidora, para que não haja necessidade do relatante tomar as medidas judiciais que fazem necessárias

A Auditoria solicitou informações da Casa Civil, que apresentou os seus esclarecimentos, conforme documento Ref.2630827-1. Também foi apresentada manifestação da AGERBA.

A 1ª CCE, no documento Ref.2630834-1, manifestou-se pela procedência da manifestação de denúncia.

O Exmo. Governador do Estado foi notificado, mas não apresentou manifestação.

A Douta ATEJ manifestou-se no sentido de que seja dado conhecimento da ilegalidade da nomeação da Servidora Tahis Flores Nunes Soares para o cargo de Diretor Geral, símbolo DAS-2B, do Departamento de Tarifas e Pesquisas Sócio-Econômicas, da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia (AGERBA), à Corregedoria Geral do Estado da Bahia, bem como seja expedida recomendação ao Diretor Executivo da AGERBA e ao Governador do Estado da Bahia, responsável pela nomeação da Servidora, que atentem às exigências legais para a nomeação dos Diretores Gerais da AGERBA.

Em seguida, os autos vieram para manifestação do presente Núcleo da PGE.



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**

Ocorre que o procedimento auditorial sob análise envolve a nomeação de servidora da AGERBA, que pode, no caso de eventual procedência, sofrer reflexos da decisão do Tribunal de Contas.

Assim, para melhor instrução do feito e garantia do contraditório e da ampla defesa, entendemos prudente e necessária a manifestação da Senhora TAHIS FLORES NUNES SOARES, Diretora da AGERBA para apresentar os esclarecimentos que entender devidos.

Apesar de tal necessidade, a PGE destaca que possui entendimento diverso do órgão auditorial e da ATEJ.

DO MÉRITO

Inicialmente, convém esclarecer que a servidora foi nomeada, inicialmente, para o cargo de Diretora de Qualidade de Serviços da AGERBA, em 14 de abril de 2018.

A Auditoria sustenta que a experiência da servidora não seria aderente ao disposto no art. 15 da Lei 7.314/1998, que exige 5 anos de atividade profissional relevante para os fins da AGERBA:

Art. 15 - O Diretor Executivo e os Diretores Gerais serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, possuindo mais de 5 (cinco) anos no exercício de função ou atividade profissional relevante para os fins da AGERBA.

A Auditoria considerou para tanto apenas o disposto no inciso I do art. 1º da Lei 7.314/1998:

Art. 1º - Fica criada a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia - AGERBA, autarquia sob regime especial, com personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, patrimônio próprio, vinculada à Secretaria de Energia, Transportes e Comunicações, tendo por finalidade regular, controlar e fiscalizar a qualidade dos serviços públicos concedidos, permissionados e autorizados, nos segmentos de energia, transportes e comunicações, competindo-lhe:



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

I. atuar, mediante disposição legal ou pactuada, em especial nas áreas de energia elétrica, gás natural, petróleo e seus derivados, álcool combustível, rodovias, hidrovias, terminais aeroportuários, hidroviários e rodoviários, transportes intermunicipais de passageiros e comunicações;

Ocorre que a análise dos fins da AGERBA e de sua competência não pode se limitar ao inciso I citado. A AGERBA possui as seguintes atribuições, conforme o art. 1º da Lei citada:

Art. 1º - Fica criada a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia - AGERBA, autarquia sob regime especial, com personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, patrimônio próprio, vinculada à Secretaria de Energia, Transportes e Comunicações, tendo por finalidade regular, controlar e fiscalizar a qualidade dos serviços públicos concedidos, permissionados e autorizados, nos segmentos de energia, transportes e comunicações, competindo-lhe:

I - atuar, mediante disposição legal ou pactuada, em especial nas áreas de energia elétrica, gás natural, petróleo e seus derivados, álcool combustível, rodovias, hidrovias, terminais aeroportuários, hidroviários e rodoviários, transportes intermunicipais de passageiros e comunicações;

II - promover e zelar pela eficiência econômica e técnica dos serviços públicos delegados submetidos à sua competência regulatória, propiciando condições de qualidade, regularidade, continuidade, segurança, atualidade, universalidade e modicidade das tarifas;

III - **proteger os usuários** contra o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros;

IV - elaborar propostas em relação ao estabelecimento, revisão, ajuste e aprovação de tarifas que permitam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões e termos de permissões de serviços públicos, observando a competência própria das Agências Nacionais;

V - atender, através das entidades reguladas, as solicitações de serviços indispensáveis à satisfação das necessidades dos usuários;

VI - promover a estabilidade nas relações entre o poder concedente, entidades reguladas e usuários;

VII - estimular a expansão e a modernização dos serviços delegados de modo a buscar a sua universalização e a **melhoria dos padrões de qualidade**, ressalvada a competência do Estado quanto à definição das políticas de investimentos;



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

VIII - **promover a livre, ampla e justa competição** entre as entidades reguladas, bem como corrigir os efeitos da competição imperfeita;

IX - **fiscalizar os aspectos técnico, econômico, contábil, financeiro**, operacional e jurídico dos contratos de concessões e termos de permissão de serviços públicos, aplicando, se for o caso, diretamente as sanções cabíveis, entre as quais, multas, suspensão temporária de participação em licitações, intervenção administrativa e extinção da concessão ou permissão, em conformidade com a regulamentação desta Lei e demais normas legais e pactuadas.

