

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM DIREITO, JUSTIÇA E
DESENVOLVIMENTO

MARCELO BENETELE FERREIRA

**AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O CONTROLE DO TRIBUNAL
DE CONTAS**
ANEEL E A DESESTATIZAÇÃO DA ELETROBRAS

PALMAS

2022

MARCELO BENETELE FERREIRA

**AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O CONTROLE DO TRIBUNAL
DE CONTAS**

ANEEL E A DESESTATIZAÇÃO DA ELETROBRAS

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Leonardo Estrela Borges apresentado para obtenção do Título de Mestre.

PALMAS

2022

MARCELO BENETELE FERREIRA

**AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O CONTROLE DO TRIBUNAL
DE CONTAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Mestrado Interdisciplinar Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Data da Defesa 30/06/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Leonardo Estrela Borges
Orientador - IDP

Profa. Dra. Aline Sueli de Salles Santos
Avaliadora Externa - UFT

Profa. Dra. Tarsila Ribeiro Marques Fernandes
Avaliadora Interna - IDP

DEDICO ESTE TRABALHO A TODO O CURSO DE MESTRADO PROFISSIONAL
INTERDISCIPLINAR EM DIREITO, JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO DO
INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA-IDP,
CORPO DOCENTE, DISCENTE E COLABORADORES, A QUEM FICO AGRADECIDO
POR DELE TEREM FEITO PARTE.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	9
1 AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL	11
1.1 Surgimento do Estado (Des)Regulador no Brasil.....	12
1.2 Equilíbrio entre Autonomia e Controle	18
1.3 Desestatização no Estado Regulador	24
1.4 Atribuições da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).....	30
2 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO TRIBUNAL DE CONTAS	35
2.1. Expansão do Controle da Administração	37
2.2. Evolução Normativa do Tribunal de Contas da União (TCU)	43
2.3 Parâmetros da Instrução Normativa do Tribunal de Contas da União nº 81/2018.....	46
3 DESESTATIZAÇÃO DA ELETROBRAS	50
3.1 Natureza jurídica da Eletrobras e a Lei nº 14.182/21	51
3.2 Desestatização do setor de energia brasileiro	54
3.3 O processo de desestatização da Eletrobras junto ao TCU e a ausência de protagonismo da ANEEL.	57
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS	68

RESUMO:

Analise-se a autonomia da regulação e das Agências Reguladoras, as formas do controle exercido pelo Tribunal de Contas União no procedimento de desestatização da Eletrobras e o papel institucional desempenhado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Buscou-se responder à questão: de que modo os reflexos práticos surgem na gestão da desestatização por autorização legal e como a aplicação do controle exercido pelo Tribunal de Contas da União (sustentado por normativo infralegal e com natureza jurídica de ato administrativo) conseguem afastar possíveis equívocos técnicos, além da análise e crítica o papel desempenhado pela ANEEL no processo? O método de abordagem do trabalho foi o dedutivo, pois objetivou estabelecer conclusões em face da doutrina, da (in)veracidade das premissas fixadas no ordenamento jurídico e nos julgados do Tribunal de Contas da União por normativa infralegal e a influência da ANEEL na desestatização da Eletrobras nos anos 2021 e 2022. Já o método de procedimento foi o qualitativo realizado através da verificação do conteúdo doutrinário, valorativo, normativo do procedimento e o caso prático da desestatização da Eletrobras. A classificação da pesquisa do ponto de vista de sua natureza é aplicada por objetivar gerar conhecimentos para execução e a solução de problemas específicos de eficiência no controle administrativo. A forma de abordagem do problema é a qualitativa ao considerar que existe uma relação entre o mundo e o objeto investigado que não pode ser traduzida em números. Os objetivos buscados são explicativos conduzidos na identificação dos fatores que determinam fenômenos *ex-post-facto*. Ainda, os procedimentos técnicos utilizados foram a pesquisas bibliográficas e o estudo de caso *ex-post-facto*. No final, conclui-se que houve o subaproveitamento da ANEEL no processo.

Palavras-chave: Controle Externo do Tribunal de Contas da União. Processo de Controle da desestatização da Eletrobras. Norma Infralegal. Desempenho institucional da ANEEL. Crítica.

ABSTRACT:

The autonomy of regulation and Regulatory Agencies, the forms of control exercised by the Federal Audit Court in the Eletrobras privatization procedure and the institutional role played by the National Electric Energy Agency (ANEEL) are analyzed. We sought to answer the question: how the practical reflexes arise in the management of privatization by legal authorization and how the application of the control exercised by the Federal Audit Court (supported by infralegal regulations and with the legal nature of an administrative act) manage to rule out possible technical mistakes, in addition to the analysis and criticism of the role played by ANEEL in the process? The method of approach to the work was deductive, as it aimed to establish conclusions in the face of the doctrine, the (un)veracity of the premises established in the legal system and in the judgments of the Federal Audit Court by infra-legal regulations and the influence of ANEEL in the privatization of the Eletrobras in the years 2021 and 2022. The procedure method was qualitative, carried out by verifying the doctrinal, evaluative, normative content of the procedure and the practical case of Eletrobras' privatization. The classification of research from the point of view of its nature is applied because it aims to generate knowledge for execution and the solution of specific problems of efficiency in administrative control. The approach to the problem is qualitative, considering that there is a relationship between the world and the investigated object that cannot be translated into numbers. The objectives sought are explanatory aimed at identifying the factors that determine ex-post-facto phenomena. Also, the technical procedures used were bibliographic research and ex-post-facto case study. In the end, it is concluded that ANEEL was underused in the process.

Keywords: External Control of the Federal Audit Court. Eletrobras privatization control process. Infralegal Standard. ANEEL's institutional performance. Criticism.

INTRODUÇÃO

Os arranjos institucionais em torno do controle da Administração Pública exercido pelos Tribunais de Contas estão numa constante evolução de competências, de estruturas e de procedimentos para a instrumentalização dos controles externos. Tais fenômenos exigem aprofundamento acadêmico e profissional, pois os mecanismos utilizados podem afetar políticas públicas desestatizadoras aplicadas para reduzir a máquina estatal. No trabalho serão tratados os processos de desestatização¹ e do controle sobre as regulações, os mecanismos de governança e a atuação das personagens envolvidas perante o Órgão de Controle externo no caso da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras).

O objetivo será apresentar os principais elementos teóricos sobre a evolução e funcionamento dos Tribunais de Contas, através de um breve contexto histórico, levando em consideração o sistema de controle como um todo e as características das Agências Reguladoras da Administração Pública brasileira e os impactos da Instrução Normativa TCU nº 81/2018 (IN TCU 81/2018) no processo de desestatização da Eletrobras e o papel institucional desenvolvido pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Sendo assim, as formas de controle são variáveis e, em especial, os procedimentos de fiscalização dispostos por ato administrativo interno e a sua operacionalização contribuem para a implementação de poder ajustado aos valores democráticos e republicanos, favorecendo ações responsivas e quando mal avaliados, oferecem incentivos distorcidos e patrocinam escolhas equivocadas (SCHAPIRO, 2016, p. 326).

Os mecanismos de controle utilizados pelos Tribunais de Contas e a autonomia da Agência Reguladoras será coordenado através da investigação da bibliografia especializada e da prática colhida na análise minuciosa do processo de desestatização da Eletrobras visando responder à questão de como a atuação da Corte de Controle influência as políticas públicas e a sua relevância jurídica, social e o desempenho interno processual da ANEEL na condição de agência reguladora do setor elétrico brasileiro.

Para alcançar os objetivos, realizou-se uma revisão bibliográfica sobre o tema das Agências Reguladoras e do Tribunal de Contas do contexto brasileiro e analisou-se a procedimento de desestatização da Eletrobras no específico “Processo - 008.845/2018-2 – Desestatização” aberto e conduzido no âmbito do TCU. No primeiro capítulo foram

¹ O instituto “desestatização” significa o redimensionamento do tamanho do Estado com a redução do tamanho da participação da administração pública em determinados serviços ou ativos e com isso, proporcionar serviços de melhor qualidade para a população focando o Estado somente no que é essencial.

apresentados os resultados dessa revisão bibliográfica das Agências Reguladoras, no segundo o desenho metodológico e o campo empírico da pesquisa junto aos Tribunais de Contas; e no terceiro a desestatização da Eletrobras e os resultados obtidos na análise do Processo nº 008.845/2018-2 junto ao TCU. Por fim, a conclusão.

1 AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

O fundamento da autonomia das Agências Reguladoras está compreendido na necessidade de regulamentação técnica numa área de relevante interesse estatal, objetivando a segurança jurídica para os regulados e afastando a possibilidade de atores que não entendam o tema legislarem de forma independente. Desse modo, a função legislativa primária é conferida pelo Estado às unidades reguladoras para produzir normas jurídicas elementares sobre as quais operam com certa instabilidade em face da ausência de coerência e consistência nos dispositivos entabulados por outros atores que são, em linha de princípio, desprovidos da necessária expertise².

Sendo assim, a norma é idealizada como instrumento de proteção das liberdades individuais tornando-se refém de sua própria opressão e, no entendimento de Di Pietro; Ribeiro (2010, p. 90): “Se a lei tem fundamento na vontade geral, só ela é que conta; quando o Estado estabelece uma lei, é porque quer manter a sociedade e ele deve fazê-lo o mínimo possível para atingir essa finalidade, sem ofender a liberdade do indivíduo.”.

As disputas sociais fizeram surgir enormes conflitos que levaram à construção de normas por diferentes instituições e, num contexto regulado, as demandas podem reduzir as desigualdades, sendo importante entendermos a autonomia das agências reguladoras através da evolução do Estado regulador no Brasil e a sua discricionaridade.

Desse modo, o surgimento do Estado regulador no Brasil, a relação estabelecida entre autonomia e controle, o aprofundamento sobre o instituto da desestatização e a natureza jurídica da ANEEL são pontos de extrema relevância para avançarmos na investigação do estágio atual e das relações institucionais estabelecidas pelo TCU³ no controle e fiscalização da desestatização da Eletrobras com base em norma infralegal.

² No Brasil não são todas as agências reguladoras que exercem o poder de regulação estatal. Algumas utilizam da autorregulação quando: a) a ação eficaz do órgão regulador sobre os participantes do mercado regulado implicar em custos excessivamente altos; b) a entidade autorreguladora, pela sua proximidade das atividades de mercado e melhor conhecimento das mesmas, dispõe de maior sensibilidade de avaliação e normatização, podendo agir com maior presteza e a custos moderados; c) a elaboração e o estabelecimento, pela própria comunidade, das normas que disciplinam suas atividades fazem com que a aceitação dessas normas aumente e a comunidade se sinta mais responsável no seu cumprimento, reduzindo a necessidade de intervenção do órgão regulador.

³ A dissertação centraliza a análise na atuação do Tribunal de Contas da União na fiscalização prévia das Agências Reguladoras, através do enfrentamento e dissecação dos julgados da destatização da Eletrobras com base na Instrução Normativa nº 81/2018, ainda que as considerações externalizadas possam também ser aplicadas aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal quando existentes normativos próprios de controle nas desestatizações. Outrossim, ressalto que o art. 75 da Constituição estabeleceu que as normas relativas ao Tribunal de Contas da União serão aplicadas, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas Estaduais. Nos diversos Estados da Federação, os respectivos Tribunais de Contas cuidam tanto das contas do Estado como das contas dos Municípios. Em alguns Estados (como Bahia e Goiás), há dois Tribunais de Contas na estrutura estadual: um para fiscalizar as contas do Estado e outro para as contas dos Municípios. Da mesma

1.1 Surgimento do Estado (Des)Regulador no Brasil

Na fase do Brasil Colônia⁴ até o Primeiro Império a visão patrimonialista de Estado era o objetivo do modelo dos serviços públicos regulados trazendo o entendimento tacanho de que a propriedade privada pertencia ao soberano e sua individual pretensão deveria ser plenamente respeitada numa fase inicial de exploração descontrolada e predatória dos recursos naturais (ARANHA, 2019).

Não havia o interesse institucional de Portugal em gastar recursos para colonizar o Brasil e a interligação entre serviço público e regulação estavam presentes apenas nas feitorias para a exploração desenfreada do pau-brasil num regime de arrendamento e concessão através de privilégios e do monopólio (AGUILLAR, 1999). Para Aranha (2019, pp. 253-254):

A prestação dos serviços públicos, nessa fase, é pequena e sua evolução aponta para a correlação entre o fenômeno da prestação de serviços públicos e o da urbanização do país:

[...].

O Brasil Colônia, portanto, é caracterizado como período de regulação por descentralização operacional – prestação de serviços afastada do Estado – e por centralização normativa – concentração de normatização sobre atividades reguladas.

Percebemos que a ausência de interesse do Governo português em aportar recursos financeiros no Brasil - naquela época - gerou a tímida regulação patrimonialista, a qual ficou restrita às atividades extrativistas administradas pelas feitorias, além da acanhada urbanização no Primeiro Império. Nesse sentido, ensina Silva (2010, p. 72):

[...], já se vê delinear a estrutura do Estado brasileiro que iria constituir-se com a Independência. Especialmente, notamos que, na dispersão do poder político durante a colônia e na formação de centros efetivos de poder locais, sem encontram os fatores reais de poder, que darão a característica básica da organização política do Brasil, na fase imperial e nos primeiros tempos da fase republicana, e ainda não de todo desaparecida: a formação coronelística oligárquica.

Com a chegada de D. João VI ao Brasil em 1808 a fase monárquica do Primeiro Império se inicia e pela Lei de 16 de dezembro de 1815 é alçado à de Reino Unido à Portugal, acabando com o sistema colonial (SILVA, 2010).

forma, o art. 31, §4º, da Constituição veda a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais. Entretanto, os Tribunais de Contas já existentes antes da promulgação da referida (no Municípios do Rio de Janeiro e de São Paulo) continuam atuando por permissão constitucional e o entendimento do STF na ADI 687.

⁴ A gênese da colonização no Brasil foi organizada de forma dispersa e numa divisão irregular do território por meio das capitâncias hereditária, as quais eram distribuídas à particulares que possuíam recursos para colonizar e defender com poderes quase absolutos (SILVA, 2010). Configurava num Estado Absolutista com a concentração e centralização dos poderes nas mãos do soberano, o qual possuía elevado grau de intervenção estatal (BICALHO, 2022, p. 27).

Na fase seguinte, delimitada entre o Segundo Império e o término da política do café com leite, o liberalismo econômico impôs a regulação normativa descentralizada, também chamada de regulação desconcentrada ou de atividade econômica aberta com a presença do capital estrangeiro (ARANHA, 2019, p. 253). Para Bobbio (1992, p. 147):

A ilusão oitocentista sobre o fenecimento gradual do Estado derivava da concepção de que — através da Reforma e da revolução científica, primeiro, e através da revolução industrial, depois, ou seja, através de um processo de fragmentação da unidade religiosa e de secularização da cultura, por um lado e, por outro, através da formação de uma camada de empresários independentes (fossem ou não os dois fenômenos ligados entre si) - haviam se iniciado dois processos paralelos de desconcentração do poder, com a conseqüente desmonopolização do poder ideológico-religioso, que encontraria sua garantia jurídica na proclamação da liberdade religiosa e, em geral, da liberdade de pensamento, e com a não menos conseqüente desmonopolização do poder econômico, que encontraria sua expressão formal no reconhecimento da liberdade de iniciativa econômica.

No Estado Administrativo, surgido a partir da queda de regimes monárquicos dos séculos XVIII e XIX, as funções exercidas exploravam de forma crescente os avanços tecnológicos, principalmente a eletricidade, construção de estradas e ferrovias, instalação de infraestrutura, telégrafo, radiodifusão e telecomunicações. A história da regulação descentralizada no período é retratada de forma pedagógica e concisa por Alves (2015, p. 1), conforme:

[...] durou do início do Segundo Império até o fim da República Velha, percebeu-se certo deslocamento do poder regulatório. Tal fenômeno representava a descentralização e o enfraquecimento do poder imperial. Foi uma época marcada por ideias típicas do liberalismo econômico, o que desencadeou uma relativa desregulamentação da economia.

Até o final do século XIX a produção nacional era escravagista e o Brasil não experimentou o Estado Liberal pleno e a industrialização nacional foi conduzida com recursos estatais e sem a participação direta, pelo menos num estágio inicial, da iniciativa privada (LOPES, 2018). Até a crise⁵ do capitalismo, no início do século XX, a economia liberal-burguesa ainda considerava o Estado um mal necessário cuja atuação deveria se pautar na neutralidade e através de reduzida intervenção econômico-social (BICALHO, 2022, p. 27).

Fomos incluídos tardiamente no sistema capitalista, pois antes do Governo Provisório (1930 a 1934), do Governo Constitucional (1934 a 1937) e do Estado Novo (1937 a 1945), todos da Era Vargas, a economia brasileira era baseada em monoculturas, com os sucessivos

⁵ A crise do capitalismo, deflagrada com a quebra da Bolsa de Valores de Nova York no fatídico ano 1929, difundiu o ambiente fértil das doutrinas totalitárias do nazismo, fascismo e stalinismo - transvestidas de modernidade - num forte movimento anticapitalista gerador do agravamento do processo de desagregação mundial (BICALHO, 2022, p.27).

ciclos econômicos dos quais o último de maior importância foi o do café, no qual (GASPARI; CÂMARA, 2017, p. 2):

O modelo regulatório do setor cafeeiro adotado na década de 1930 impôs restrições às garantias e liberdades dos particulares produtores de café, com centralização das competências regulatórias da mercadoria no DNC, autarquia da União. Ainda que o cômputo geral das votações da Corte seja favorável ao Estado, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal não teve uma postura passiva face à intervenção estatal, tendo destaque o discurso liberal e garantista de parte considerável de seus ministros.

A análise do lapso temporal entre 1930 e 1945 (Era Vargas) é importante para podemos entender o histórico da intervenção do Estado brasileiro nos setores produtivos numa ocasião de enormes transformações no círculo mundial de debates entre as instituições liberais, envolvendo as liberdades civis e as econômicas. Naquela época tínhamos o crescimento dos movimentos políticos de cunho ditatorial, como o fascismo e o comunismo. Ainda, a derrocada da bolsa de Nova Iorque em 1929, símbolo da grande depressão econômica no início do século XX, contribuiu para o ambiente político ficasse tumultuado, acirrando os problemas sociais vividos à época (GASPARI; CÂMARA, 2017).

Desde então até o final dos anos 80 do século XX e com a positivação inicial constitucional do regime das concessões no art. 137 da Constituição brasileira de 1934 na estrutura jurídica do Estado Social, ocorreu a validação do controle estatal sobre os serviços de interesse público diante da ruína do modelo de economia abstencionista de mercado, conferido o devido espaço para a fase de regulação concentrada de interesse nacionalista, a qual cumpriu relevante papel no agrupamento de setores estratégicos de energia elétrica e o de telecomunicações (ARANHA, 2019).

Num período de tumultuados acontecimentos mundiais, percebemos no Brasil a mudança da perspectiva regulatória através da convergência normativa e operacional que foi revelada com a publicação do Código das Águas (Decreto nº 24.643/34) e com a criação das primeiras agências estatais, como ambientes de implementação de planejamento e fiscalização das políticas setoriais, dentre todos: o Conselho Nacional do Petróleo; o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica; o Departamento Nacional da Produção Mineral; dentre outros (ARANHA, 2019).

O Brasil estava envolvido com a prestação de serviços públicos sob a perspectiva normativa desde a Constituição da República de 1934, sendo correto afirmar que nos governos militares (1964 até 1985) a regulação centrada foi intensificada com a criação do Programa Nacional de Desburocratização, através do Decreto nº 83.740/79 (BRASIL, 1979), com a finalidade de impedir o crescimento desnecessário da máquina pública por meio do estímulo à

execução indireta, seja por contrato com empresas privadas ou mesmo convênios com órgãos estaduais e municipais, inclusive visando intensificar a execução dos trabalhos da Reforma Administrativa anteriormente fixados no Decreto-Lei nº 200/1967 (BRASIL, 1967).

Certamente, os desafios da regulação no Brasil não eram fáceis de serem resolvidos diante da visão patrimonialista e clientelista da administração pública, comprimida por grupos influentes e muito organizados, ou mesmo da dificuldade em compatibilizar a eficiência econômica e a equidade em setores tão sensíveis numa sociedade marcada pelas desigualdades socioeconômicas (COUTINHO, 2014). Do mesmo modo (BERCOVICI, 2006, p. 32), “A autonomia do Estado Brasileiro nunca foi plena, dependendo das inúmeras forças políticas heterogêneas e contraditórias que o sustentam.”.

Outro marco normativo relevante da (des)regulação e anterior à Constituição da República Federativa de 05 de outubro de 1988 (CRFB/88) foi o Decreto nº 95.886/1988⁶ que instituiu o Programa Federal de Desestatização com os objetivos de transferir à iniciativa privada atividades econômicas exploradas pelo setor público, estimular os mecanismos competitivos de mercado mediante a desregulamentação da atividade econômica, promover a execução indireta de serviços públicos por meio de concessão ou permissão, além da privatização das atividades econômicas exploradas, com exclusividade, por empresas estatais, ressalvados os monopólios constitucionais.

Com a promulgação da CRFB/88 assegurou a transição do regime militar repressivo para um Estado de ordem social, ponderando uma dilatada ressignificação de critérios pautados na valorização da dignidade da pessoa humana, conforme assegurada no rol exemplificativo dos direitos e garantias fundamentais e individuais, naquela ocasião, outorgados aos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes (BICALHO, 2022, p. 23). Assim, um novo retrato regulatório foi inserido para acelerar o processo de desestatização dos serviços públicos, deslocando-os, principalmente através de contratos administrativos de concessões e permissões, à iniciativa privada, bem como consolidando e qualificando o Estado brasileiro como agente regulador das atividades econômicas (ALVES, 2015).

Sobre a questão, entende Da Silva (2010, p. 808-809)

[...] o Estado exercerá sua atividade de agente normativo e regulador, na forma da lei. [...]. Essas intervenções todas se realizam mediante ato administrativo, embora não possam efetivar-se senão de acordo com previsão legal. As limitações, sim, como ingerência disciplinadora, constituem formas de intervenção por via de regulamentação legal, mas o fomento nem sempre demanda lei, [...]. A repressão do abuso do poder econômico é uma das formas drásticas de intervenção no domínio econômico, mas por ato administrativo [...].

⁶ O Decreto nº 95.886, de 29 de março de 1988 foi revogado pelo Decreto de 25 de abril de 1991, Anexo VI.

Digno de nota que a própria CRFB/88 entrelaçou o modelo capitalista a um perfil intervencionista de Estado, pelos seguintes meios: i) direto, em caráter excepcional, quando presentes os imperativos de segurança nacional ou elevado interesse público com a autorização de criação das empresas públicas e das sociedades de economia mista, ambas com personalidade jurídica privada; ii) indireta, regra geral de atuação estatal, através da regulação normativa indutora das atividades de mercado ou fomentando e; iii) monopólio, com o Estado explorando exclusivamente a atividade econômica (FERNANDES, 2014).

Duas Emendas Constitucionais (EC) no período chancelaram a delegação da prestação de serviços públicos de competência do Estado para a iniciativa privada e a criação de órgãos reguladores para os serviços telecomunicações⁷ e do petróleo⁸, conforme a EC nº 08/1995 (BRASIL, 1995a) e a EC nº 09/1995 (BRASIL, 1995b). Para a criação das demais e por ausência de assento constitucional autorizativo, apenas a legislação infraconstitucional poderia autorizar criação de outras Agências Reguladoras pelo Poder Executivo.

Sendo assim, o surgimento das agências reguladoras brasileiras foi decorrente de uma série de privatizações originadas no Plano Nacional de Desestatização (PND) instituído pela Lei nº 8.031/90⁹ (BRASIL) e através da reordenação com o objetivo de reduzir o déficit orçamentário. Posteriormente foi revogada pela Lei nº 9.491/97 (BRASIL), a qual conservou a base estrutural lógica da desestatização e a manutenção da titularidade e controle.

Ainda, por exigirem normas específicas para o nascimento e extinção de uma Agência Reguladora, são as próprias leis que as criam e as qualificam como autarquia em regime especial, sendo aplicada a recente Lei nº 13.848/2019¹⁰ (BRASIL, 2019) àquelas criadas a partir

⁷ A Lei nº 9.472/97 criou a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações e competindo adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade.

⁸ A Lei nº 9.478/97 instituiu a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia e tendo como finalidade a promoção da regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, dentre outras atribuições.

⁹ Através da apontada norma foi reconhecida a ineficiência administrativa perante a iniciativa privada, implantada a reforma com o surgimento de um Estado gerencial, além de trazer como objetivos, dentre outros, a reordenação da posição do Estado brasileiro na economia da condição de mero prestador de serviços estatais como telefonia, fornecimento de água e energia

¹⁰ A Lei nº 13.848/2019 dispôs sobre a gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras, modifica a norma que regula a gestão de recursos humanos das agências, dentre outras. É o marco regulatório das agências reguladoras federais, sendo aplicada a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a Agência Nacional de Águas (ANA), a Agência Nacional de Saúde (ANS), a Agência Nacional do Cinema (Ancine), entre outras. Apesar de se dirigir ao âmbito federal, por trazer regras sobre autonomia administrativa, tomada de decisão,

de sua vigência e, ficando ressalvado o que dispuser a legislação específica, subsidiariamente o disposto na referida norma às autarquias especiais caracterizadas como agências. No momento atual, o Estado brasileiro busca reduzir a máquina administrativa transferindo à iniciativa privada grande parcela do conjunto de bens e serviços agregados pelo crescimento socioeconômico do Brasil.

Para lidar com as complexas e delicadas questões regulatórias impostas na contemporaneidade foram criadas e autorizadas a criação de agências reguladoras com maior autonomia e capacidade técnica para o desempenho de funções desafiadoras e que eram direcionadas tradicionalmente ao Poder Executivo. Tais entidades objetivavam a promoção da melhor governança regulatória e a utilização da transparência e responsabilidade dos espaços descentralizados de tomada de decisões.

O tímido surgimento do Estado Regulador brasileiro, por meio de uma abordagem direta e sedimentada na doutrina a contar do incipiente Período Colonial, passando pelo Império, instituição da República e da Era Vargas, até chegarmos no marco fundante estabelecido pela CRFB/88 com o fortalecimento dos processos de desestatizações implementado para a diminuição da máquina pública, a transferências à iniciativa privada e a necessidade de regulação, são primordiais para compreendermos a sistematização da evolução regulativa, sua relevância na atualidade¹¹ e das circunstâncias que serão enfrentadas em face do caráter normativo no exercício do controle do Tribunal de Contas da União nas desestatizações implementadas por Agências Reguladoras.

Antes disso, a sintonia fixada entre a autonomia e o controle das Agências Reguladoras brasileira será apresentada para o estabelecimento dos alicerces do entendimento que será construído sobre o tema.

prestação de contas, controle social e previsão da atuação de forma integrada com outros órgãos, as referidas Agências poderão influenciar a regulação da matéria no âmbito estadual e municipal. Regra, ainda, sobre a interação operacional entre as agências reguladoras federais e as agências de regulação estaduais, distritais e municipais, estabelecendo que as agências federais poderão promover a articulação das atividades com as agências dos estados, do Distrito Federal e dos municípios nas suas áreas de competência, implementando, a seu critério, mediante acordo de cooperação, a descentralização de sua atividade fiscalizatória, sancionatória e arbitral, salvo as atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), que possuem regras próprias, destacando-se a vedação para a delegação de competências normativas.

¹¹ A Agenda da Organização das Nações Unidas 2030 possui o objetivo “16 - Paz, Justiça e Instituições Eficazes” que compreende a tendência de ampliação do controle feito pelos Tribunais de Contas, antecipando eventuais problemas no trato com verbas públicas.

1.2 Equilíbrio entre Autonomia e Controle

O estudo da linha tênue que distingue a autonomia das Agências Reguladoras do seu controle tem como objetivo compreender a eficácia das decisões de órgãos de controle com base em normativos próprios criados para fiscalizar as desestatizações levadas a cabo. Nesse sentido, será igualmente possível analisar a racionalidade e otimização das medidas adotadas ou, ao contrário, a ineficácia da burocracia preventiva criada.

A autonomia não pode ser confundida com o poder em grau máximo que é chamado de soberania e só pertence a República Federativa do Brasil¹², sendo que os demais entes e entidades, incluídas as Agências Reguladoras, são dotados tão somente da capacidade de autogoverno, auto-organização, autolegislação e autodeterminação. Sobre os institutos da soberania e da autonomia Ferrari (2016, pp. 195-196) ensina que:

[...], a União é a entidade formada do conjunto das coletividades públicas, sendo uma pessoa jurídica de direito público interno, autônoma em relação aos outros entes que compõem o Estado federal, cabendo a ela exercer a soberania da Federação, ou seja, enquanto o Estado federal como um todo é dotado de soberania, os entes parciais que o compõem só têm autonomia. Dessa forma, os Estados-membros, também pessoas jurídicas de direito público interno, são dotados de autonomia, o que equivale dizer que, dentro da competência determinada pela Constituição, têm capacidade de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autodeterminação.

Na discussão dos diversos controles a que se encontram sujeitos os atos praticados pelo Estado, com ênfase no controle pelo Poder Legislativo, pelos Tribunais de Contas, pelo Poder Judiciário e pela Sociedade Civil, parto da premissa de que a autonomia de uma Agência Reguladora é relativa por ser criada e ter a sua atuação regida por lei, sendo que apenas os Poderes constituídos e os demais órgãos independentes, ditos Ministérios Públicos e Defensorias Públicas, possuem irrestritas liberdades de atuação dentro dos parâmetros trazidos na CRFB/88 (BRASIL). No entender de Marques Neto (2005, p. 202):

A atividade regulatória é uma espécie do gênero atividade administrativa. Mas trata-se de uma espécie bastante peculiar. Como já pude afirmar em outra oportunidade, é na moderna atividade regulatória estatal que melhor se manifesta o novo paradigma de direito administrativo, de caráter menos autoritário e mais consensual, aberto à interlocução com a sociedade e permeado pela participação do administrado.

No mesmo sentido leciona Gheventer (2005, pp. 27-28):

¹² O Estado brasileiro está estruturado na forma democrática de governo, e traz dentre os objetivos a garantia da dignidade da pessoa humana, livre iniciativa, valorização do trabalho e pluralismo político, sendo que deve ser equilibrada nas funções estatais de fiscalização, planejamento das atividades econômicas e de fomento (GUERRA, 2014, p. 375). Apesar disso, existe a necessidade de que se conceba uma separação de poderes hábil a corresponder às vicissitudes do Estado regulador contemporâneo, o qual tomou para si a função de ordenar e atuar efetiva e eficientemente na economia (CYNIRO, 2018, p. 231).

[]. Em primeiro lugar, autonomia não significa independência, pelo menos no sentido que usamos para afirmar que os três Poderes são independentes entre si. Autonomia significa tomar decisões que o órgão considera tecnicamente adequadas, sem pressões do ambiente externo. Em segundo lugar, o grau de autonomia pode variar bastante, nele interferindo o ambiente macroeconômico (em particular, a intensidade do processo de libertação econômica), as preferências dos atores envolvidos e a conjuntura política.

Das Agências Reguladoras são exercidas coincidentes capacidades institucionais de controle pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União. A atuação do Poder Executivo atua por meio de seus Órgãos, na maioria das vezes, ocorre de forma tímida e sem influências diretas nas atividades de mercado reguladas pela Agência Reguladora. Já o Poder Legislativo trabalha apenas pontualmente no exercício da fiscalização e com auxílio do órgão de controle. Segundo Gueventer (2005, p. 185):

Sob a atual fórmula institucional, em que existe claro desequilíbrio em favor do Executivo no exercício do controle da agência, as preferências do Legislativo são menos determinantes no processo de formulação e execução da política regulatória. Nesse sentido, não se pode rejeitar a hipótese de que [...] tenderia a realizar escolhas que não contrariassem as preferências do Executivo.

Apesar do controle ser uma necessidade no Brasil, há uma desconfiança generalizada e institucionalizada sobre a ausência de efetividade estrutural de controle, percepção que eleva a sua importância de estudo (FERRARI, 2016, p. 327). Desse modo, a importância do controle está refletida na autonomia concedida a uma Agência Reguladora na condução de políticas públicas de desestatizações - dentre diversas outras de controle, fiscalização e gestão -, as quais podem proporcionar grandes desvios e muitas vezes desapercibidos, e somente verificados quando um terceiro independente, imparcial e desprovido de interesses consegue constatar na prática a irregularidade cometida.

Entretanto, cabe ao Estado indiretamente intervir nas atividades transferidas ao setor privado, sendo que tais encargos poderiam recair sobre a própria Administração direta ou indireta. Mas, por entender mais produtora a racionalização da coisa pública, foram instituídas as Agências Reguladoras no Brasil (DI PIETRO, 2013, p. 472). Tais entidades possuem a natureza jurídica de direito público e fazem parte da Administração Indireta. Ainda, possuem poderes técnico-normativos para regular, controlar e fiscalizar a prestação do serviço público ou de alguma atividade econômica por descentralização, além de serem qualificadas como autarquias sob regime especial. Para Di Pietro (2013, p. 473):

No caso de descentralização por serviço, o ente descentralizado passa a deter a titularidade e a execução do serviço; em consequência, ele desempenha o serviço com independência em relação à pessoa que lhe deu vida, podendo opor-se a interferências indevidas; estas somente são admissíveis nos limites expressamente estabelecidos em lei e têm por objetivo garantir que a entidade não se desvie dos fins para os quais foi

instituída. Essa razão do controle ou tutela a que tais entidades se submetem nos limites da lei.

O imperativo da autonomia para as agências reguladoras cria a credibilidade junto ao mercado e acalma os investidores privados de que as regras não serão alteradas abruptamente ou tarifas e preços serão controlados apenas pela vontade política do atual governante (PACHECO, 2006, p. 537). Perante a sociedade consumidora de produtos e serviços proporciona a adequada segurança da origem para o emprego humano afastando vieses ideológicos¹³.

No contraponto, a dificuldade de estabelecer de o nível ótimo da autonomia não está circunscrita apenas aos objetivos políticos ou econômicos da regulação empreendido por uma agência na gestão da matéria delegada pelo Executivo e regradada na norma, mas sim no controle do Legislativo por meio do Tribunal de Contas da União na fiscalização de uma desestatização, especialmente, da Eletrobras intermediada pela participação institucional da ANEEL no processo.

Assim, o regime jurídico dos bens e dos serviços públicos exige a aplicabilidade direcionada à função social na utilização e na otimização do valor de seu uso e será sempre vocacionado à produção do bem-estar coletivo. Para tanto, o Estado deve exercer seu papel transformador em relação à escassez inerente em face das alterações contemporâneas através da adaptação de uma estrutura gerencial mais dinâmica, célere e com grande capacidade de ajustamento, passando da figura do mero planejador controlador para a de regulador facilitador¹⁴.

O equilíbrio entre autonomia da agência reguladora e o seu efetivo controle configura no elemento essencial para que o sistema regulado seja eficaz, garantindo que as desestatizações ocorram com segurança jurídica tanto para os usuários quanto para os empreendedores privados interessados na aquisição. O objetivo é alcançado através – dentre tantos outros - do

¹³ No âmbito brasileiro é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que fiscaliza, aprova o uso das vacinas para aplicação na população e recomenda ao Ministério da Saúde a inclusão do fármaco no Programa Nacional de Imunizações (PNI). Desse modo, cabe tão somente ao Ministério da Saúde do Brasil a decisão quanto à conveniência e oportunidade para a adoção de tal medida. Ou seja, os conflitos ideológicos direcionados à ANVISA são infundados.

¹⁴ Segundo Barroso (2001, p. 195): O princípio da livre concorrência, corolário direto da liberdade de iniciativa, expressa a opção pela economia de mercado. Nele se contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo. Daí decorre que o Poder Público não pode pretender substituir a regulação natural do mercado por sua ação cogente, salvo as situações de exceção que serão aqui tratadas. Por outro lado, os agentes privados têm não apenas direito subjetivo à livre concorrência, mas também o dever jurídico de não adotarem comportamentos anticoncorrenciais, sob pena de se sujeitarem à ação disciplinadora e punitiva do Estado.

estabelecimento de regras claras a respeito de tarifa, regularidade, continuidade, segurança, abrangência, atualidade e qualidade dos serviços, do atendimento prestado aos consumidores e na definição precisa de penalidades para os casos em que a fiscalização constatar irregularidades. Nas palavras de Ferraz Jr. (1989, p. 78):

[...] o papel do Estado como agente normativo e regulador está delimitado, negativamente, pela livre iniciativa, que não pode ser suprimida. O Estado, ao agir, tem o dever de omitir a sua supressão. Positivamente, os limites das funções de fiscalização, estímulo e planejamento estão nos princípios da ordem, que são a sua condição de possibilidade.

A autonomia e controle influência nas nuances da atuação estatal como agente normativo e regulador diante da execução do projeto ideológico escolhido pelo governo para a área regulada. Na prática a distinção é percebida pela verificação do dirigismo e grau do disciplinamento do poder de intervenção do Estado atribuído a uma Agência Reguladora, sendo que a extensão da compreensão suporta desde o controle absoluto, a incidência de formas intermediárias e até o liberalismo radical (*laissez-faire*¹⁵).

Ademais, o entendimento da conformidade entre autonomia e controle¹⁶ das Agências Reguladoras se torna essencial para a visualização do panorama comandado pelo Tribunal de Contas num mercado aberto à iniciativa privada e, muitas das vezes, autorregulado pelas personagens. Desse modo, o papel executado no cenário de gestão econômica por meio do desfazimento do passivo imobiliário estatal comandado por uma agência reguladora poderá sofrer interferências inapropriadas. A pergunta central é até que ponto o controle externo do Tribunal de Contas pode ser considerado positivo e a partir de quando se torna um inconveniente para uma agência reguladora independente?

Para tanto, a autonomia das agências reguladoras está resguardada pelas normas instituidoras de cada uma ou pela própria CRFB/88 – em casos específicos¹⁷ – conferindo

¹⁵ É uma expressão em francês que significa “deixe fazer”. Ela é utilizada para identificar um modelo político e econômico de não-intervenção estatal. Seus defensores, em geral, acreditam que o mercado é capaz de se regular sozinho, sem a necessidade de subsídios ou regulamentações criadas pelo Estado. <https://www.politize.com.br/laissez-faire/>. Acesso em 15 dez. 2021. Ensina Nunes (2019, p. 222) que [...], o Estado liberal burguês, com a marca do *Laissez-faire*, [...] defende o argumento de que a função do Estado se resumiria à proteção dos direitos individuais, dos quais pinçamos a liberdade e a propriedade como exemplos. Para o desempenho desta relevante função, o Estado liberal dependeria de uma máquina administrativa que preferimos cunhar de “burocracia estatal”, com a atribuição de intervir – e quando fosse o caso mediante o uso da força – para a proteção destes valores. Como se viu, sem uma atuação relevante do Estado dificilmente o capitalismo teria condições de se expandir.

¹⁶ Art. 174. 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. (Vide Lei nº 13.874, de 2019). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 10 jan. 2022.