X - exercer outras atividades correlatas.

Parágrafo único - Para execução de sua finalidade poderá a AGERBA celebrar convênios, contratos e ajustes com instituições públicas e privadas, nacionais, estrangeiras e internacionais, observada a legislação pertinente.

O Regimento Interno da AGERBA (Decreto Estadual 7.426/1998) também detalha tais competências:

Art. 2º - A AGERBA tem por finalidade regular, controlar e fiscalizar a qualidade dos serviços públicos concedidos, permissionados e autorizados, nos segmentos de energia, transportes e comunicações, competindo-lhe:

I. atuar, mediante disposição legal ou pactuada, em especial nas áreas de energia elétrica, gás natural, petróleo e seus derivados, álcool combustível, rodovias, hidrovias, terminais aeroportuários, hidroviários e rodoviários, transportes intermunicipais de passageiros e comunicações;

II. Promover e zelar pela eficiência econômica e técnica dos serviços públicos delegados submetidos à sua competência regulatória, propiciando condições de qualidade, regularidade, continuidade, segurança, atualidade, universalidade e modicidade das tarifas;

III. Proteger os usuários contra o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros;

IV. Elaborar propostas em relação ao estabelecimento, revisão, ajuste e aprovação de tarifas que permitam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões e termos de permissões de serviços públicos, observando a competência própria das Agências Nacionais;

V. atender, através das entidades reguladas, as solicitações de serviços indispensáveis à satisfação das necessidades dos usuários;

VI. promover a estabilidade nas relações entre o poder concedente, entidades reguladas e usuários;



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

VII. estimular a expansão e a modernização dos serviços delegados de modo a buscar a sua universalização e a melhoria dos padrões de qualidade, ressalvada a competência do Estado quanto à definição das políticas de investimento;

VIII. promover a livre, ampla e justa competição entre as entidades reguladas, bem como corrigir os efeitos da competição imperfeita;

IX. fiscalizar os aspectos técnico, econômico, contábil, financeiro, operacional e jurídico dos contratos de concessões e termos de permissão de serviços públicos, aplicando, se for o caso, diretamente as sanções cabíveis, entre as quais, multas, suspensão temporária de participação em licitações, intervenção administrativa e extinção da concessão ou permissão e demais normas legais e pactuadas;

X. dirimir, como instância administrativa definitiva, conflitos envolvendo o poder concedente ou permitente, os concessionários ou permissionários de serviços públicos e os respectivos usuários;

XI. **licitar e contratar as concessões e permissões** no âmbito dos serviços de energia, transportes e comunicações;

XII. elaborar, aprovar e controlar o cumprimento das normas regulamentares e disciplinadoras dos serviços públicos regulados;

XIII. exercer outras atividades correlatas que lhe sejam inerentes.

Parágrafo único - Para execução de sua finalidade poderá a AGERBA celebrar convênios, contratos e ajustes com instituições públicas e privadas, nacionais, estrangeiras e internacionais, observada a legislação pertinente.

Como se pode perceber, as atribuições da AGERBA têm caráter amplo, envolvendo a realização de licitações para concessão e permissão de serviços públicos (inciso XI), a promoção da concorrência (inciso VIII), a atuação administrativa para dirimir conflitos (inciso X) e a fiscalização dos contratos, dentre outros aspectos sob aspecto financeiro (IX), dentre outros.

Assim, não se pode limitar a experiência profissional exigida pela Lei apenas ao aspecto da análise técnica, tendo em vista que a competência gerencial e administrativa se mostra relevante para os fins e competências estabelecidas para a AGERBA.

A limitação da experiência a cargos técnicos ou específicos de transporte rodoviário ou dos serviços delegados não permite a necessária diversidade de pensamentos na Instituição, o que deve ser rechaçado. O disposi-



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

tivo, assim, deve ser interpretado como experiência em função ou atividades relevantes para os fins e competências amplos estabelecidos para a AGERBA.