¹⁷ Algumas modificações foram introduzidas por Emendas à CRFB/88 para prever um órgão reguladores para os setores de telecomunicações pela EC 8/95 (nova redação do art. 21, inciso XI) e outro do petróleo pela EC 9/95

independência financeira e orçamentária, apesar do rotineiro represamento ou inexecução dos valores disponibilizados (GUERRA, 2014). Além dos recursos dispostos no orçamento, a cobrança das taxas de fiscalização de responsabilidade dos regulados conferem outras receitas, sendo que não há uma plena dependência financeira e orçamentária direta do Estado.

Outro ponto de destaque é a independência decisória e em última instância administrativa, haja vista ausência de subordinação aos órgãos de governo ou revisão hierárquica, mas mera vinculação administrativa (GUERRA, 2014, pp. 384-385). Portanto, o exercício da função é atribuído pelo gozo da autonomia reforçada¹⁸, personalidade jurídica pública e pleno e independente exercício das atividades de controle, qualificada como última instância administrativa e sem a necessidade do gerenciamento hierárquico do órgão de vinculação ministerial.

O mandato para o exercício do cargo de conselheiro ou diretor por tempo certo é objetivamente determinado nos normativos de regência e conforma mais um dos atributos da autonomia, apesar de os dirigentes serem indicados, geralmente, pelo Chefe do Poder Executivo e, posteriormente, aprovados pelo Senado Federal por uma comissão e depois em plenário. Inclusive existe a possibilidade da aferição da expertise técnica para a função e a recondução ao cargo. Ainda, a perda do mandato dos dirigentes das agências reguladoras no Brasil ocorre, como regra geral, somente pelo cometimento indevido de vedações legais, após a condenação penal ou do sancionamento administrativo (com o devido processo legal), sendo que em alguns casos, será possível o afastamento temporário ao longo da apuração. No mesmo sentido, Duarte (2018, p. 71)

O processo de indicação dos dirigentes também é relevante. A agência é mais independente quando a nomeação do dirigente pelo Presidente depende de aprovação pelo Legislativo. No desenho institucional das agências no Brasil, todas elas atendem a este requisito, sendo a nomeação dos dirigentes apreciadas pelo Senado Federal. Outra variável considerada é a “possibilidade de demissão”. Se a dispensa do dirigente da agência puder ocorrer a critério do Presidente, a agência será pouco autônoma. Por outro lado, a agência será mais autônoma se a demissão antes do término do mandato não for discricionária e puder ocorrer apenas por sentença judicial transitada em julgado. Uma posição intermediária se dá quando há possibilidade de demissão discricionária em um período de testes após a nomeação (até quatro meses), previsto no desenho de algumas agências.

(art. 177, §2º, inciso III). As reformas possibilitaram, além da introdução de órgãos reguladores com relativa autonomia, a expansão da atividade regulatória em outras áreas de atuação estatal. <https://www.migalhas.com.br/depeso/1007/agencias-reguladoras>. Acesso em 21 dez. 2021.

¹⁸ Um exemplo de política pública para incentivar e ampliar as forças do mercado foi a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19), a qual institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabeleceu garantias de livre mercado e alterou diversas Leis e impôs outras providências, além de dispor sobre princípios já conhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, como o da liberdade como garantia no exercício de atividades econômicas; da boa-fé do particular perante o poder público; a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado, que poderão ser mitigados por questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

Também a agência é formalmente mais autônoma quando o mandato não é renovável, uma vez que a perspectiva de renovação pode induzir a atuação do dirigente na intenção de se manter no cargo. Nesse sentido, algumas agências proíbem a recondução, outras permitem uma única recondução e há também aquelas permitem sucessivas reconduções.

O mecanismo de captação e escolha dos conselheiros e diretores, a possibilidade de recondução ao cargo, a quantidade respectiva de membros, a ausência de interferência da gestão por agentes externos e os arranjos orçamentários, são características da autonomia política de uma agência executiva. Já a autonomia administrativa gira em torno das competências de fixar a estrutura organizacional, a gestão dos gastos, a seleção de pessoal por concursos e o regime imposto aos seus servidores públicos. A autonomia tem fundamento no caráter técnico das agências, formadas por funcionários com expertise naquele assunto, e que vão decidir sem se ater a influências e questões partidárias ou políticas do momento.

Ainda, a autonomia regulatória deve ser compreendida como a atribuição de impor a regulação a um específico setor no exercício de poderes (de consulta, supervisão, fiscalização, dentre outros), o de fazer cumprir coercitivamente as decisões e as suas responsabilidades na condução das políticas públicas dos governos, em especial, as matérias relativas às desestatizações controladas, preventivamente, pelo Tribunal de Contas da União (SILVA, pp. 50-51).

As áreas da infraestrutura estatal revelam com maior nitidez a adoção das condições de autonomia e de desprendimento político das agências reguladoras setoriais em relação ao Poder Executivo. Ademais, o amadurecimento dos extensos investimentos promovidos, as tecnologias envolvidas e o flagrante imperativo da promoção de estabilidade normativa, são conduzidos de forma satisfatória para a atração dos investidores privados do mercado regulado. Assim, a complexidade da natureza da atividade de infraestrutura tem por missão o balanceamento dos aspectos dos investidores privados, do governo e dos usuários dos serviços na busca da universalização do acesso aos serviços nos processos de desestatização. (PACHECO, 2006, p. 531).

Apesar disso, a descrição dos mecanismos de controle dispostos nos normativos de criação das agências reguladoras brasileiras, inclusive ancorados em regras e princípios constitucionais, permite afirmar que estamos distantes de uma conjuntura de insulamento total das agências reguladoras, em que não haveria mecanismos de controle político à disposição dos demais poderes constituídos, inclusive pelo Tribunal de Contas da União (MEIRELLES; OLIVA. 2006).

Em síntese, a autonomia regulatória deve ser compreendida como técnica, apolítica e apartidária, não pode ser travada por um controle sem razoabilidade ou sem considerar os complexos aspectos que circundam o mercado regulado (seja elétrico, telecomunicações, minerário etc.). Do mesmo modo, também não pode ser absoluta, pois a existência de controle entre os poderes é o cerne do nosso sistema jurídico-constitucional de pesos e contrapesos. Além disso, numa desestatização lida-se com decisões que, apesar de técnicas, podem impactar profundamente o erário público, causando prejuízos gigantescos, o que só reforça a necessidade de controle.

Por fim, o caminhar da autonomia e do controle, intrínsecos às agências reguladoras, especialmente as de infraestrutura, é compreendido na eficácia dos procedimentos de desestatizações e devem ser conduzidos com as parcerias institucionais de órgãos de controle constituídos e por instrumentos normativos criados (ou reformulados) para a fiscalização preventiva ou concomitante na edificação da racionalidade social das desestatizações.

Após o exame essencial do equilíbrio entre autonomia e controle das agências reguladoras, no próximo tópico analisa-se o instituto da desestatização no Estado Regulador e seus vieses institucionais na satisfação dos interesses coletivos comandados com base em políticas de governo pré-estabelecidas e direcionadas, mas controladas pelo Tribunal de Contas da União.

1.3 Desestatização no Estado Regulador

Um processo de desestatização¹⁹ se constitui em ações direcionadas ao redimensionamento do tamanho do Estado por meio da redução da participação direta da administração pública em alguns serviços ou ativos. Em geral, objetiva proporcionar serviços de melhor qualidade para a população relacionados aos setores de energia elétrica, gás, portos, aeroportos, rodovias, ferrovias, dentre outras, controladas por agências reguladoras setoriais. Assim, as atividades estatais ficam focadas somente no que é essencial à coletividade e à

¹⁹ Na pesquisa sobre a expressão “desestatização” foram utilizados os dados iniciais colhidos do acesso ao sítio eletrônico do Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES), sendo que o referido Banco pode participar de todas as etapas descritas e, em relação a Estados e Municípios, a participação será formalizada através de acordos de cooperação técnica (ACT) entre o Banco e o ente público, conforme Lei nº 9.491/97 e Lei nº 13.334/16.

iniciativa privada são atribuídas as demais parcelas. Nos ensinamentos de Moreira²⁰ (2014, p. 53):

[]. A desestatização dá-se na superfície do serviço a ser prestado, não na sua essência. A depender do serviço e/ou da obra, a maioria dos bens permanece no setor público dos meios de produção (v.g., portos organizados; rodovias e ferrovias). Apenas a gestão e o domínio imediato dos bens e serviços são transferidos ao empreendedor privado, por prazo certo. A privatização formal, portanto, implica a outorga de afazeres públicos ao empreendedor privado — tal como definidos em lei, nos regulamentos e, em especial, nos respectivos contratos.

Nesse contexto, a iniciativa privada e o Estado estão expostos às contingências que influenciam os setores e, tais movimentos impõem periódicos (re)planejamentos da qualidade e da quantidade da presença do Estado na economia, conforme limites constitucionais e legais. Para explicar o fenômeno os economistas apresentam a teoria da “falha de mercado”²¹. Tal teoria econômica explica a incapacidade do setor privado de suprimir as demandas econômicas e sociais, além de justificar a presença estatal na economia numa atividade específica. Por movimentos cíclicos empreendidos pelas variações do mercado e da globalização da economia a presença do Estado como prestador de bens e serviços por vezes é reduzida surgindo daí a necessidade da implementação dos processos de desestatizações (BICALHO, 2022, p. 131).

Sendo assim, a palavra desestatização compreende a diminuição da órbita de responsabilidade do Estado relativamente à atuação em determinada seara. Para Souto (2001, p. 30) a palavra significa “*retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade)*”. É gênero, porquanto representa tão somente a saída do ente público. Além disso, ensina Bicalho (2022, p. 135):

Este movimento é também condição do equilíbrio das contas públicas, cuja estabilidade é princípio do Estado Democrático de Direito, tutelado pela Lei

²⁰ Acrescenta o autor que a definição estampada na Lei nº 9.491/97 ao disciplinar o Programa Nacional de Desestatização (PND) é translúcida ao declarar que: “a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade” (art. 2º, §1º, “b”). Assim, desestatiza a gestão, não o serviço ele mesmo: aquele determinado serviço, que persiste público passa a ter execução privada. Pela interpretação do dispositivo não seria necessária a estrutura empresarial prévia e bastaria a atribuição normativa de determinado serviço público à União (“daqueles de sua responsabilidade”). Por isso que há concessões de obras públicas e de serviços precedidos de obras: a infraestrutura física, sendo que a configuração institucional não são requisitos aos processos de privatização formal.

²¹ Sobre a teoria da “falha de mercado” nos ensina Sundfeld (2017, pp. 82-84) que eficiência governamental é explicada pela metáfora do direito administrativo do clipe (DAC), com o qual enquadra a Administração Pública numa papelaria, que age por autos e meros atos administrativos, tratando somente dos direitos e deveres em papel, por meras estatísticas, com desconfiança dos privados, desprezando a relação tempo, custos e resultados, além de não assumir prioridades. Em oposição é oferecido o direito administrativo dos negócios (DAN), o dos que se focam em resultados e, para obtê-los, fixam prioridades, e com base nelas gerenciam a escassez de tempo e de recurso, sendo certo que os órgãos de controle (Tribunais de Contas, Poder Judiciário, dentre outros) vêm fechando o cerco a esse movimento na atualidade (DAN) para conter e exterminar o primeiro (DAC).

Complementar nº 101/2000, que instituiu a responsividade fiscal voltada ao alcance e à manutenção da estabilidade orçamentária dos entes políticos, mediante o planejamento orientado para o controle do poder de gasto do Estado.

No cenário brasileiro teria ocorrido o esgotamento do modelo de intervenção direta na economia e nas prestações de serviços públicos pelo próprio Estado, após ter propiciado um incremento aceitável entre as décadas de 30 até 70 do século passado e, segundo Aragão (2017, pp. 67-68), o apontado panorama teria sido agravado pelos seguintes fatores:

[...] a compressão dos preços e tarifas cobradas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, utilizadas para fins de políticas macroeconômicas, sobretudo para a contenção do processo inflacionário; e a utilização dessas empresas para efetuar operações de financiamento quando a capacidade de endividamento da própria União já estava se esgotando.

A partir da década de 90 teve início o processo de desestatização do Estado brasileiro com a redução de sua atuação direta na economia, promovendo o surgimento de mercados e agenciando a sua modelagem pela concorrência. Do mesmo modo, buscou ostentar uma atitude primordialmente regulatória com a instituição de agências técnicas e independentes, projeto que, ainda não chegou a se consolidar por completo (RIBEIRO, 2014, p. 112).

O movimento da desestatização foi iniciado no Brasil durante o Governo Collor com a instituição dos objetivos indicados no Programa Nacional de Desestatização (PND) pela Lei nº 8.031/90. Tal normativo foi revogado pela Lei nº 9.491/97, que expressamente previu em seu art. 2º a concessão como forma de desestatização. O Supremo Tribunal Federal teve recente oportunidade de apreciar e reconhecer que para a desestatização de empresas estatais, é suficiente a autorização prevista em lei que veicule programa de desestatização no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.241/DF^{22 23}.

²² Ensina Cyniro (2017, p. 962) que os papéis desempenhados pela economia na interpretação constitucional são utilizados pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos das Ações de Controle Concentrado, conforme: []. Há casos em que a compreensão e a aplicação apropriada de uma norma constitucional se dará com o uso do raciocínio econômico (*economic reasoning*), o que terá destaque na análise da Constituição econômica e na judicialização das intervenções do Estado na economia (regulação). É, em certos casos, investigando as razões econômicas de uma determinada atuação estatal na economia que o intervencionismo poderá ser devidamente compreendido e justificado em face da Constituição econômica.

²³ Apreciando decretos presidenciais que incluíram a ABGF, Engea, Casa da Moeda, CEITEC, Serpro e Dataprev no Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97) e no Programa de Parcerias de Investimentos (Lei nº 13.334/16), o Supremo Tribunal Federal, que reconheceu que, para a desestatização de empresas estatais, seria suficiente a autorização prevista em lei que veicule programa de desestatização, conforme: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REQUERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. LEIS FEDERAIS NS. 9.491/1997 E 13.334/2016. DESESTATIZAÇÃO DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA AUTORIZAÇÃO LEGAL GENÉRICA PARA A DESESTATIZAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS. AÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Não se conhece da ação direta de inconstitucionalidade na qual a impugnação às normas é apresentada de forma genérica. Precedentes. 2. Para a desestatização de empresa estatal é suficiente a autorização prevista em lei que veicule programa de desestatização. Precedentes. (...). 4. Autorização legislativa genérica é

De forma geral, os projetos de desestatização na atualidade se dividem em privatização e concessão por outorga onerosa e as diferenciações entre cada um desses modelos são essenciais para entendermos melhor as atividades de controle desempenhadas pelo Tribunal de Contas da União na desestatização por outorga onerosa e o papel da ANEEL²⁴.

A privatização ocorre quando o Setor Público vende ativos ou empresas públicas para a iniciativa privada. Isto acontece quando uma determinada empresa estatal não consegue ser competitiva no mercado, não presta serviços eficientes ou quando passa por dificuldades financeiras, onerando a administração²⁵.

Já a concessão afigura na transferência da execução e/ou gerenciamento de algum serviço público para a iniciativa privada por um tempo determinado, mas o ativo continua sendo de propriedade estatal. Nesse sentido, se por um lado a gestão é concedida à iniciativa privada com expertise no oferecimento de um serviço melhor para a população, por outro lado, é conduzida por regras e leis bastante rígidas e claras das responsabilidades, deveres e fiscalização da concessão. Ressalte-se que a maioria dos projetos de desestatização são concessões onerosas.

Todo processo de desestatização, seja na modalidade de privatização ou na de concessão, pode ser dividido em quatro etapas comuns: planejamento, estruturação do projeto, leilão e contratação. No planejamento, a análise da capacidade fiscal do ente público é investigada, além do seu quadro jurídico, regulatório e institucional. Ainda, são estabelecidos os mecanismos de garantia do projeto de desestatização, levantadas as bases de ativos e a sua priorização.

Na estruturação do projeto são selecionadas as alternativas mais adequadas, elaborados os editais de chamamentos, termos de referência e são feitas as celebrações de parcerias com estruturadores com o adequado acompanhamento dos estudos técnicos. Na etapa do leilão são realizados eventos ou exposições itinerantes que percorrem diferentes locais com participação

pautada em princípios e objetivos que devem ser observados nas diversas fases deliberativas do processo de desestatização. A atuação do Chefe do Poder Executivo vincula-se aos limites e condicionantes legais previstos. 5. Ação direta parcialmente conhecida quanto à impugnação da autorização de inclusão de empresas estatais no plano de desestatização prevista no caput do art. 2º e no § 1º do inc. I do art. 6º da Lei n. 9.491/1997 e, nessa parte, julgado improcedente o pedido. (ADI 6241, Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 08/02/2021, Publicação em 22/03/2021; grifou-se).

²⁴ Os diversos incisos do art. 4º da Lei nº 9.491/97 trazem diversas modalidades operacionais de execução das desestatizações. No caso, os objetos foram delimitados pelo fato da privatização e da concessão onerosa gerem certos conflitos interpretativos. Além disso, a análise do julgado na ANEEL é relativa apenas à concessão onerosa, o que afasta a necessidade de maiores digressões sobre as demais modalidades operacionais regradas no ordenamento jurídico.

²⁵ Foram inseridas as palavras didáticas sobre desestatização após consulta o portal da Secretaria do Governo Municipal de São Paulo. Fonte <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/governo/noticias/?p=233947>. Acesso em 12 jan. 2022.

dos interessados privados, realização de consultas públicas, respostas aos questionamentos dos órgãos de controle e a derradeira realização do leilão. Por fim, na contratação é feita a assinatura do ajuste entre o setor público e o parceiro privado vencedor do leilão. Para Di Pietro (2013, p. 533):

As atribuições das agências reguladoras, no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário, deliberar o contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e da sua revisão ou reajuste, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao Poder Público na concessão, permissão e autorização.

Através dos processos de desestatização o Estado fomenta as atividades da iniciativa privada, com vistas à modernização do parque industrial nacional (sistema elétrico, portos, aeroportos, ferrovias, rodovias, etc.) mediante o estímulo à competitividade e ao fortalecimento do mercado de capitais, inclusive com o incentivo à democratização da propriedade do capital de uma estatal. Apesar disso, numa concessão onerosa, a atividade desestatizada continua sendo do Estado, o qual delega somente o exercício a um particular e com direito à retribuição. Por outro lado, na privatização a atividade deixa de ser de titularidade estatal para passar a ser uma atividade do âmbito da livre iniciativa de mercado (ARAGÃO, 2017, p. 428).

Tradicionalmente, as ações governamentais objetivavam reduzir a presença estatal na economia, restabelecer o princípio da subsidiariedade e controlar a dívida pública, para direcionar o Estado na concentração dos seus esforços nos setores em que sua presença fossem absolutamente essenciais. No entendimento de Aragão (2017, pp. 469-470):

Antes do processo de desestatização, dada a natureza estatal dos envolvidos, os titulares desses bens, a grande maioria deles bens de uso comum do povo, não manifestavam pretensões a receber qualquer ressarcimento ou remuneração pela utilização. Com a transferência de muitos desses serviços à iniciativa privada, a situação mudou de figura, com muitos entes federativos e novos concessionários, principalmente de rodovias, vendo na situação uma possível fonte de novas receitas através das mais variadas formas jurídicas (taxas de polícia, permissão de uso de bem público, servidão administrativa etc.).

Nesse contexto se insere o Tribunal de Contas da União (TCU) nas fiscalizações²⁶ dos processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, compreendendo as privatizações de empresas, as concessões onerosas, dentre outras. Desse modo, as

²⁶ <https://portal.tcu.gov.br/desestatizacao-e-regulacao/>. Acesso em 11 jan. 2022.

desestatizações conduzidas pelo Estado se inserem num dos objetivos institucionais do controle com base na Instrução Normativa TCU nº 81/2018.

Portanto, o arranjo institucional da Instrução Normativa nº 81/2018, em princípio decorrente do próprio texto constitucional, conferiu o novo modelo de fiscalização dos processos de desestatização realizados pelo Poder Público e foi organizada para aperfeiçoar a dinâmica do acompanhamento das desestatizações, em especial, no que se refere aos ritos processuais internos e à seletividade da atuação do TCU. A complexidade das atividades foi reduzida através do extermínio de diversos estágios de acompanhamento previstos nas instruções revogadas, proporcionando o aprimoramento e a desburocratização dos atos fiscalizatórios (BICALHO, 2014, p. 272).

Do mesmo modo, os rotineiros assessoramentos jurídicos prestados pelos órgãos da Advocacia-Geral da União nos processos e nos atos administrativos que tratam sobre desestatizações do Governo Federal possuem prioridade de análise nos empreendimentos qualificados com tal finalidade. Inclusive, estando sendo uniformizadas as competências e os procedimentos em face das atribuições das consultorias jurídicas junto aos Órgãos (ministérios) ou das Agências Reguladoras e com envergadura para atuar nas análises conjuntas das consultorias nos empreendimentos, conforme especificam os normativos internos²⁷.

Sendo assim e após a contextualização do instituto da desestatização através da exposição dos entendimentos da doutrina, do STF e no arcabouço normativo especializado,

27 PORTARIA Nº 293, DE 27 DE SETEMBRO DE 2018

Dispõe sobre o assessoramento jurídico prestado pelos órgãos da Advocacia-Geral da União nos processos e atos administrativos de que trata a Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016.

A ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e XVIII do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993,

Considerando que o inciso II do art. 3º da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, determina aos órgãos, entidades e autoridades a observância da legalidade, qualidade, eficiência e transparência da atuação estatal; e Considerando que cabe à Advocacia-Geral da União o assessoramento jurídico dos Ministérios envolvidos com a execução do Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; resolve:

Art. 1º Será prioritária a análise jurídica de processos e atos administrativos relativos a empreendimentos qualificados, por decreto, como integrantes do Programa de Parcerias de Investimentos - PPI.

Art. 2º Os órgãos de assessoramento jurídico poderão realizar manifestação jurídica conjunta quando o ato ou processo administrativo exija a análise de mais de um órgão ou ente federal.

Art. 3º As Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios e as Procuradorias Federais junto a entes com competência para atuar na análise de empreendimento abrangido pela Lei nº 13.334, de 2016, deverão identificar e informar aos órgãos assessorados oportunidades de uniformização de competências e procedimentos no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos - PPI e do Programa Nacional de Desestatização - PND, previsto pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.

Art. 4º Os órgãos jurídicos deverão, sempre que possível: I - elaborar pareceres referenciais, conforme previsto na Orientação Normativa nº 55, de 23 de maio de 2014; II - elaborar minutas de pareceres parametrizados; e III - elaborar, em conjunto com a administração, minuta padrão de editais, contratos e atos administrativos. Art. 5º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação. Fonte: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/42825160/do1-2018-09-28-portaria-n-293-de-27-de-setembro-de-2018-42824829. Acesso em 11 jan. 2022.

segundo os quais, são enquadradas dentre as atividades e as atribuições exercidas das agências reguladoras e controladas pelo Tribunal de Contas da União, no próximo capítulo analisa-se o controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União na perspectiva objetiva de aferir a existência do disfarce gerencial do Tribunal de Contas da União nas políticas públicas de desestatização conduzidas pelo Estado, investigando a tendência de ampliação do controle prévio e proativo a antecipação de eventuais irregularidades.

Superados os consistentes apontamentos sobre a Desestatização do Estado Regulador brasileiro, no próximo tópico serão apresentados o desenho institucional da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e suas atribuições.

1.4 Atribuições da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)

Anoto que o sistema elétrico brasileiro privilegiou a matriz hidráulica ao longo de décadas em face da grande disponibilidade desses potenciais no território brasileiro e da facilidade do emprego da tecnologia de geração de energia, além do baixo custo em comparação à outras fontes alternativas mais caras (eólicas e fotovoltaicas) e de outras não necessariamente sustentáveis (nucleares ou térmicas) (VIVENZA; GOMES, 2022, pp. 1-2).

Nesse contexto e tendo por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do Governo Federal, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL²⁸) foi criada pela Lei nº 9.427/96²⁹ e, inclusive, estabelecida a delimitação das suas competências.

²⁸ A ANEEL não estabeleceu a Bandeira de Escassez Hídrica. O novo patamar foi criado por decisão da Câmara de Regras Excepcionais para Gestão Hidroenergética (CREG) e objetiva custear com recursos da bandeira tarifária os custos excepcionais do acionamento de usinas térmicas e da importação de energia no valor de R\$14,20 a cada 100 quilowatt-hora consumidos. Essa cobrança valerá para todos os consumidores do Sistema Interligado Nacional de setembro de 2021 até abril de 2022, com exceção dos beneficiários da tarifa social, sendo que os consumidores dos sistemas isolados, tais como os de Roraima e de outras áreas remotas, não pagam bandeira tarifária. Fonte: https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao/-/asset_publisher/XGPXSqdMFHrE/content/faq-tire-suas-duvidas-a-sobre-bandeira-escassez-hidrica/656877?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fsala-de-imprensa-exibicao%3Fp_id%3D101_INSTANCE_XGPXSqdMFHrE%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D3. Acesso em 08 mar. 2022.

²⁹ A referida norma instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, dentre outras providências. A última alteração foi a recente inclusão do §1º-J no art. 26 pela Lei nº 14.300/22 [estabeleceu o marco legal da microgeração e minigeração distribuída, o Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE) e o Programa de Energia Renovável Social (PERS)], determinando que Poder Executivo federal definirá as diretrizes para a implementação, no setor elétrico, de mecanismos para a consideração dos benefícios ambientais, em consonância com mecanismos para a garantia da segurança do suprimento e da competitividade, no prazo de 12 (doze) meses, relacionados aos microgeradores e minigeradores distribuídos.

Através da delegação do Governo Federal e na condição de autarquia sob regime especial, a ANEEL implementa políticas públicas na promoção das atividades relativas às outorgas de concessão, permissão e autorização de empreendimentos e serviços de energia elétrica, utilizando como base o plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Ministério de Minas e Energia.

Além disso, conduz os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos, além de gerir os contratos de fornecimento celebrados de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público. Afirmam Barros, Borelli, Gedra (2017, p. 20) que:

Embora seja atribuição da Aneel fiscalizar as empresas do setor elétrico, alguns estados possuem agências locais, encarregadas de auxiliar a Aneel na fiscalização. O estado de São Paulo, por exemplo, possui a Agência Reguladora de Saneamento e Energia (Arsesp), e o estado do Rio Grande do Sul possui a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do RS, Agersg. Nos estados que não possuem essa agência local, a exemplo de Minas Gerais e Santa Catarina, fica a cargo da Aneel a fiscalização das empresas de energia elétrica.

No exercício da atividade de regulação a ANEEL estabelece as regras para o serviço de energia elétrica, como: produção, transmissão³⁰, distribuição e comercialização. Ainda, determina as metas a serem periodicamente alcançadas pelas distribuidoras de energia elétrica e cria também limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes do mercado visando impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica. Do mesmo modo, estipula a metodologia de cálculo das diferentes tarifas do setor e calcula as tarifas aplicadas às contas das concessionárias e permissionárias de distribuição de energia. Ensina Filho (2018, p. 72) que:

[...]. Compete à Aneel definir as tarifas relativas à prestação desses serviços, tendo em conta a modicidade tarifária para o consumidor e o equilíbrio econômico-financeiro da concessionária para garantir o fornecimento com qualidade. Para isso, as

³⁰ O órgão responsável pela coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN) e pelo planejamento da operação dos sistemas isolados do país é o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), mas sob a fiscalização e regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). O art. 13 da Lei nº 9.648/98 com a redação dada pela Lei nº 13.360/16 dispõe que as atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica integrantes do Sistema Interligado Nacional (SIN) e as atividades de previsão de carga e planejamento da operação do Sistema Isolado (Sisol) serão executadas, mediante autorização do poder concedente, pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, fiscalizada e regulada pela Aneel e integrada por titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e que sejam conectados à rede básica. O art. 13 da Lei nº 9.648/98 foi regulado pelo Decreto nº 5.081/04. Pelo fato da análise do Acórdão do TCU fazer referência apenas ao controle da ANEEL, justifico a referência ao apontado entidade privada nesta nota de rodapé.

concessionárias devem ter uma receita suficiente para cobrir todos os custos com a aquisição de energia para revenda, transporte, perdas e encargos. [...].

Desenvolve ações de fiscalização do fornecimento do serviço, controlando diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e os serviços de energia elétrica. A atuação possui o objetivo de garantir o bom funcionamento dos agentes, para que não venham a comprometer o serviço ao consumidor e a qualidade de fornecimento dos serviços de energia elétrica. A coerção é respeitada com a imposição de exigências, multas e, em última instância, recomendação de rescisão do contrato de concessão.

Visando sempre a prestação do serviço adequado, com segurança, pode a ANEEL se utilizar do seu Poder de Polícia para impor o adequado tratamento da questão, inclusive com consultas públicas³¹. Conforme sabido, o poder de polícia administrativa incide sobre bens, direitos e atividades, possui caráter predominantemente preventivo – podendo ser repressivo e fiscalizador – tem por objetivo acautelar ou conter ilícitos administrativos. Mello (2006, p. 221) define o poder de polícia administrativa como:

[...] a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação, ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

Outrossim, cabe à ANEEL apurar³², no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores. Além disso, procura incentivar a realização de projetos que melhorem a eficiência e a qualidade dos serviços prestados e reduzam a

³¹ Para Marques Neto (2005, p. 202): A atividade regulatória é espécie do gênero atividade administrativa. Mas trata-se de uma espécie bastante peculiar. Como já pude afirmar em outra oportunidade, é na moderna atividade regulatória estatal que melhor se manifesta o novo paradigma de direito administrativo, de caráter menos autoritário e mais consensual, aberto à interlocução com a sociedade e permeado pela participação do administrado.

³² A Resolução Normativa ANEEL nº 846, de 11 de junho de 2019, aprovou procedimentos, parâmetros e critérios para a imposição de penalidades aos agentes do setor de energia elétrica e dispôs sobre diretrizes gerais da fiscalização da Agência <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/atren2019846.pdf>>. Acesso em 8 mar. 2022. Esclareço que o Brasil pleiteia sua associação à Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a apontada Resolução constituiu um passo importante para a adequação do sistema regulatório brasileiro às recomendações da organização e sinal evidente de que o Brasil busca implantar os níveis mais elevados de regulação no setor elétrico no território nacional. Além de tornar esse segmento ainda mais atraente para investidores nacionais e internacionais, as novas regras também tendem a trazer benefícios sociais, por incentivarem o aprimoramento dos serviços de acordo com as demandas da sociedade, e representam impulso importante para o desenvolvimento contínuo do setor. Ademais, em 25/01/2022, o Conselho da OCDE decidiu iniciar discussões sobre adesão com o Brasil <<https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/>>. Acesso em 8 mar. 2022.

dependência tecnológica do setor, inclusive a resolução dos conflitos³³ incidentes nos compartilhamentos de infraestruturas entre setores diversos.

Com o foco na modicidade da tarifa e na qualidade do serviço a ANEEL busca assegurar o ambiente de negócios que favoreça a atratividade e a devida remuneração dos investimentos, incentivando a eficiência e a sustentabilidade econômico-financeira e socioambiental e com o objetivo de promover o desenvolvimento do setor elétrico com a prestação de serviços públicos de energia elétrica que satisfaçam as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade tarifária aos usuários. No entendimento de Filho (2018, p. 48):

Os benefícios do uso racional de energia apresentam-se em duas dimensões básicas: redução de custos e redução de danos ao meio ambiente. Sob o ponto de vista do consumidor de energia, a redução de custo é a dimensão mais evidente. Produzir a mesma quantidade gastando menos energia implica reduzir os custos de produção. Em consequência, os produtos tornam-se mais competitivos no mercado alavancando as vendas e os lucros. Para as organizações que não tenham fins lucrativos, a redução de custos com energia pressupõe a redução dos custos operacionais, liberando mais recursos para o desenvolvimento de suas atividades. A redução do consumo de energia atenua os danos ao meio ambiente. Esse benefício, mais difuso, é do interesse de toda a sociedade." (FILHO, 2018, p.48)

Portanto, objetiva a redução estrutural dos custos, a diminuição das variações de tarifas e sua modicidade, além do aperfeiçoamento da comunicação com o consumidor para que ele possa melhor compreender sua conta e implementar ações de empoderamento no uso eficiente da energia elétrica.

De fato, o ambiente regulatório favorável pode ser verificado na elaboração de regulamentos orientados na busca constante da excelência e da melhoria da qualidade na prestação dos serviços com sustentabilidade social, ambiental e econômico-financeira, tornando a regulação coerente, concisa, simples e estabilizada para facilitar a evolução do setor, promover a eficiência energética e eliminar barreiras ao desenvolvimento tecnológico.

³³ A Resolução nº 02/2001 trouxe regramento conjunto de resolução de conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, ao passo que instituiu a Comissão de Resolução de Conflitos para tratamento específico de reclamações relativas aos relacionamentos entre agentes dos setores em questão. Ademais, o Revisão da Regulamentação de Compartilhamento de Infraestruturas entre os setores de Energia Elétrica e de Telecomunicações Relatório está sendo conduzida pela Análise de Impacto Regulatório nº 0002/2020-SRD/SMA/ANEEL, anexo da Nota Técnica nº 0041/2020-SRD-SMA/ANEEL e relativo ao Processo nº 48500.003090/2018-13. <https://www.aneel.gov.br/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=45393&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Ffp%2Fvisualizar.jsp> Acesso em 8 mar. 2022.

Dessa maneira, a ANEEL insere-se no contexto do Estado Regulador brasileiro e possui a competência legal de autorizar outorga para geração de energia elétrica com prazo de 30 (trinta) anos, cuja usina esteja em operação em 1º/09/2020 e que não tenha sido objeto de qualquer espécie de penalidade pela Agência quanto ao cumprimento do cronograma de sua implantação.

O processo de desestatização está encravado dentro do leque de envergaduras da ANEEL e, nos termos já explicitados, deve ser compreendido como um método por meio do qual a prestação de um serviço público, que era antes realizada pelo Estado, passa a ser realizada pelo setor privado. Tal transferência pode ocorrer mediante a concessão, em que os ativos são utilizados pelo parceiro privado durante a vigência da concessão e retornam ao Poder Concedente ao final do contrato e tem que pagar ao Governo um valor pelo direito de explorar a concessão, também chamada de outorga onerosa analisa pelo TCU. Já a desestatização mediante a privatização envolve a venda de uma empresa estatal (e de seus ativos) à iniciativa privada (que não retornam mais ao Poder Público). O Governo, nessa hipótese, recebe um preço na venda, que será definido em leilão competitivo, após a realização de estudos técnicos que calculam o preço justo da alienada.

Independentemente da modalidade (concessão por outorga onerosa ou privatização), a desestatização é realizada para beneficiar os usuários com a oferta de serviços de melhor qualidade e com nível de serviço especificado em contrato e aliviar o Poder Público dos altos investimentos – agora realizados pelo setor privado - e no consequente recebimento de impostos e contribuições ao longo da atuação das concessionárias (outorgas onerosas) e das empresas privatizadas.

A compreensão da atribuição desestatizadora da concessão é relevante para, num segundo momento, entendermos a estrutura do controle do Tribunal de Contas e, ao final, analisarmos o julgado que decidiu o procedimento de desestatização Eletrobras com base na Instrução Normativa nº 18/2018. No próximo capítulo o exame da estrutura e das formas do controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas será externalizado.

2 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO TRIBUNAL DE CONTAS

No Estado Democrático de Direito³⁴ implementado com a CRFB/88, a funcionalidade do Poder é tripartida³⁵ em Executivo, Judiciário e Legislativo – auxiliado pelo Tribunal de Contas. Os Órgãos são independentes, mas igualmente harmônicos, o que pressupõe um sistema de *check and balances* (freios e contrapesos). Desse modo, a CRFB/88 criou um ambiente de mútuo e sistêmico controle dos atos de cada Poder, pelo outro. Nesse panorama o TCU vem exatamente exercer a tarefa de auxílio à fiscalização de atribuição do Legislativo, ainda que este tenha também outras formas de controle.

Para o funcionamento regular da democracia são necessárias limitações e imposições de controles da gestão pública com o objetivo de verificar se o comando que é exercido pelos agentes públicos e pelas entidades constituídas é legítimo. Através da vontade popular, prestação de contas dos gestores e defesa de direitos individuais e coletivos a democracia é externalizada. Em resumo, explica Nunes (2019, p. 514) que: “Essas normas, limitativas do poder estatal, são o fundamento do Estado Democrático de Direito, vale dizer, do Estado submetido, também, ao ordenamento jurídico fruto da soberania popular, do mesmo modo que os particulares.”

Ao Executivo coube a administração da coisa pública, a condução das políticas públicas e, portanto, a governança do Estado brasileiro. Já ao Judiciário dirimir os conflitos em sociedade - seja entre indivíduos, seja entre indivíduos e Estado, e até mesmo controlar a compatibilidade das leis com a CRFB/88. Ainda, ao Legislativo, preponderantemente, compete a formulação das regras de conduta, portanto, legislar.

A ideia de tripartição funcional do Poder leva ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*³⁶), possibilitando que sejam instrumentalizados para que possam conter uns aos outros, de modo que um não se sobreponha na medida em que devem ser harmônicos e independentes.

³⁴ Nunes (2019, p. 392) explica que: “Não há dúvidas de que a Constituição brasileira, especialmente em razão de criar um Estado Democrático de Direito, tem na justiça social um objetivo que trespassa todo o texto. Não apenas a ordem social tem como objetivo a justiça social, mas todas as atuações do Estado e da sociedade, quando voltadas à solidariedade e à garantia de bens sociais, devem visar à justiça social como direito e não como caridade ou benevolência.

³⁵ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

³⁶ O mecanismo de *checks and balances* é um sistema em que os Poderes do Estado mutuamente se controlam. Como exemplo, podemos citar as seguintes situações: o Legislativo julga o presidente da República e os ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade; o chefe do Executivo tem o poder de veto aos projetos de lei; e o Poder Judiciário pode anular os atos dos demais Poderes em casos de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8040-freios-e-contrapesos> - acesso em 06 dez. 2021

Além do controle interno de cada Poder, ao Legislativo, auxiliado pelos respectivos Tribunais de Contas, compete a verificação e a fiscalização financeira e orçamentária dos gastos, a participação do processo decisório na indicação de cargos públicos de alto escalão do Poder Executivo e do Judiciário, a instalação de Comissões Parlamentares Inquéritos, além da atividade fim na inovação legislativa e na derrubada de vetos presidenciais³⁷.

Inclusive, a obrigação constitucional de prestar contas é direcionada a todos os Poderes e não são avaliados somente os gastos orçamentários, mas também como foi aplicada a legislação na atividade de gestão, como ocorreu a obtenção de recursos; a formulação de políticas de execução dos orçamentos; as receitas e despesas; o planejamento, a elaboração e a execução orçamentária; a integridade do patrimônio; o fiel cumprimento da lei nas questões da Administração Pública.

Notadamente, ao Poder Executivo por ter a atribuição primordial de executar as políticas públicas e conduzir a maior fatia orçamentária, é conferido um dever adicional de apresentar as contas da sua administração aos órgãos de controle para aferição. Nesse contexto, as Agências Reguladoras, por integrarem a Administração Pública Indireta, estão vinculadas ao Poder Executivo e possuem autonomia técnica nas desestatizações governamentais e, portanto, são passíveis de fiscalização pelas Cortes de Contas.