Cabe destacar que a servidora possuía experiência de 4 anos (2004 a 2007) na função de Gerente/Administrativo-Financeiro sendo responsável por licitações e contratos com órgão públicos, administrando custos e documentação e promovendo eficiência dos serviços prestados. Tal experiência tem total pertinência com a atuação da AGERBA que realiza licitações para a concessão de serviços. Além disso, a servidora realizava definição de padrões de qualidade e acompanhava o orçamento da empresa, conforme consta no seu currículo:

AQUAGEO – POÇOS ARTESIANOS

Período: 2004 a 2007

Cargo: **Gerente/Adm-financeiro**

Atividades desenvolvidas:

Responsável por licitações e contratos com órgão públicos, administrando custos e documentação e promovendo eficiência dos serviços prestados;

Levantamento e análise de dados estatísticos referente a execução dos trabalhos executados em campo;

Definir padrões de qualidade, propondo métodos e formas de avaliação e acompanhamento do orçamento anual e distribuição de metas mensais para toda

a equipe;

Desenvolvimento de programas de incentivos internos entre equipe de produção e comercial.

Tal experiência administrativa, portanto, guarda pertinência com as atribuições da AGERBA, especialmente nos incisos II, X, XII e IX da Lei citada e no inciso XI do Decreto referido.

Aliada a tal experiência, a servidora **a servidora possui pós-graduação em gestão de negócios**, bem como tinha 11 anos de experiência como diretora comercial e Adm-financeiro de empresa e de três anos como coordenadora de projetos realizando “gestão de pessoas e controle de processos”.

Assim, a experiência administrativa, comercial, de gestão de pessoas, com licitação e contratos, financeira, de controle de custos, de gestão de



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**

pessoas e de levantamento e análise de dados estatísticos guarda pertinência e é compatível com a finalidade e atribuições da AGERBA.

Não se pode menosprezar a formação administrativa e a experiência na área de administração.

A formação em administração pode dar outro enfoque às discussões da AGERBA e tornar a instituição mais eficiente por permitir discussões de gestão estratégica de projetos, gestão de processos, dentre outras questões relevantes para os fins da AGERBA.

Mutatis mutandis, a experiência em administração é tão relevante, que para o exercício de uma das funções mais relevantes e nobres do controle externo, a função de Conselheiro de Tribunal de Contas, a Constituição Federal, de forma muito sábia, colocou como um dos requisitos alternativos de ingresso a experiência administrativa, o que permite a oxigenação dos Tribunais de Contas, que não farão a mera análise jurídica ou contábil quando do desempenho de suas competências.

Destaque-se que a atual Diretora foi nomeada em abril de 2018, já tendo decorridos 4 anos de sua nomeação e o relato do Diretor Executivo da AGERBA é de que esta vem exercendo suas atribuições com presteza, o que indica que a sua experiência prévia tem contribuído para o desempenho das atribuições da Instituição (Ref.2630831-2):

“No ensejo, esclareço que a Servidora em apreço exerce as suas funções institucionais na AGERBA, de Direção e Assessoria de Nível Superior, no Cargo de Símbolo DAS-2B, com proatividade e presteza acima do que se pode esperar nesta Agência Reguladora e Fiscalizadora, com competência equivalente aos demais Diretores do Colegiado, concluindo que resulta do seu trabalho maiores e melhores benefícios, a contento, na Gestão atual, que acodem ao interesse público no campo sócio-econômico, tanto mais quanto sempre promovendo, mediante discussões articuladas com os demais Setores Internos da AGERBA, a fixação de tarifas justas e compatíveis com os mercados Municipal, Estadual e Federal. Também participa de atividades de competência funcional de outras Diretorias, Gerências e Coordenações, nas respectivas especialidades, com elevado espírito de colaboração, contribuindo para obtenção de melhores resultados.”



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**

Portanto, a experiência profissional da servidora com aderência às atribuições amplas da AGERBA demonstra a legalidade da nomeação da profissional.

Ademais, a experiência exigida para “relevante para os fins da AGERBA” na legislação representa nítido conceito jurídico indeterminado. O conceito jurídico indeterminado é aquele cujo conteúdo e extensão é em larga medida incerto, ou seja, não é dotado de um sentido preciso e objetivo. Na legislação não há de forma taxativa e pormenorizada quais experiências e funções são aceitas e quais não para ser considerada pertinente para os fins da AGERBA. Tal grau de incerteza e indeterminabilidade caracteriza um conceito jurídico indeterminado.

A existência desse conceito jurídico indeterminado enseja a concessão de certo grau de discricionariedade ao Governador do Estado, que tem a competência constitucional para avaliar se a experiência apresentada é compatível com as finalidades e competências da AGERBA.

Cabe rememorar a lição de Kelsen, acerca da discricionariedade na atividade interpretativa:

“O resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções.” (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 390.)