Podemos qualificar as Cortes de Contas como órgãos auxiliares do Poder Legislativo e com natureza jurídica de um tribunal administrativo, sendo que aos seus membros são destinadas certas prerrogativas do Poder Judiciário, inclusive a independência técnica objetivando afastar constrangimentos políticos. Na estrutura interna, há auditores que auxiliam, assessoram e informam os julgadores de seus juízos técnicos sobre a admissão ou rejeição das contas dos membros dos outros Poderes. A missão técnica da auditoria é verificar o cumprimento dos orçamentos, as despesas reais executadas e o atendimento e observância da legislação de regência no exercício da função administrativa, visando subsidiar as decisões.

Os Tribunais de Contas³⁸ nasceram como órgãos de assessoramento técnico do Poder Legislativo e possuíam como única atribuição o controle das contas públicas. O aprimoramento

³⁷ Ainda que o Legislativo disponha de inúmeros instrumentos de controle, sua atuação não é isenta de críticas. Sobre a timidez do controle parlamentar, entende Arantes *et al.* (2010, p. 128-129): “O ponto central dessa fiscalização é a proibidade tendo como finalidade não permitir o mau uso dos recursos públicos e, sobretudo, a corrupção. Esse instrumento de responsabilização permite não só acompanhar e avaliar os procedimentos, mas também examinar os aspectos substantivos que envolvem a eficácia e a efetividade das políticas públicas.”

³⁸ O TCU foi criado em 1890, pelo Decreto nº 966-A, de iniciativa de Ruy Barbosa, então Ministro da Fazenda. Sua institucionalização veio com a primeira Constituição republicana, no ano seguinte, e a instalação efetiva no início de 1893. Apesar de se tratar de instituição muito antiga, a acentuação da relevância do Tribunal de Contas da União é muito recente. O marco inicial desta história pode ser a Constituição Federal de 1988, que ampliou significativamente as competências deste órgão e os critérios de acordo com os quais o seu controle é promovido. Na legislação infraconstitucional, o impacto de dois diplomas foi especialmente significativo: (i) a Lei Geral de

de suas competências institucionais evolui com o passar do tempo através da mutação do ordenamento jurídico, proporcionando uma significativa ampliação na fase democrática.

Por tanto, é órgão de fiscalização dos demais Poderes, vinculado ao Legislativo e tem por funções a fiscalização contábil, orçamentária, operacional, patrimonial e de aplicação da legislação. Para Melgaré (2018, p. 103): “Os Tribunais de Contas são entidades públicas de auxílio, que orientam o Poder Legislativo, de natureza administrativa, no cumprimento da fiscalização externa.”

Na estrutura federativa brasileira, o Tribunal de Contas é encontrado na esfera Federal, Tribunal de Contas da União, e na esfera estadual e distrital, Tribunal de Contas do Estado e do Distrito Federal, respectivamente. De acordo com a CRFB/988, é vedado aos municípios a criação de Tribunal de Contas. Entrementes, os municípios do Rio de Janeiro e de São Paulo, porque existentes antes da Constituição Federal de 1988, mantêm seus Tribunais de Contas.

Tecidas as considerações iniciais, a complementação do diagnóstico das bases teóricas da expansão do controle da Administração no Brasil e das Instituições Superiores de Controle, a evolução normativa do Tribunal de Contas da União e os parâmetros da IN TCU nº 81/2018 serão enfrentadas como essenciais na exploração acadêmica e no entendimento da interligação dos procedimentos de desestatizações liderados pelas Agências Reguladoras e previamente velados pelo Tribunal de Contas da União sobre o caso da Eletrobras.

2.1. Expansão do Controle da Administração

A expansão do controle administrativo envolve um conjunto de instrumentos definidos normativamente que permite a fiscalização da atuação estatal por órgãos e entidades da própria Administração Pública, dos Poderes Legislativo e Judiciário, bem como pela própria sociedade, possibilitando, ainda, a orientação e a revisão da atuação administrativa de todas as entidades e agentes públicos, em todas as esferas de poder. Assim, considerando a expansão do controle da Administração com ênfase no exercido pelo Tribunal de Contas, analisa-se os controles administrativo, legislativo (político), judicial e social. Ainda, as Instituições Superiores de Controle originadas na necessidade em responder e diluir a desconfiança dirigida às instâncias

Licitações (nº 8.666/93) estabeleceu a possibilidade de que todas as irregularidades na sua aplicação fossem representadas ao TCU; (ii) a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) previu papel de destaque a ser por ele cumprido no controle da gestão fiscal.

representativas da Administração Pública e a atribuição de um possível enquadramento dos Tribunais de Contas.

O exercício do controle administrativo impõe aos Tribunais de Contas o poder-dever de apurar e corrigir irregularidades que lhe sejam apresentadas ou que se tornem por eles conhecidas. É aquele que os órgãos exercem sobre suas próprias atividades na análise da legalidade e mérito, por iniciativa própria ou por provocação de outrem. Ensina Di Pietro (2013, pp. 799-800) que: “*Controle administrativo é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação.*”.

Aqui a atuação pode se dar por provocação ou espontaneamente, de ofício, como ocorre, ordinariamente, quando se toma conhecimento de fato em decorrência de outro procedimento em curso. Tal controle é justificado nos princípios da legalidade – pelo qual a Administração só pode agir quando a lei determina – e das políticas legislativas – que nada mais é do que o poder da Administração de estabelecer suas diretrizes, metas, prioridades e planejamentos para que as atividades administrativas dos Tribunais de Contas sejam desempenhadas de forma eficiente. (FILHO, 2017, pp. 1000-1001).

Portanto, é um controle interno e decorre do poder de autotutela, que permite às próprias administrações dos Tribunais de Contas anular seus atos quando ilegais ou revogá-los quando inoportunos, ineficientes ou inconvenientes, encontrando também fundamento no princípio da predominância do interesse público e na observância do expressamente disposto na norma que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei nº 9.784/1999³⁹). Ainda, nos termos dos Enunciados de súmulas do STF nº 346⁴⁰ e nº 473⁴¹.

Dessa maneira, o controle administrativo é considerado interno dos Tribunais de Contas – como na realização de concursos, compras públicas de bens e serviços, apuração de faltas disciplinares de seus agentes, etc. –, logo sem relação direta com os julgamentos dos processos de desestatizações conduzidos por Agências Reguladoras.

No que diz respeito ao controle legislativo, os Tribunais de Contas possuem atuação pontual de auxílio na futura tomada de decisão. No exercício de sua função típica de fiscalizar,

³⁹ No âmbito federal, o art. 53 da Lei nº 9.784/1999 estabelece que: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

⁴⁰ Redação do Enunciado de súmula nº 346 do STF: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

⁴¹ Redação do Enunciado de súmula nº 473 do STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

o Poder Legislativo exerce a atribuição de controle, sendo correto afirmar que são duas as funções típicas: legislar e fiscalizar. Ademais, a CRFB/88 proporciona competência ao Poder Legislativo para promover, a título de controle externo, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração federal quanto à renúncia de receitas⁴².

Trata-se de controle externo feito sobre os atos do Poder Executivo e, eventualmente, sobre os atos do Poder Judiciário, caracterizando-se como controle eminentemente político. Nesse sentido e em sintonia com o STF⁴³ nos prestigia Di Pietro (2013, pp. 811-812) ao afirmar que:

O controle que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública tem que limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que implica interferência de um Poder nas atribuições dos outros dois; alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da Administração Indireta e o próprio Poder Judiciário, quando executa função administrativa. Não podem as legislações complementar ou ordinária e as Constituições estaduais prever outras modalidades de controle que não as constantes da Constituição Federal, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes; o controle constitui exceção a esse princípio, não podendo ser ampliado foram do âmbito constitucional.

Em suma, o controle legislativo se restringe ao disposto pela CRFB/88 e no respeito ao princípio da simetria⁴⁴ para os Estados, Distrito Federal e Municípios, para que não haja interferência indevida de um Poder com o surgimento de novas modalidades de controle. Assim, o controle legislativo externo é exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas que possuem a atribuição de apreciar as contas prestadas anualmente pelos Chefes do Poder Executivo Federal, Estadual Distrital ou Municipal, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em 60 (sessenta) dias a contar de seu recebimento e com natureza opinativa⁴⁵. E,

⁴² CRFB/88: Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 15 mar. 2022.

⁴³ Foi publicado no dia 15/02/2022 o julgado final do STF na ADI nº 127/AL Plenário reafirmado os ensinamentos da doutrinadora. https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=controle%20legislativo%20estadual&sort=date&sortBy=desc Acesso em 15 mar. 2022.

⁴⁴ Tal princípio determina que há de existir uma relação de paralelismo entre as disposições constitucionais destinadas à União e os demais entes federativos.

⁴⁵ O Supremo Tribunal Federal prestou a máxima deferência possível à soberania popular refletida nas Casas Legislativas, quando assentou no Tema 835 da sistemática da repercussão geral, cujo caso líder é o RE 848.826, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso e redação para acórdão do Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 24.08.2017, que a câmara municipal é o órgão competente para realizar o julgamento das contas anuais e ordinárias do Executivo municipal, independentemente de eventual classificação em contas de governo ou as de gestão. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753809518> (p. 318). Acesso em 15 mar. 2022.

portanto, não possui relação direta com o controle das desestatizações conduzidos pela a Administração Pública Indireta.

O controle judicial é qualificado na CRFB/88 pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição⁴⁶, pois toda lesão ou ameaça de lesão pode ser levada ao Poder Judiciário. Ou seja, o sistema brasileiro adotou a Jurisdição Una (sistema inglês) no julgamento dos casos entre particulares e de outros que possam envolver a Administração Pública. Para Di Pietro (2013, p. 816):

O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou-se, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, com aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.

A visão moderna do controle jurisdicional, segundo Neves (2016, p. 6):

[...] deve ser compreendida à luz do “acesso à ordem jurídica justa”, (ou “acesso à tutela jurisdicional adequada”). Trata-se de um sistema processual fundado em quatro vigas mestras voltado a tornar concreta a promessa constitucional que também está prevista no art. 3º, caput, do Novo CPC: (a) amplo acesso ao processo, em especial para os hipossuficientes econômicos e para os direitos transindividuais; (b) ampla participação e efetiva influência no convencimento do juiz, que serão obtidas com a adoção do contraditório real e do princípio da cooperação; (c) decisão com justiça, com aplicação da lei sempre levando-se em consideração os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais; (d) eficácia da decisão, o que se obtém com um processo mais célere, com a tutela de urgência, com sanções pelo descumprimento e com a adoção de formas executivas indiretas e de sub-rogação, inclusive atípicas.

Caracterizado como um controle de legalidade ou legitimidade, o controle do Poder Judiciário não pode apreciar o mérito do ato administrativo, que é atribuição da própria Administração, sendo que os Tribunais Superiores vêm sedimentando tal postura. Do mesmo modo, as questões envolvendo a Justiça Desportiva, ações contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) sobre benefícios e arbitragem, possuem algumas restrições na submissão imediata ao Controle Jurisdicional.

Apesar disso, o STF entende que, em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da CRFB/88, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria *interna corporis*⁴⁷.

⁴⁶ CRFB/88, art. 5º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁴⁷ Precedente julgado sob a Sistemática da Repercussão Geral pelo STF - Tema nº 1.120.

Por fim e em respeito aos princípios da separação dos poderes, da eficiência administrativa e da razoabilidade, o Controle Jurisdicional deve ser exercido com cautela e com deferência à capacidade institucional do administrador quanto às soluções encontradas pelos órgãos técnicos, tendo em vista a elaboração e implementação de política pública de alta complexidade e elevada repercussão socioeconômica⁴⁸. De todo modo, os Tribunais de Contas estão inseridos e podem ser controlados pelo Poder Judiciário quando decidirem processos de desestatizações.

Já o controle social caracteriza-se por um conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participações nos processos de formulação de políticas e de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos⁴⁹. Dentre os mecanismos para a sua implementação temos: debates e audiências públicas com acesso da população; consultas públicas para que qualquer do povo ofereça sugestões e críticas; ou participação de órgãos colegiados de caráter consultivo na formulação da política pública, bem como no seu planejamento e avaliação⁵⁰.

Nesse contexto e antes da abordagem das Instituições Superiores de Controle, temos a *accountability*⁵¹ materializada num conjunto de mecanismos direcionados às instituições e aos gestores de uma organização para que prestem contas e sejam responsabilizados pelos resultados de suas ações negativas. Ela possui diferentes formas de ser exercida, tais como: processo eleitoral, pesos e contrapesos, judicial, social, financeiro, dentre outros. Clève e Franzoni (2013, p. 21) salientam que:

A accountability deve ser compreendida, portanto, como um conceito relacional que envolve, de um lado, a disponibilização de meios, dados e informações por parte do Poder Público e a criação de procedimentos que permitam a participação dos cidadãos na ação política e no controle de seus resultados e, de outro lado, estímulos orientados à transformação da postura passiva do cidadão em ativa.

Ainda, explanam Coutinho e Nunes (2018, p. 211) que:

[...] entende-se por *accountability* a capacidade de fiscalização, controle e eventual punição a irregularidades da esfera pública pelos cidadãos, por meio do pleito eleitoral

⁴⁸ Dentre todas, ADPF 825/DF <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur456546/false>, ADPF 460/PR <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429270/false> e RE 1083955 AgR/DF <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur405281/false>. Acesso em 15 mar. 2022.

⁴⁹ Conceito legal extraído do inciso IV, art. 3º da Lei nº 11.445/07, com redação dada pela Lei nº 14.026/20. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em 15 mar. 2022.

⁵⁰ Mecanismos de participação extraídos do art. 34 do Decreto nº 7.217/10. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm. Acesso em 15 mar. 2022.

⁵¹ A palavra *accountability* não tem uma tradução específica para o português, mas pode ser relacionada com responsabilização, fiscalização e controle social. Esse termo pode ser aplicado em organizações privadas, mas é utilizado especialmente no contexto das organizações públicas e é um conceito importante quando se fala em participação democrática.

(*accountability* vertical), pelas organizações da sociedade civil e imprensa, através da opinião pública (*accountability* social) e por órgãos públicos incumbidos de coibir malfeitos e tutelar interesses jurídicos (*accountability* horizontal). Nesta relação plúrima, concretiza-se a responsividade, que em curta análise nada mais é do que um sistema de incentivos e castigos a todo agente, público ou privado, que desempenha função pública.

De certo, a materialização dos princípios da Administração Pública num Estado Democrático de Direito está condicionada à existência dos instrumentos de controle e orientados à preservação da probidade, eficácia, eficiência e economicidade na atividade financeiro-orçamentária do Estado. Para além disso, a qualificação da *accountability* interage entre as inúmeras naturezas: vertical; horizontal; e social, sendo os seus meios coercitivos apenas indiretos (COUTINHO; NUNES, 2018, p. 230). O instituto decorre de críticas ao liberalismo moderno que consolidou a divisão do poder enquanto garantia dos cidadãos. (BRANDÃO, 2012, p. 223).

Indubitavelmente, dentro do sistema de *accountability*, os Tribunais de Contas estão inseridos e devem ser qualificados como um dos atores principais no exercício da fiscalização administrativo-financeira das ações governamentais das despesas, limites do endividamento público e de gastos, o atendimento correto das vinculações orçamentárias constitucionais que são direcionadas à determinadas áreas sensíveis, como saúde e educação, especialmente, sobre os procedimentos de desestatização.

As chamadas Instituições Superiores de Controle desempenham e são responsáveis pelas investigações dos gastos públicos e contribuem para o aperfeiçoamento da governança fiscal-orçamentária, resguardo da probidade e redução da incidência da famigerada corrupção. Caracterizam-se pela independência, além de exercerem a *accountability* objetivando a integridade pública (WILLEMAN, 2013, p. 242).

Dentre os atributos das Instituições Superiores de Controle estão a promoção e o fomento da eficiência, prestação de contas, eficácia e transparência da administração pública por meio do fortalecimento das instituições supremas de auditoria, um modelo liderado pelo exemplo, demonstração de relevância contínua para os cidadãos e demais interessados e, independência⁵². Conclui Willeman (2013, p. 248) que:

O que se pode sinalizar, porém, é que as experiências democráticas contemporâneas exigem a modernização dos mecanismos de controle da gestão pública financeira, reclamando novo enfoque para as denominadas Instituições Superiores de Controle, especialmente no que tange à conformação de um sistema de integridade para as

⁵² Pronunciamentos Profissionais disponíveis em <https://www.issai.org/professional-pronouncements/?n=0-1000000000> e <https://portal.tcu.gov.br/relacoes-institucionais/relacoes-internacionais/#intosai>. Acesso em 15 mar. 2022.

contas públicas. E esse novo olhar que se lança sobre o controle da gestão financeira não tem como prescindir de uma atualização do desenho de suas instituições.

Ademais, o Tribunal de Contas da União integra a Organização Internacional das Entidades Superiores (INTOSAI⁵³), a qual é qualificada como autônoma, independente e não política. Sua natureza não governamental lhe permite ter status consultivo especial junto ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC) das Nações Unidas. Dentre os objetivos da INTOSAI estão a promoção do desenvolvimento permanente e transferência de conhecimento, aperfeiçoamento da auditoria governamental de maneira global e incremento das capacidades profissionais, além de ser um norteador para o bom controle dos gastos públicos. Visando o pleno alcance dos objetivos os países membros dividem-se em suas áreas de expertise e contribuem com o melhor que têm em vários comitês, subcomitês e grupos de trabalho com o fito de garantir o desenvolvimento almejado⁵⁴.

Em suma, a expansão do controle administrativo é compreendida numa cadeia que permeia as diversas modalidades reveladas [administrativo, legislativo (político), judicial e social], o pleno e independente exercício da *accountability*, além da efetiva participação na Organização Internacional das Entidades Superiores (INTOSAI). A par disso, a sucinta evolução normativa do Tribunal de Contas da União será revelada para o certo enquadramento do referido Órgão dentre da perspectiva controlada e o deságue na IN TCU 81/2018 que serve de sustentação ao processo de desestatização da Eletrobras.

2.2. Evolução Normativa do Tribunal de Contas da União⁵⁵

A evolução normativa do TCU possui panorama específico e institucional que é explicitado em regras de regência e no entendimento da doutrina. Constitucionalmente⁵⁶

⁵³ <https://www.issai.org/professional-pronouncements/?n=0-1000000000>. Acesso em 15 mar. 2022.

⁵⁴ Atualmente, o TCU é um dos 21 países que fazem parte do Conselho Gestor da instituição. Os princípios fundamentais que regem a INTOSAI estão consolidados na Declaração de Lima sobre Diretrizes para Preceitos de Auditoria adotada em outubro de 1977, na IX INCOSAI realizada em Lima (Peru). Fonte: <https://portal.tcu.gov.br/relacoes-institucionais/relacoes-internacionais/#intosai>. Acesso em 15 mar. 2022.

⁵⁵ Foram utilizadas informações pontuais disponíveis ao público no sítio eletrônico do TCU

56 SEÇÃO IX - DA FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores

qualificado, dentre outras atribuições, com o órgão responsável por fiscalizar os atos praticados pela Administração Pública, compreendidos os procedimentos de desestatização por outorgas de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado. A complexa missão aprimora a gestão pública e beneficia a sociedade por meio do controle externo da efetividade, eticidade, agilidade e responsabilidade. Por outro lado, o leque do controle externo exercido afeta políticas públicas geridas por Agências Reguladoras.

No Estado brasileiro, o primeiro ensaio de instituição do Tribunal de Contas ocorreu no Primeiro Império. Mas, apenas em 1890 o Tribunal de Contas nasceu pelo Decreto nº 966-A e a Constituição da República de 1891 o instituiu para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestados ao Congresso. As Constituições seguintes

públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. § 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades. Art. 72. A Comissão mista permanente a que se refere o art. 166, §1º, diante de indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que, no prazo de cinco dias, preste os esclarecimentos necessários. § 1º Não prestados os esclarecimentos, ou considerados estes insuficientes, a Comissão solicitará ao Tribunal pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de trinta dias. § 2º Entendendo o Tribunal irregular a despesa, a Comissão, se julgar que o gasto possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá ao Congresso Nacional sua sustação. Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

mantiveram, sendo que a de 1967 foram reduzidas pelo Estado de Exceção imposto (SILVA, 2010, p. 753).

No modelo constitucional brasileiro vigente, o TCU é qualificado como órgão de controle externo da Administração Pública e utiliza como meta ser referência na promoção de uma Gestão efetiva, ética, ágil e responsável. Ainda, auxilia o Congresso Nacional na missão de acompanhar a execução orçamentária e financeira do país, além de contribuir para o aperfeiçoamento da Gestão em benefício da sociedade.

Do mesmo modo, o TCU é o responsável pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades públicas do país quanto à legalidade, legitimidade e economicidade⁵⁷, sendo correto afirmar que, deverá prestar contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, como previsto no parágrafo único do art. 70 da CRFB/88.

Além das competências constitucionais e privativas do TCU que estão estabelecidas nos art. 33, § 2º, 70, 71, 72, §1º, 74, §2º e 161, parágrafo único, da CRFB/88, outras leis específicas lhe trazem em seu texto atribuições. Dentre todas estão a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) as normas de Licitações Públicas e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93 e Lei nº 14.133/21) e, anualmente, a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Ainda, a que altera procedimentos relativos aos Programa Nacional de Desestatização (inciso VIII do art. 18 da Lei nº 9.491/97) estabelecendo a competência do Gestor do Fundo na preparação da documentação dos processos de desestatização para apreciação do TCU.

No que interessa, temos que a sustentação do controle do TCU nos processos de desestatizações foi estampado do inciso IV do art. 71 da CRFB/88, o qual determina 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.

Dentre do TCU as auditorias exercem atribuições essenciais nas desestatizações e obedecem a plano específico e objetivam: obter dados de natureza contábil, financeira, orçamentária e patrimonial; conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades, avaliar, do ponto de vista do desempenho operacional, suas atividades e sistemas; e aferir os

⁵⁷ Foram utilizadas as informações disponíveis do sítio eletrônico institucional do TCU.

resultados alcançados pelos programas e projetos governamentais. Em algumas ocasiões inspeções são exigidas para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar acusações quanto à legalidade e à legitimidade de atos e fatos administrativos praticados por responsáveis sujeitos ao TCU.

As fiscalizações desenvolvidas pelo TCU são voltadas para a legalidade e a legitimidade, além de terem como parâmetro a lei e os regulamentos específicos dos procedimentos. Com as conclusões das fiscalizações, o TCU poderá julgar, para fazer determinações aos gestores e, inclusive, sancionar por ofensa ao ordenamento jurídico. As fiscalizações de natureza operacional buscam definir padrões de desempenho e avaliar os resultados da gestão utilizando os parâmetros de eficiência, eficácia e economicidade. Como as decisões do administrador no ambiente da discricionariedade, respeitadas as normas, as conclusões de tal modalidade de fiscalização originam apenas recomendações, que são encaminhadas à fiscalizada para avaliação.

A Lei Orgânica do TCU (art. 3º da Lei nº 8.443/92) previu que no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade. Ou seja, além do fundamento constitucional, a norma infraconstitucional confere ao TCU a prerrogativa de expedir instruções normativas e que deverão ser respeitadas. Assim, a Instrução Normativa nº 81/2018 possui fundamento de validade rígida, coerente e será apresentada a seguir.

2.3 Parâmetros da Instrução Normativa do Tribunal de Contas da União nº 81/2018

Qualificado como um dos órgãos responsáveis pela fiscalização das desestatizações conduzidas pela Administração Pública Federal, o Tribunal de Contas da União possui, dentre as suas atribuições, a missão institucional de verificar a regularidade das privatizações de empresas, as concessões e permissões de serviço público, as contratações das Parcerias Público-Privadas (PPP) e as outorgas de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado.

Com o objetivo de aprimorar a dinâmica do modelo de fiscalização e acompanhamento dos procedimentos de desestatização realizados pelo Poder Público o Tribunal de Contas da União exarou a Instrução Normativa TCU nº 81/2018 visando proporcional sustentáculos aos

ritos processuais internos de atuação criteriosa do órgão de controle. Portanto, a inquirição dos limites das competências, as vantagens e inovações do assim proceder, além dos ditames da referida Instrução em face de recentes julgados serão apresentados, para afinal concluir e dar visibilidade aos incentivos e convicções levantadas no decorrer do estudo.

Tal encargo objetiva ligar o aprimoramento da Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo numa visão de promoção da efetividade, eticidade, agilidade e responsabilidade. Para que isso ocorresse, a Instrução Normativa nº 81/2018 foi editada para concatenar os procedimentos por meio da construção de um regramento uniforme e consolidado pela experiência evolutiva dos mecanismos de vigilância.

Apesar de possuir natureza jurídica de mero ato administrativo^{58 59}, a Instrução instituiu o novo modelo de fiscalização dos processos de desestatização realizados pelo Poder Público e foi elaborada para aprimorar a dinâmica do acompanhamento das desestatizações, em especial, no que se refere aos ritos processuais internos e à seletividade da atuação da Corte de Contas nas desestatizações.

A envergadura da Instrução Normativa nº 81/2018 é percebida na atenção e preocupação com todas as fórmulas de desestatização conduzidas pela Administração Pública Federal com o Edital do certame publicado a partir de 01/01/2019, bem como todos os ajustes, contratos ou termos aditivos para prorrogação da vigência ou reiteração de concessões ou permissões celebrados até o referido marco temporal. Para os processos já autuados ou que forem iniciados até o dia 31/12/2018 continuarão sob o crivo dos ritos das Instruções Normativas nº 27/1998, nº 46/2004 e nº 52/2007, que foram expressamente ab-rogadas.

A nova regra de processamento constituiu o modo de fiscalização das desestatizações realizadas no ambiente gerido pelo Poder Público Federal, seus órgãos e entidades, abrangendo as desestatizações e, no que interessa ao objeto de estudo, a desestatização da Eletrobras apreciada pelo Tribunal de Contas da União. No mesmo caminhar, ancorou os processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos que se qualificam como

⁵⁸ Trata-se de um documento de organização e ordenamento administrativo interno destinado a estabelecer diretrizes, normatizar métodos e procedimentos, bem como regulamentar matéria específica anteriormente disciplinada a fim de orientar os dirigentes e servidores no desempenho de suas atribuições. Fonte <https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/> Acesso em 12 dez. 2021.

⁵⁹ Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 531, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que as Instruções Normativas: “[...] constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis, tratados, convenções internacionais, ou decretos presidenciais, de que devem constituir normas complementares. Essas instruções nada mais são, em sua configuração jurídico-formal, do que provimentos executivos cuja normatividade está diretamente subordinada aos atos de natureza primária, como as leis e as medidas provisórias, a que se vinculam por um claro nexo de acessoriedade e de dependência.”. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751580088>. Acesso em 15 mar. 2022.

inexigibilidade ou dispensa de licitação regradas em leis especiais. Ainda, previu a multiplicidade dos estágios de acompanhamento e permitiu dar prioridade a relevância, materialidade e oportunidade, além de fiscalizar as desestatizações de maior risco (como é o caso da Eletrobras).

Na análise primária do planejamento dos processos de análise de desestatização foi estipulado que, dentro do prazo máximo de 150 (cento e cinquenta) dias de antecedência da data prevista para a publicação do Edital do certame, os órgãos gestores dos processos de desestatização deveriam enviar ao TCU o extrato, contendo: a) descrição do objeto da licitação; b) previsão de investimentos; c) relevância; d) localização dos empreendimentos e; e) cronograma do processo licitatório.

No mesmo lapso temporal precedente de 150 (cento e cinquenta) dias, mas agora calculados a partir da data do lançamento da assinatura dos contratos ou dos aditivos de prorrogações ou renovações de concessões ou permissões, inclusive as de caráter antecipado, os gestores devem enviar os respectivos extratos dos contratos ou termos aditivos, contendo: a) descrição sucinta do objeto; b) condicionantes econômicas; c) localização e; d) cronograma da prorrogação e normas autorizativas.

O envio das documentações pelos gestores é exigido em até 90 (noventa) dias de antecedência da data de publicação do edital licitatório. A providência é cumprida através da remessa dos seguintes instrumentos: a) Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental; b) minutas do Edital do certame, com Anexos; c) minuta do Contrato e o Caderno de Encargos; d) os resultados das audiências públicas e; e) demais documentos para a formalização da desestatização.

Em cada etapa é feita a análise técnica e o julgamento ocorrerá em até 75 (setenta e cinco) dias, sempre realizado pelo Plenário do TCU, após o recebimento de todos os documentos do processo de acompanhamento da desestatização, competindo à área técnica remeter a proposta de instrução, julgamento e mérito ao Relator. Apenas nos casos complexos, o Ministro Relator poderá fixar prazo superior aos iniciais para a apreciação do referido acompanhamento.

Muito embora a Instrução tenha disposto sobre os procedimentos de fiscalização dos processos do gênero “desestatização” da Administração Pública Federal, não foram conceituados os específicos institutos jurídicos e nem tampouco foi definido, de forma expressa, o universo de hipóteses passíveis de controle por tal rito processual estabelecido. Sendo assim, o processo de desestatização da Eletrobras está sob a apreciação do TCU em face do imenso interesse público e estratégico.

Nesse compasso, através da investigação dos fundamentos da norma serão delimitados os parâmetros interpretativos, de forma sistemática, para podermos entender as razões e a amplitude da submissão ao controle e à fiscalização do TCU na desestatização da Eletrobras.

3 DESESTATIZAÇÃO DA ELETROBRAS

Encontra-se em pauta o processo de desestatização da Eletrobras acompanhado pelo TCU para avaliação dos impactos setoriais para o consumidor e para a União. No ambiente acadêmico o tema ainda é pouco explorado, sendo que no presente trabalho o papel da Agência Reguladora Aneel será enfrentado com base na Instrução Normativa nº 81/2018 e seus reflexos sociais da apontada desestatização. Desse modo, a natureza jurídica da Eletrobras e o recente normativo que dispôs sobre a sua desestatização (Lei nº 14.182/2021⁶⁰) serão analisados para a contextualização do objeto de estudo.

No que diz respeito à seleção acadêmica do processo junto ao TCU, realizou-se o estudo exploratório e quantitativo, com a utilização da técnica documental, através de buscas no ambiente virtual de jurisprudência⁶¹ do portal eletrônico do Órgão de Controle com a expressão “desestatização” “eletrobras” e “aneel”. Além disso, recortes midiáticos foram considerados na delimitação e na individualização do específico processo de desestatização analisado.

Através dos critérios e dos mecanismos de buscas junto ao TCU, o resultado advindo da investigação contemplou o “Processo - 008.845/2018-2 – Desestatização”, restando afastada a possibilidade de equívocos significativos e/ou não relacionados com o objeto do estudo proposto. Outrossim, afigura-se pouco plausível que outros processos pertinentes com o tema tenham sido desprezados em face do recorte temporal recente, pois foram utilizadas nas pesquisas palavras, termos e expressões relativas ao objetivo do trabalho, no qual é apresentada a autonomia da agência reguladora Aneel e o controle do Tribunal de Contas da União no procedimento de desestatização da Eletrobras com fundamento na Instrução Normativa nº 81/2018.

Não obstante as explicações e delimitações externalizadas, registra-se que o processo de desestatização continua em curso e no final de 2021 e no decorrer de 2022 relevantes decisões sobre a desestatização da Eletrobras foram exaradas pelo TCU. Tais decisões envolveram diversas partes interessadas e, dentre todas, a ANEEL na condição de Agência Reguladora brasileira do setor elétrico. Lado outro, o grandioso interesse investigativo inerente ao mestrado

⁶⁰ A Lei nº 14.182/21 dispôs sobre a desestatização da empresa Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras); alterou as Leis nºs 5.899, de 5 de julho de 1973, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.848, de 15 de março de 2004, 13.182, de 3 de novembro de 2015, 13.203, de 8 de dezembro de 2015, 14.118, de 13 de janeiro de 2021, 9.648, de 27 de maio de 1998, e 9.074, de 7 de julho de 1995; e revogou dispositivos da Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961.

⁶¹ A pesquisa foi realizada no dia 12/01/2022, delimitou o período da vigência da Instrução até o dia 31/12/2021 e foi realizada no sítio <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>.

profissional conduziu à verticalização do estudo sobre o papel desempenhado pela ANEEL perante o TCU no procedimento de desestatização da Eletrobras.

Portanto, no presente capítulo serão abordados a natureza jurídica da Eletrobras, o processo de desestatização junto ao TCU e as ações institucionais da ANEEL no Processo - 008.845/2018-2. Por fim, apresenta-se a conclusão.

3.1 Natureza jurídica da Eletrobras e a Lei nº 14.182/21

De acordo com o Relatório de Anual de 2021⁶² a Eletrobras foi criada pela Lei nº 3.890-A de 1962 e é atualmente líder em geração e transmissão de energia elétrica na América Latina. Suas operações deram início no segundo governo Vargas no Rio de Janeiro e está celebrando seus 60 anos num cenário de transformações. Para Barreto (2010, p. 18):

O modelo de desenvolvimento proposto por Vargas para o Brasil buscava, sobretudo, superar a herança de um país agro-exportador e impulsioná-lo rumo ao desenvolvimento econômico, implementando novas atividades econômicas com o objetivo de reduzir a sua dependência do comércio exterior. Essa mudança desencadeou, especialmente no setor de energia elétrica, uma forte resistência principalmente por parte das empresas privadas estrangeiras que atuavam no setor há algum tempo.

Essa foi uma das razões que fizeram o debate em torno da questão da energia elétrica ser tão intenso no segundo governo Vargas e, ao mesmo tempo, tão significativo, pela tensão que se travou na sociedade brasileira entre as ideias nacionalista e não nacionalista.

Ademais, possui natureza jurídica de empresa pública de capital aberto e tem a União como controladora. A expressão empresa estatal ou governamental designa as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado possua o controle acionário, abarcando as empresas públicas, sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham natureza, nas quais a CRFB/88 confere categoria a parte (DI PIETRO, 2013, p. 504).

Ainda, segue padrões internacionais de governança corporativa⁶³ em nível com as normas dos mercados em que atua. A alta liderança da Eletrobras objetiva, de forma constante, a atualização e alinhamento com as melhores práticas de mercado e às legislações vigentes,

⁶² Eletrobras. Relatório Anual 2021. Disponível em: <https://eletrobras.com/pt/Documents/Eletrobras_RA_2021.pdf>. Acesso em: 01.06.2022.

⁶³ Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum (IBGC, 2015, p. 20).

como a chamada Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16⁶⁴) e o respectivo normativo regulamentador (Decreto nº 8.945/16⁶⁵).

Do mesmo modo, a busca de uma governança consolidada e forte trouxe como meta a manutenção da atuação perene, sustentável e ética da Eletrobrás como impulsionadora dos princípios corporativos da transparência, equidade, prestação de contas à sociedade de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões e atuando com diligência e responsabilidade no âmbito de suas atribuições institucionais (IBGC, 2015, p. 21).

Nesse contexto, entre as principais inovações trazidas pela diretrizes de governança corporativa, destacam-se o tratamento adequado às hipóteses configuradas de conflitos de interesses dos administradores; maior transparência na execução do interesse público; e aprimoramento do processo de seleção de administradores, em especial por meio da criação do plano de sucessão pelo Comitê de Pessoas, Elegibilidade, Sucessão e Remuneração, que auxilia o Conselho de Administração no acompanhamento dos planos sucessórios dos administradores.

A governança corporativa no assessorado do Conselho de Administração é realizada por meio de três comitês: Comitê de Estratégia, Governança e Sustentabilidade; Comitê de Pessoas, Elegibilidade, Sucessão e Remuneração; e Comitê de Auditoria e Riscos, atualmente todos previstos no Estatuto Social. A participação ativa dos conselheiros nos comitês proporciona maior segurança e confiabilidade na tomada de decisões. Em comentários ao processo de governança nas empresas estatais ensinam Da Costa e Lima (2019) que:

Em empresas estatais, o conflito entre o controlador estatal e minoritários se apresenta de forma mais complexa. O Estado, responsável pela regulação de mercado, é também detentor da maioria do capital votante, o que pode gerar tanto conflitos de interesse como atritos intragovernamentais.

(...). Sua atividade é usualmente conotada por interferências políticas, com dificuldades na apuração de responsabilidades em casos de abuso do ente estatal controlador.

As decisões no curso da gestão das estatais são tomadas sem que se tenha o receio de que seus impactos venham a causar sua falência ou que a companhia seja objeto de uma aquisição hostil.

Vale ressaltar ainda o risco da condução das atividades da estatal no interesse de membros da burocracia governamental e de partidos políticos, os quais, valendo-se de um discurso calcado na busca por um “interesse público”, praticam desvios em relação ao objeto social – por exemplo, valendo-se das estatais para financiar campanhas eleitorais –, comprometendo a criação de valor para os acionistas.

⁶⁴ Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

⁶⁵ Regulamenta, no âmbito da União, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Na atualidade a Eletrobras é a acionista controladora de cinco subsidiárias, as empresas Eletrobras CGT Eletrosul, Chesf, Eletronorte, Eletronuclear e Furna. Além disso, em 1º de julho de 2021 foi concluída a incorporação da Amazonas GT. Em nome do Governo Brasileiro, a Eletrobras possui 50% (cinquenta por cento) do capital de Itaipu Binacional e, a partir de 2008, foi dado início à internacionalização com foco na integração elétrica da América Latina e na utilização de fontes renováveis de energia limpa na missão institucional de minimizar riscos ambientais.

A presença da Eletrobras é percebida em todo o território nacional, sendo responsável por 28% (vinte e oito por cento) da capacidade geradora instalada no Brasil. A quase totalidade dessa capacidade (cerca de 97%) está baseada em fontes com baixas emissões de gases de efeito estufa, ditas: hídrica, eólica, solar e nuclear. Por tais condições operacionais, a Eletrobras contribui para que o Brasil tenha uma das matrizes energéticas mais limpas do mundo.

Nesse contexto, o processo de desestatização do Setor Elétrico Brasileiro teve início no final do século passado através das privatizações de algumas empresas estaduais distribuidoras de energia elétrica. Tal processo de privatização não esteve restrito apenas às empresas do setor elétrico, mas atingia várias outras pertencentes à União. Segundo o BNDES⁶⁶ (2022):

O processo de desestatização das Distribuidoras da Eletrobras foi iniciado na década de 90 e retomado em 2016 através do Decreto 8.893/2016, que qualificou a desestatização das seis Distribuidoras como prioritárias no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos do Governo Federal (PPI), e designou o BNDES como responsável pela execução e acompanhamento destes processos de desestatização. A Lei nº 13.360/2016 alterou a Lei nº 12.783/2013 com o objetivo de viabilizar a licitação de empresas sob controle direto ou indireto da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cujas concessões não foram prorrogadas (caso das seis Distribuidoras da Eletrobras), prevendo a possibilidade de a União promover nova licitação associada à transferência do controle acionário da concessionária, outorgando novo contrato de concessão pelo prazo de 30 anos. Posteriormente, a Resolução CPPI nº 20, (alterada pelas Resoluções CPPI nº 28 e nº 29), aprovou as condições para a transferência do controle acionário detido pela Eletrobras nas seis companhias (CEAL, CEPISA, CERON, Eletroacre, Boa Vista e Amazonas Energia) de forma associada à outorga da concessão do serviço de distribuição de energia elétrica nas respectivas áreas por 30 anos.