Portanto, considerando se tratar de conceito jurídico indeterminado, sem que sejam detalhadas de forma pormenorizadas quais funções ou atividades se enquadrariam nos fins da AGERBA, cabe ao Governador do Estado preencher no caso concreto as lacunas deixadas pelo legislador e avaliar se a experiência apresentada é compatível com as



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

finalidades e competências da AGERBA. Tal decisão somente poderia ser eventualmente questionada em casos de zona de certeza negativa, a exemplo da situação em que o cargo fosse ocupado por alguém sem qualquer experiência, ou por alguém, por exemplo, sem qualquer experiência administrativa ou de gestão, o que não se observa no presente caso.

Tendo sido realizada uma escolha legítima e razoável e de natureza política pelo Governador do Estado, sem estar evidenciada nenhuma ilegalidade flagrante, cabe ao controle e até mesmo ao Judiciário a **deferência à escolha realizada** pelo Governador do Estado, em respeito ao princípio da separação dos Poderes.

A intervenção apenas seria devida em caso de flagrante ilegalidade, o que não é o caso. Assim, a intervenção na escolha realizada pelo Governador do Estado pode representar intromissão indevida nas competências atribuídas ao Chefe do Poder Executivo, não cabendo ao Tribunal de Contas usurpar a discricionariedade do Governador em avaliar se a competência e experiência apresentadas são suficientes para atender aos fins da AGERBA, salvo ilegalidade flagrante, o que não está demonstrado nos presentes autos, já que há certa subjetividade na interpretação realizada pela Auditoria.

Em tais casos de subjetividade, deve-se aplicar a **teoria da deferência**, pela qual realiza-se a **autocontenção judicial**. Para Dworkin¹ deferência seria como categoria de restrição que impede os juízes interferirem nas decisões emitidas por instituições políticas, atinentes ao reconhecimento de determinados direitos. Por outro lado, para Posner² o vocábulo representa a hesitação do magistrado cauteloso e prudente quanto à **ingerência nas matérias afetas a outros órgãos**.

¹DWORKIN, Ronald. **Talking rights seriously**. Cambridge, US: Harvard University Press, 1977, p. 138

²POSNER, Richard A. **The Federal Courts: challenge and reform**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996, 314.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Necessário citar lição de Marcelo Pereira dos Santos e Edna Raquel Hogemann³:

“Em ambos os conceitos há relação direta com a discricionariedade porque, de um lado, permite que o administrador atue com autonomia para atender suas demandas de modo eficiente, sem que haja preocupação com práticas infundadas de controle, dotadas de efeito paralisante, e, por outro, provoca constrangimento ao comportamento ativista dos tribunais que buscam judicializar questões substancialmente políticas e/ou essencialmente técnico-administrativa.

Não menos importante, vale registrar que o controle judicial não pode ter a pretensão de usurpar a discricionariedade da Administração Pública e utilizá-la para substituir a decisão administrativa, levando em consideração a sistemática da separação de poderes estatuída da Constituição, sob pena de romper com os princípios democráticos do Estado pós-1988, colocando em xeque a legitimidade dos próprios tribunais, e , ainda, as razões da sua existência.”

Além disso, o longo lapso temporal desde a sua nomeação e o relato do Diretor Executivo da AGERBA do desempenho mais do que satisfatório das suas atribuições ressalta o acerto na nomeação da Diretora e a compatibilidade da experiência prévia da nomeada com os cargos ocupados na AGERBA.

Por fim, tendo decorridos mais de 4 anos da nomeação, ainda que na extrema hipótese se entendesse pela ilegalidade da nomeação, o que não concordamos, tal período de experiência já teria suprido o requisito estabelecido na legislação, convalidando o ato de nomeação.

³Santos, Marcelo Pereira dos e Hogemann, Edna Raquel. Deferência com as escolhas públicas, Revista JUSTIÇA DO DIREITO v. 33, n. 2, p. 222-249, Mai./Agos. 2019.



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**

Diante do exposto, a PGE, **preliminarmente, sugere a notificação da Ilma. Sra. TAHIS FLORES NUNES SOARES**, Diretora da AGERBA para apresentar os esclarecimentos que entender devidos.

Quanto ao mérito, a PGE manifesta-se pela legalidade do ato de nomeação e pelo arquivamento do presente procedimento, conforme fundamentação acima ofertada.

Com as considerações acima e os cumprimentos de estilo, faço retornar o processo ao Exmo. Sr. Conselheiro Relator.

Núcleo da Procuradoria Geral do Estado junto ao Tribunal de Contas do Estado, em 02 de maio de 2022.

UBENILSON COLOMBIANO
Procurador do Estado

Quadro de Assinaturas

Este documento foi assinado eletronicamente por:

UBENILSON COLOMBIANO MATOS DOS SANTOS
Representante da Procuradoria - Assinado em 02/05/2022



Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço <https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia>, digitando o código de autenticação: A2OTG5NJMW