No ano de 2017 a União editou a Medida Provisória 814, alterando a Lei nº 12.111/09, que dispõe sobre os serviços de energia elétrica nos Sistemas Isolados, e a Lei 10.438/02, que dispõe sobre expansão da oferta de energia elétrica emergencial e recomposição tarifária extraordinária, dentre outras providências. A referida medida revogou o art. 31 da Lei 10.848/04, que excluía a Eletrobras e suas controladas do Programa Nacional de

⁶⁶ Dados retirado do sítio eletrônico do BNDES in: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-encerrados/desestatizacao-distribuidoras-energia>. Acesso em 13 jun. 2022.

Desestatização. Dessa forma, a Eletrobras poderia iniciar seu processo de desestatização por ainda em 2018, o que evitaria elevado desembolso de recursos para financiar o déficit de caixa e de investimentos.

Por outro lado, a Lei nº 14.182/21 dispôs sobre a desestatização da Eletrobras quando já estava em análise perante o TCU a condução do processo de controle com base na Instrução Normativa nº 81/2018. Por fim, o assunto será mais bem explorado no último subcapítulo “3.3” com o enfrentamento dos julgados e da instrução processual no âmbito do TCU, sendo que no próximo subcapítulo 3.2” será explicitado a desestatização do setor de energia brasileiro em complementação ao presente subcapítulo “3.1”.

3.2 Desestatização do setor de energia brasileiro

A estrutura do setor elétrico brasileiro era verticalizada com a geração e a transmissão de energia elétrica controladas apenas pelo governo federal, enquanto as distribuidoras eram controladas pelos governos estaduais. Com o aumento crescente do consumo de energia elétrica no fim dos anos 80 e início dos anos 90 do século passado, era urgente um aumento nas capacidades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, que não poderia ser mais sustentado pelo Estado (BARRETO. 2010. pp 14-15).

Nesse contexto, a participação do capital privado era imprescindível como forma de financiamento e crescimento do referido setor, bem como para o reequilíbrio das contas das distribuidoras estaduais de energia que cada vez mais estavam sucateadas e endividadas, em grande parte, por consequência das políticas tarifárias adotadas por parte dos legisladores para o controle inflacionário⁶⁷, o que fazia com que quase todas as distribuidoras operassem no vermelho tendo suas tarifas sequer reajustadas pelo valor da inflação.

A par de tudo isso, durante no início da década de 90 do século passado, o processo de privatizações conduzido pelo ex-presidente da República Fernando Collor de Mello criou o Programa Nacional de Desestatização (PND) através da Lei nº 8.031/90, no qual a Eletrobras foi inserida posteriormente através do Decreto nº 1.503/95 (ALMEIDA. 2010. pp. 333-334).

⁶⁷ Manter a inflação sob controle, ao redor da meta, é objetivo fundamental do Banco Central (BC). A [meta para a inflação](#) é estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional (CMN). (...). Manter a taxa de inflação baixa, estável e previsível é a melhor contribuição que a política monetária do BC pode fazer para o crescimento econômico sustentável e a melhora nas condições de vida da população. O crescimento de uma economia depende de uma série de fatores sobre os quais os bancos centrais não têm controle, como aumento da produtividade. Entretanto, inflação alta, instável ou imprevisível prejudica o crescimento econômico. Informações disponíveis no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil. <https://www.bcb.gov.br/controleinflacao>. Acesso em 13 jun. 2022

Portanto, o art. 1º do Decreto nº 1.503/1995 inseriu a Eletrobras no Programa Nacional de Desestatização (PND) inaugurado pela Lei nº 8.031/90 e atualmente tratado pela Lei nº 9.491/97. Portanto, a privatização do setor de energia elétrica brasileira iniciou no ano de 1995 e no governo do ex-presidente da República Fernando Henrique Cardoso, através da implementação de um novo modelo de crescimento financiado pela iniciativa privada e não mais pelo Governo.

As justificativas da mudança de mentalidade no setor energético brasileiro foram fincadas pela necessidade de tais serviços públicos serem prestados com maior eficiência e produtividade conectadas à redução dos custos com a redução da dívida do setor público e refletindo na contribuição do arrojo fiscal/orçamentário na sustentação do crescimento nacional num médio e longo prazo. Sendo assim, já não era mais possível investimentos para o crescimento mínimo necessário ao setor, o que obrigava as empresas a recorrerem frequentemente a empréstimos, pois as receitas já não cobriam os custos operacionais. Contudo, a Eletrobras foi depois removida do referido programa por decisão do Congresso Nacional no ano de 2004, num período marcado pela crescente crise energética que gerou apagões e intenso racionamento (ALMEIDA. 2010. pp. 333-334).

Os primeiros passos rumo à reforma do setor elétrico foram dados no ano de 1993 com a promulgação da Lei nº 8.631, que dispôs sobre a fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, extinguiu o regime de remuneração garantida, definiu dois novos tipos de tarifas: a de suprimento e a de fornecimento, e deu outras providências.

Porém, o início efetivo da reestruturação e privatização do setor elétrico se deu com a aprovação da chamada Lei Geral das Concessões (Lei nº 8.987) em 1995 que definiu as regras gerais para a licitação das concessões em vários segmentos de infraestrutura e serviços públicos por ser uma exigência normativa da CRFB/88 nos seus arts. 21, inciso XII, alínea “b” e cabeça do 175. Ensinam Filho e Oliveira (1996. p. 19) que tal normativo teve por objetivos:

- a) fixar as bases para a delegação da prestação de serviços públicos no Brasil; b) abrir a possibilidade de participação do capital externo na prestação de serviços públicos por meio da permissão para formação de consórcios; c) permitir a rotatividade dos concessionários por meio da renovação das concessões mediante licitações; e d) eliminar os subsídios governamentais, impondo ao concessionário o risco empresarial.

Ainda em 1995, foi aprovada a Lei nº 9.074, que estabeleceu normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Por esse ato normativo, concessões antigas poderiam ser renovadas e novas concessões poderiam ser concedidas após o desmembramento das atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. Desta maneira, teve início uma nova era no setor de geração de energia

elétrica. A partir de então, os chamados produtores independentes de energia elétrica, que antes só poderiam produzir para consumo próprio, estavam permitidos a venderem a energia por eles produzida aos chamados “consumidores livres”, além de garantir o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos com o repasse imediato dos custos para os consumidores.

A conclusão do arcabouço legal para o processo de privatização do setor elétrico se deu com a aprovação da Lei 9.648/98, que criou o Mercado Atacadista de Energia (MAE), cuja principal função era estabelecer um preço de referência para a energia negociada por contratos bilaterais e regular o mercado à vista, bem como criou o Operador Nacional do Sistema (ONS) responsável por coordenar o despacho da energia gerada.

Na sequência, em 1996 foi aprovada a Lei nº 9.427 criando a ANEEL qualificada como uma autarquia federal reguladora cujas principais atribuições são: a elaboração de parâmetros técnicos para garantir a qualidade de serviço aos consumidores; a solicitação de licitações para novas concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica; a garantia de operação do MAE de forma competitiva e a fixação e implementação de revisões de tarifas no varejo.

Dentre as diversas atribuições da ANEEL, apresentamos a que estabelece as condições e os limites para que seja proporcionado às empresas uma concorrência efetiva e o impedimento da concentração econômica por parte de algumas delas, acompanhando atentamente as mudanças societárias das empresas e os negócios entre elas de modo a impedir a concentração econômica de determinados grupos nos serviços e atividades do setor.

Compete ainda à ANEEL, de maneira genérica, zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, seja exercendo seu poder normativo para estabelecer critérios que incentivem e mantenham o acesso ao mercado e livre concorrência entre os agentes, seja exercendo seu poder fiscalizatório para verificação de existência de condutas anticompetitivas que porventura estejam sendo praticadas, ou até mesmo na gestão de contratos sob sua jurisdição.

Posteriormente foi promulgada a Lei nº 10.848/04, que em seu art. 31, § 1º, expressamente retirou a Eletrobras do rol de entidades a serem privatizadas. Mais recentemente, a Medida Provisória 814/2017 buscou levantar o referido óbice legislativo, ensejando nova inclusão via Decreto nº 9.351/2018. Todavia, a medida provisória teve sua vigência encerrada nos termos do art. 62, § 3º, da CRFB/88 e o Decreto nº 9.351/2018 foi posteriormente revogado pelo Decreto nº 10.670/2021.

Nesse contexto, a relevância da privatização da Eletrobras para o setor elétrico brasileiro é evidente, considerando que suas atribuições extrapolam a provisão direta de serviços públicos

(art. 21, inciso XII, alínea 'b', da CRFB/88), pois incluem participação ativa no planejamento do setor, consoante seu Estatuto Social⁶⁸, *in verbis*:

Art. 4º- A Eletrobras tem por objeto social:

I - realizar estudos, projetos, construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como a celebração de atos de empresa decorrentes dessas atividades, tais como a comercialização de energia elétrica;

II - cooperar com o Ministério, ao qual se vincule, na formulação da política energética do país;

III - promover e apoiar pesquisas de seu interesse empresarial no setor energético, ligadas à geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como estudos de aproveitamento de reservatórios para fins múltiplos; e

IV - participar, na forma definida pela legislação, de programas de estímulo a fontes alternativas de geração de energia, uso racional de energia e implantação de redes inteligentes de energia.

Tecidas as considerações sobre a desestatização do setor de energia brasileiro iniciado do século passado e o papel da Eletrobras e da ENEEL na evolução de tal processo, passamos em revista os entendimentos do TCU com base na Instrução Normativa nº 81/2018.

3.3 O processo de desestatização da Eletrobras junto ao TCU e a ausência de protagonismo da ANEEL

No atual subcapítulo serão apresentados os principais atos processuais e decisórios do processo de desestatização da Eletrobras no âmbito do TCU exarados nos autos nº 008.845/2018-2 e com fundamento da IN TCU 81/2018, além do papel institucional desempenhado pelo ANEEL na condição de agência reguladora do setor energético brasileiro. Outros atores qualificados como unidades jurisdicionadas participam do referido processo de controle, como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), o Ministério de Minas e Energia (MME) e o Ministério da Economia (ME).

Registra-se que o apontado processo possui atualmente mais de 22.000 (vinte e duas mil) páginas⁶⁹ e diversos arquivos foram restringidos com o cadastro “PERMISSÃO INSUFICIENTE”, fato que não prejudicará o objeto de estudo. Do mesmo modo, os

⁶⁸ A integralidade do Estatuto Social da Eletrobras está disponível no endereço eletrônico: <https://eletrobras.com/pt/GestaoeGovernancaCorporativa/Estatuto%20Social%20Eletrobras.pdf>. Acesso em 14 jun. 2022.

⁶⁹ O processo nº 008.845/2018-2 foi acessado pelo pesquisados no sítio eletrônico do TCU no dia 13/06/2022 e contava com exatamente 22.165 (vinte duas mil cento e sessenta e cinco) páginas, conforme <https://contas.tcu.gov.br/mavendoc/pub/visualizador/#>.

posicionamentos doutrinários e os questionamentos e decisões do Poder Judiciário⁷⁰ sobre a desestatização da Eletrobras e seus reflexos não serão enfrentados. Ademais, as críticas e conclusões do pesquisador serão externalizadas na sequência lógica do trabalho, ou seja, na parte conclusiva depois do apanhado contextualizado dos tópicos anteriores.

O processo de controle junto ao TCU teve início em 14/03/2018 por proposição da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica (SeinfraElétrica) do Órgão para a realização de fiscalização, na modalidade de acompanhamento, com o objetivo de verificar as ações e as atividades do processo de privatização da Eletrobras, de modo a antecipar aos potenciais riscos associados à depreciação do valor de venda da estatal, ao modelo societário proposto a empresa sem o controle da União e aos impactos desse processo na sustentabilidade do setor elétrico, em especial naquelas voltadas para as políticas tarifárias, com impactos no consumidor, avaliando inclusive as repercussões em caso de não concretização da privatização.

Segundo o Ministro Relator Aroldo Cedraz, a Unidade Técnica teria apresentado todas as informações necessárias e a ação estaria alinhada com o Plano de Controle Externo aprovado pelo TCU e vinculada ao objetivo estratégico de “Realizar diagnósticos sistêmico em áreas relevantes”, à diretriz da gestão “Resultados de políticas e programas” e à linha de ação “Auditar a formulação, sustentabilidade e implementação de políticas e programas públicos”, além constar do Plano Operacional (Ação 57) da SeinfraElétrica.

Em face da imensa relevância nacional da questão sob controle do TCU com fundamento na IN TCU 81/2018, o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas, nas Atividades de Meio Ambiente e nos Entes de Fiscalização e Regulação dos Serviços de Energia

⁷⁰ Em face da delimitação do tema, justifica-se a não explicitação pormenorizada de específicos processos e decisões oriundas da Justiça Federal e dos Tribunais Superiores. Apesar disso, destaca-se os que foram recentemente analisados pelo Supremo Tribunal Federal: a) as **Reclamações 53.230-PR e 47.704-DF** (nas quais fora negado seguimento) alegando que as autoridades reclamadas, por meio do Decreto Presidencial nº 10.610/21 e da Resolução CPPI n. 176/21, estabeleceram conjunto de providências para deflagrar o processo de privatização da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobras em desconformidade com o determinado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 5.624 e 5.846; o **Mandado de Segurança 38.453-DF** (com decisão denegatória exarada em 17/03/2022), na qual o Ministro Relator - a título meramente informativo - anotou que o Tribunal de Contas da União vem realizando a fiscalização do processo de privatização da Eletrobras nos autos da TC 008.845/2018-2 e que já foram proferidos dois acórdãos (3.176/2021-Plenário e 296/2022-Plenário) e houve, inclusive, manifestações sobre a Resolução CNPE n. 15/2021 e a Consulta Pública n. 48/2021 da ANEEL e; a **Petição 9.702-DF** (arquivamento publicado em 22/02/2022) na qual deputado federal Glauber de Medeiros Braga apresenta *notitia criminis* em desfavor de Paulo Roberto Nunes Guedes, Ministro de Estado da Economia, sustentando que “pela fala do Deputado Federal Rodrigo Maia, Paulo Guedes, utilizando-se de sua condição de Ministro da Economia, apresentou projeto de privatização [da Eletrobras] em modelo alinhado previamente com acionista, em prejuízo do patrimônio público, efetivado através de Medida Provisória 1.031/2021, amoldando se a conduta, no mínimo, ao crime de advocacia administrativa, tendo potencial delitivo ainda maior, caso o ministro tenha recebido qualquer vantagem, ou promessa”.

Elétrica, Saneamento, Gás e Meio Ambiente no Distrito Federal –STIU-DF requereu o seu ingresso no apontado processo. Apesar disso, o Ministro Relator Aroldo Cedraz - em duas oportunidades – por entender não estar devidamente caracterizado o direito subjetivo do requerente a ser afetado por decisão do TCU, vez que o objeto dos autos estaria centrado na regularidade dos procedimentos adotados pelos entes públicos envolvidos na modelagem jurídica e econômico-financeira da privatização, em conformidade com o disposto no art. 18, inciso VIII, da Lei nº 9.491/97.

As primeiras respostas à requisição de encaminhamento de informações solicitadas pelo TCU à ANEEL foram apresentadas através do OFÍCIO Nº 44/2019-AIN/ANEEL de 28/06/2019, no qual a agência reguladora descreveu os processos internos relacionados à fiscalização de barragens sob sua competência, identifica as áreas responsáveis e atividades por elas realizadas; quantas, quais são e desde quando há agência conveniadas para fazer fiscalização de segurança em barragens de geração de energia elétrica; manuais internos relacionados à fiscalização da segurança de barragens; *check-list* de procedimentos de fiscalização da segurança de barragens; informações quanto ao controle exercido a respeito da segurança de barragens de geração de energia elétrica; quadro síntese das fiscalizações efetuadas entre 2015 e 2019; exemplo do Parecer Técnico emitido nas vistorias; eventuais fragilidade e riscos identificados e; planos de fiscalização.

Foi proposto o arquivamento dos autos pela SeinfraElétrica - em 04/03/2020 - ao considerar a alteração do cenário de aprovação de normas de privatização da Eletrobras e a evolução com alterações de Projetos de Leis, inclusive a inércia legislativa nas tramitações. Ainda, argumentou que com a entrada em vigor da IN TCU 81/2018, em substituição à IN TCU 27/1998 seria ineficaz e ineficiente qualquer ação antecipada do TCU no sentido de acelerar a realização de exames quanto à adequação do processo de desestatização da Eletrobras.

Apesar disso, o Ministro Relator Aroldo Cedraz determinou – em 27/07/2020 – a restituição dos autos à unidade especializada para que fossem obtidas informações atualizadas sobre a matéria, as quais deveriam contemplar, entre outros os aspectos julgados pertinentes e oportunos pela equipe técnica, as medidas em curso nos órgãos e entidades do Executivo Federal e do Congresso Nacional voltadas à desestatização da Eletrobras, assim como os cronogramas e prazos porventura definidos ou estimados relativamente ao tema.

Após a instrução dos autos com os diversos esclarecimentos dos órgãos e entidades do Executivo Federal e do Congresso Nacional voltadas à desestatização da Eletrobras, a SeinfraElétrica - em 30/11/2020 – opinou pelo arquivamento do feito. Mas, em face da edição da Medida Provisória 1.031, de 23/02/2021, que, entre outras providências, “Dispõe sobre a

desestatização da empresa Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobras”, o Ministro Relator Aroldo Cedraz determinou – em 22/03/2021 – a restituição dos autos à SeinfraElétrica para colheita de informações atualizadas sobre a matéria e nova instrução processual.

Nesse contexto, a partir de 19/05/2021, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) – designado, por meio do art. 1º, § 3º, da Medida Provisória 1.031/2021, como responsável pela execução e acompanhamento do processo de desestatização da Eletrobras – passou a dar notícias ao TCU das ações adotadas no âmbito das contratações dos serviços técnicos especializados previstos no art. 30 do Decreto nº 2.594/1998, que regulamenta a Lei nº 9.491/1997.

Conforme já delineado acima, o analisado processo de controle de desestatização da Eletrobras teve início antes da entrada em vigor da IN TCU 81/2018 (vigente a partir de 01/01/2019) - em 14/03/2018. Ademais, o intuito da nova instrução foi de permitir que as análises e apreciações técnicas se concentrassem nos pontos mais significativos do processo, pelos quais o TCU, provavelmente, será instado pela sociedade civil a se pronunciar, especialmente no contexto complexo da desestatização da Eletrobras.

Assim, a área técnica propôs que a IN TCU 81/2018 fosse aplicada na regência do acompanhamento por considerar a diversidade das questões, as necessidades de pontos de controle aventados, a adoção do princípio da significância e os critérios de materialidade, relevância, oportunidade e risco, tendo em vista que o escopo do acompanhamento poderá ser direcionado a temas significantes relacionados à transferência de controle da Eletrobras e a questões de caráter regulatório, diretamente impactadas pela privatização.

Ainda, foi ressaltado que o processo de privatização da Eletrobras somente foi consubstanciado com a edição da Medida Provisória 1.031/2021, que estava em vias de aprovação pelo Poder Legislativo, já que as iniciativas anteriores não foram apreciadas pelo Congresso Nacional. Portanto, reputou a data de edição da Medida Provisória 1.031/2021 como o marco legal inicial para a privatização da Eletrobras, o que qualificou a adoção IN TCU 81/2018 como a norma de regência adequada para acompanhamento da desestatização. O entendimento relativo à aplicação da IN TCU 81/2018 foi integralmente acolhido em 01/07/2021 por Despacho Decisório exarado pelo Ministro Relator Aroldo Cedraz.

Na sequência, a ANEEL encaminhou ao TCU o OFÍCIO Nº 255/2021-DR/ANEEL, de 17/09/2021, informando que o Ministério de Minas e Energia (MME) solicitou a elaboração de minuta de contrato de concessão contemplando as diretrizes estabelecidas na Medida Provisória nº 1.031/2021 - convertida na Lei nº 14.182/21 – e que em 07/05/2021 teria sido emitida a Nota Técnica nº 255/2021- SCG/SRG/SRM/SFG/SFF/ANEEL complementada pela Nota Técnica nº

493/2021-SCG/SRG/SRM/SFG/SFF/SGT sugerindo o texto das Minutas de Contratos de Concessão e recomendando a sua submissão à Consulta Pública.

Na 29ª Reunião Pública Ordinária a Diretoria da ANEEL decidiu instaurar Consulta Pública (CP) -no período de contribuições entre 11/08/2021 e 31/08/2021 -, com vistas a colher subsídios e informações adicionais para o aprimoramento da minuta do contrato de concessão que regularia a exploração dos potenciais de energia hidráulica abarcados pela Lei nº 14.182/2021. O processo estaria na fase de análise das contribuições recebidas por meio da Consulta Pública nº 48/2021. Após, seria encaminhado a Diretoria da ANEEL para deliberação sobre a versão definitiva da minuta contratual e, com a aprovação pela Diretoria, a enviado ao MME com a versão aprovada da minuta contratual⁷¹.

Consta nos autos a NOTA INFORMATIVA Nº 10/2021/ASSEC, de 04/10/2021, dispondo que a ANEEL teria encaminhado ao MME os Ofícios nº 121/2021–DR/ANEEL e o Ofício nº 123/2021–DR/ANEEL, ambos de 21/05/2021, esclarecendo que a agência reguladora do setor elétrico brasileiro não seria a responsável pela condução dos estudos atinentes ao processo de desestatização da Eletrobras e que quaisquer avaliações porventura solicitadas dependeriam do estabelecimento de premissas inerentes à formulação da política pública. Ainda, não caberia à ANEEL manifestar juízo de concordância ou preferência sobre a política pública e que estaria à disposição para encaminhar informações e dados específicos porventura requeridos.

O Ministério Público de Contas da União exarou Parecer⁷² opinando, dentre as diversas propostas de encaminhamento, que o MME incluísse no instrumento contratual das concessões previstas pela Lei nº 14.182/2021, cláusula que estabeleça obrigação da concessionária de contratar estudos para a definição dos respectivos aproveitamentos ótimos, os quais deveriam ser submetidos à aprovação da ANEEL, além de fazer constar os custos associados na modelagem econômico-financeira no cálculo do valor de outorga, se assim entender necessário.

Na sequência, o Ministro Relator Aroldo Cedraz decidiu por Despacho⁷³ monocrático, de 01/12/2021, que o MME com o apoio da ANEEL juntasse aos autos informações que

⁷¹ As informações e documentos (notas técnicas, voto do Diretor Relator, minuta contratual objeto da consulta, aviso de abertura da CP, contribuições recebidas, entre outros) sobre a Consulta Pública nº 48/2021 estão disponíveis no sítio da ANEEL, no endereço https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_auth=sZQAJ5qL&p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideParticipacaoPublica=3579&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_javax.portlet.action=visualizarParticipacaoPublica. Acesso em 13 jun. 2022.

⁷² Fls. 11224 até 11258 do Processo nº 008.845/2018-2.

⁷³ Fls. 11305 até 11308 do Processo nº 008.845/2018-2.

permitissem ao TCU avaliar os reflexos econômico-financeiros para o consumidor do mercado regulado em diferentes cenários de aporte de recursos pela Eletrobras na Conta de Desenvolvimento Energético.

No Acórdão nº 3176/2021⁷⁴ – TCU – Plenário acordaram os Ministros do TCU em 15/12/2021 e em sessão virtual interromper a apreciação por pedido de vista formulado pelo Ministro Vital do Rêgo pelo prazo regimental e autorizar a continuação dos estudos, ficando a eficácia das medidas concretas e as assinaturas dos contratos de outorga, dependendo da apreciação do mérito do processo na deliberação que o Plenário fará quando do retorno do pedido de vista.

Ao apreciar e acolher parcialmente embargos de declaração interpostos, no Acórdão nº 296/2022⁷⁵ – TCU – Plenário (proferido em Sessão Extraordinária) decidiram os Ministros do TCU em 15/02/2022, sem prejuízo da continuidade do processo de desestatização da Eletrobras, recomendar ao MME que promova a inclusão no instrumento contratual de outorga das usinas da Eletrobras a que se refere o art. 2º da Lei nº 14.182/21, cláusula que estabeleça como obrigatória a realização de estudos para definição dos respectivos aproveitamentos ótimos, a serem submetidos à aprovação da ANEEL, fazendo constar da referida cláusula os custos associados na modelagem econômico-financeira para o cálculo do valor de outorga, se assim entender necessário. Também ficou consignado que, dada a complexidade e relevância nacional do processo de desestatização da Eletrobras, não seriam relevadas no caso as regras estipuladas pela IN TCU 81/2018, em especial por seu art. 9º, §§ 1º, 4º, 5º, 7º e 9º, relativamente a critérios de contagem de prazo para manifestação do TCU, assim como as hipóteses de suspensão desse prazo, conforme:

9º A unidade responsável pela instrução do processo de acompanhamento da desestatização deverá autuá-lo, analisar os documentos e informações de que trata o art. 8º, e remeter a proposta de mérito ao Relator em prazo de até setenta e cinco dias a contar da data de seu recebimento, a fim de que o Tribunal emita pronunciamento quanto à legalidade, legitimidade e economicidade dos atos fiscalizados.

§ 1º O prazo para análise do acompanhamento pela unidade responsável somente terá início após o recebimento de toda a documentação descrita neste capítulo.

(...).

§ 4º Atrasos no encaminhamento de respostas a diligências ou outras medidas saneadoras promovidas pela unidade responsável, para fins de análise do acompanhamento, suspendem o prazo previsto no caput deste artigo, até que as informações solicitadas pela unidade responsável sejam prestadas na íntegra.

§ 5º Em caso de envio de informações decorrentes de alterações ocorridas por iniciativa do Poder Concedente, após a protocolização dos documentos no Tribunal de Contas da União, a unidade responsável poderá remeter ao Ministro Relator proposta de prazo adicional para análise.

(...).

⁷⁴ Fl. 11700 do Processo nº 008.845/2018-2.

⁷⁵ Fls. 11989 até 11992 do Processo nº 008.845/2018-2.

§ 7º Em casos excepcionais, nos quais a magnitude e a complexidade do empreendimento assim o exijam, o Ministro Relator poderá fixar prazo superior ao previsto no caput deste artigo para análise do acompanhamento da desestatização. (...).

§ 9º Caso o órgão gestor do processo de desestatização demonstre interesse em apresentar contribuições adicionais àquelas expostas na reunião de que trata o parágrafo anterior, será concedido prazo de até quinze dias para manifestação, período em que ficará suspenso o prazo previsto no caput deste artigo. (AC) (Instrução Normativa-TCU nº 86, de 22/4/2020, BTCU Deliberações 75/2020)

Dado esse contexto, a apreciação da primeira etapa do processo de desestatização da Eletrobras foi concluída pelo Plenário do TCU, por meio do Acórdão nº 296/2022, que ratificou a autorização para continuidade do processo de desestatização, porém estabeleceu determinações aos gestores visando esclarecer impactos econômicos e financeiros associados ao bônus de outorga e motivação para algumas das escolhas públicas. Ademais, o *decisum* também apresentou recomendações para tratamento dos aproveitamentos ótimos, cálculo das garantias físicas, adoção de referenciais de preço de energia no curto e longo prazo, tratamento a ser dado no caso de a reforma tributária ser aprovada antes da oferta pública de ações, tratamento para potência, além do estabelecimento de mecanismos de governança para os comitês gestores previstos nos arts. 6º, 7º e 8º da Lei nº 14.182/2021.

Depois de exaustiva instrução documental e Parecer⁷⁶ do Ministério Público de Contas da União - com acesso restrito -, a área técnica do TCU confeccionou o consistente Relatório Sintético Público⁷⁷ com análise da modelagem econômico-financeira para a capitalização da Eletrobras relativo à segunda etapa de apreciação do tema pelo TCU, no qual são avaliados aspectos relativos à modelagem do processo de capitalização adotado pelo governo federal para privatização da Eletrobras. Com recentes contribuições trazidas ao processo pelos *amicus curiae*, o Ministro Relator determinou por Despacho⁷⁸, em 10/05/2022, o retorno dos autos à SeinfraElétrica para pronunciamento⁷⁹.

Por fim, no Acórdão nº 1103/2022⁸⁰ – TCU – Plenário (proferido em Sessão Extraordinária) decidiram os Ministros do TCU, em 18/05/2022, apenas dar ciência à ANEEL da deliberação disposta no julgado. Ainda, o último ato processual foi o pedido de cópia de peças específicas formulado pela representante legal do BNDES em 10/06/2022.

⁷⁶ Fls. 20678 até 20733 do Processo nº 008.845/2018-2 – acesso restrito/sigiloso.

⁷⁷ Fls. 20741 até 20864 do Processo nº 008.845/2018-2.

⁷⁸ Fl. 21248 do Processo nº 008.845/2018-2.

⁷⁹ Fls. 21249 até 21268 do Processo nº 008.845/2018-2.

⁸⁰ Fls. 21314 até 21317 do Processo nº 008.845/2018-2.

CONCLUSÃO

Com base em normativo administrativo interno, o TCU tem realizado controle prévio de processos de desestatização de empresas públicas nacionais. Após longa, complexa e técnica instrução documental conduzida pelo Órgão de Controle, foi conferido o sinal verde à privatização da Eletrobras no ano de 2022, a qual possuiu como atribuições a promoção de estudos, projetos de construção e operação de usinas geradoras, linhas de transmissão e subestações destinadas ao suprimento de energia elétrica no Brasil.

Nesse contexto, as propostas da presente dissertação foram a de estudar e de criticar o diminuto papel desempenhado pela ANEEL – qualificada como agência reguladora do setor elétrico brasileiro – no panorama do processo de desestatização da Eletrobras conduzido pelo TCU, tendo por fundamento a IN TCU 81/2018 e o “Processo - 008.845/2018-2 – Desestatização”. Assim, o tema abordado no trabalho tem ligação com a matriz pedagógica sugerida num Mestrado Profissional em Direito, pois abarca a análise aplicada de casos concretos do cotidiano nacional num mundo globalizado, além do direcionamento de possíveis soluções para o caso em exame.

A sedimentação do caminho percorrido foi iniciada com a construção e apresentação do sólido referencial teórico sobre as agências reguladoras, através da concisa análise doutrinária a respeito do surgimento do Estado regulador no Brasil a contar do período colonial, passando pela monarquia e o liberalismo republicano, até chegarmos à CRFB/88 e demais normativos de regência da atividade regulatória. A edificação do conhecimento serviu de base para a compreensão da evolução das atividades de regulação desempenhadas pelas agências reguladoras brasileiras.

A partir de então passamos em revista o equilíbrio necessário entre a autonomia e o controle exercido pelas agências reguladoras e apresentamos os diversos instrumentos que dão sustentação institucional, como: personalidade jurídica própria; corpo técnico e expertise na área de atuação; ausência de gerenciamento hierárquico do órgão de vinculação ministerial; mecanismos próprios de nomeação e destituição de dirigentes; dentre outros. Nesse ponto a demonstração da autonomia e do controle, intrínsecos às agências reguladoras, em especial as de infraestrutura como a ANEEL, foram entendidos como instrumentos de eficácia dos procedimentos de desestatizações e que deveriam ser utilizados como subsídios pelo TCU na fiscalização preventiva ou concomitante na edificação da racionalidade social e econômica da desestatização da Eletrobras.

No caminhar da abordagem, foram aprofundadas as explicações sobre a famigerada redução da máquina pública direcionada aos processos de desestatizações no Estado regulador brasileiro através dos ensinamentos do doutrinador Aragão (e outros). Sendo assim, o fomento das atividades da iniciativa privada com os processos de desestatizações teria por objetivo a modernização do parque industrial nacional (sistema elétrico, rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, etc.) trazendo o incentivo, a competitividade e o fortalecimento do mercado nacional. Do mesmo modo, as diversas matrizes do processo de desestatização - como a outorga e a privatização – devem ser ponderadas nos processos para o alcance dos objetivos vindicados.

Inclusive, a natureza da jurídica e as atribuições da ANEEL de fixar as regras para o serviço de energia elétrica, como: produção, transmissão, distribuição e comercialização, foram didaticamente apresentadas. Dessa maneira, a referida agência reguladora controla as metas a serem periodicamente alcançadas pelas distribuidoras de energia elétrica e cria os limites e as condições para que empresas, grupos empresariais e acionistas, participem entre si da concorrência efetiva e segura entre os agentes do mercado visando impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica. Portanto, está vocacionada a assegurar que o ambiente de negócios favoreça a atratividade, a importância e a devida remuneração dos investimentos, incentivando a eficiência e a sustentabilidade econômico-financeira e socioambiental com o objetivo de promover o desenvolvimento do setor elétrico com a prestação de serviços públicos de energia elétrica que satisfaçam as condições entabuladas.

Do mesmo modo, a ANEEL está inserida no Estado Democrático de Direito constitucionalmente assegurado e exerce parcela do Poder Estatal. Tal divisão é tripartida em Executivo, Judiciário e Legislativo – auxiliado pelo Tribunal de Contas. Todos independentes, mas igualmente harmônicos, o que pressupõe um sistema de *check and balances* (freios e contrapesos). Desse modo, a CRFB/88 criou um ambiente de mútuo e sistêmico controle dos atos de cada Poder, pelo outro.

Neste panorama, a ANEEL e o TCU executam tarefas de fiscalização e controle das atividades e dos interesses governamentais. Tais atores institucionais estão inseridos na expansão do controle administrativo e contribuem com a *accountability*. Ou seja, colaboram com o conjunto de mecanismos direcionados às instituições e aos gestores de uma organização na prestação de contas e responsabilização dos agentes pelos resultados de suas ações negativas por diversas formas.

Conjugado a tudo isso está a relevância evolutiva da normatividade do TCU na compreensão de que a sua competência e jurisdição contribuem com poder regulatório da ANEEL e, também, pode ser expandido por atos e instruções normativas sobre matéria de suas

atribuições e sobre a organização dos processos que lhes são submetidos. Nesse sentido, a IN TCU 81/2018 possui fundamento de validade rígida, coerência e eficácia para os fins buscados. Ainda, o noticiado normativo possui natureza jurídica de ato administrativo e veio substituir os anteriores que já estavam obsoletos com a evolução do controle.

Após as diversas e infrutíferas tentativas de desestatização do setor energético brasileiro, o surgimento da recente legislação autorizativa dentro de um ambiente político favorável reacendeu o debate sobre a conveniência e a oportunidade do controle prévio ou concomitante das desestatizações públicas pelo TCU. De um lado, há quem sustente que o modelo diminui a capacidade dos gestores de tomar decisões, transformando-os em braço quase mecânico do controle. Há a tendência velada de acatar o que o TCU por decorrência psicológica de uma mistura de instinto de sobrevivência (temor de responsabilização), pragmatismo (para agilizar, melhor aceitar) e esperteza (acatar os apontamentos para partilhar riscos). De outro, há quem apoie que ele é fundamental para prevenir modelagens contratuais equivocadas e aperfeiçoar trabalhos técnicos insuficientes e defeituosos, mesmo com a participação de uma agência reguladora.

A privatização da Eletrobras, originalmente intentada com sua inclusão no Programa Nacional de Desestatização (PND) em 1995, representa decisivo passo na consolidação, pelo país, do modelo de Estado Regulador do setor elétrico, caracterizado por intervenção qualitativamente distinta na atividade econômica. Representa o ápice da tendência de provisão indireta de energia elétrica no Brasil e a iniciativa vem ao encontro, ainda, de vários preceitos das reformas estruturais do setor observadas internacionalmente.

Na visão de especialistas contemporâneos e pró-desestatização a Eletrobras já foi maior e está perdendo a sua capacidade de investimento, com o crescimento exagerado da sua dívida líquida nos últimos anos. A proposta foi de atrair novos recursos e fortalecer a eficiência e competitiva para fazer os investimentos necessários no setor elétrico nacional. Para isso, o governo federal reduz a sua participação no processo de capitalização e os resultados esperados são o aumento do investimento no setor de energia do Brasil, com geração de emprego e renda; a criação de um ambiente atrativo para investidores, aumentando a competitividade no setor e reduzindo preços para os consumidores; redução da volatilidade de preços na tarifa de energia elétrica causada pelo risco hidrológico e; a recuperação de bacias, investimentos na geração e em redes locais, beneficiando a população local e os consumidores de energia.

Para tanto, a Medida Provisória nº 1.031/21, convertida na Lei nº 14.182/21, definiu as bases legais e as condições de contorno da capitalização da Eletrobras. Ainda, previu a capitalização na modalidade de aumento do capital social, por meio da subscrição pública de

ações ordinárias com renúncia do direito de subscrição pelo Governo Federal e o aumento do capital social.

Nesse compasso, os resultados da verificação e a transcrição parcial dos principais atos processuais e decisões proferidas “Processo - 008.845/2018-2 – Desestatização” relativo à Eletrobras no âmbito do TCU e que, direta ou indiretamente, citaram a ANEEL, demonstram que as contribuições institucionais da agência reguladora de energia elétrica brasileira foi de mera coadjuvante na parte inicial do processamento, quiçá de observadora estática em face do desenrolar e da desenvoltura dos demais Órgãos de Estado e entidades, como o MME, ME e o BNDES, além do próprio TCU por meio de Equipe Técnica e dos amigos da corte.

Somente na primeira fase a ANEEL foi questionada por assunto irrelevante sobre barreiras de contenção. Na sequência e indiretamente através do MME, a respeito dos ajustes necessários na minuta do Contrato de outorga após a promulgação e vigência da nova legislação desestatizadora da Eletrobras. Na fase seguinte recebeu tão somente uma mera notificação para tomar ciência do acordado pelos Ministros no TCU no último julgamento que chancelou a desestatização da Eletrobras.

Do mesmo modo, a desenvoltura do TCU em justificar o exercício do controle com fundamento na IN TCU 81/2018 num processo iniciado antes da entrada em vigor do apontado normativo, a celeridade empreendida e a ausência de escuta ativa dos amigos da corte, reforçam a força política do Governo Federal sobre a sua única desestatização e no final da legislatura.

Portanto, no TCU o acompanhamento dos estudos para desestatização das Eletrobras foi disciplinado pela IN TCU 81/2018, editada com o propósito de buscar o aumento da aderência legal e normativa da documentação apresentada, de minimizar as hipóteses de futuros litígios envolvendo o poder público e demais atores e de ampliar das chances de sucesso do certame e a ANEEL teve uma pífia participação do processo, apesar da missão institucional de agência reguladora do setor energético brasileiro.

O desempenho do TCU não obstaculizou os propósitos do Governo Federal., sendo prestigiada a celeridade processual na desestatização da Eletrobras com a ausência da adoção de medidas corretivas e identificação de práticas de atos irregulares que pudessem caracterizar violação à normas legais ou infralegais, sendo que as recomendações apresentadas pelo Órgão de Controle foram direcionadas apenas na melhoria de desempenho e lançadas com extrema moderação. Portanto, a postura de cautelosa do TCU, o flagrante desprestígio atribuído à ANEEL no processo e a chancela do exercício dos atos praticados nas competências exclusivas e tipicamente discricionárias dos Órgãos governamentais exigem o acompanhamento pela sociedade organizada em face da dinâmica evolutiva do referido processo de desestatização.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 163-209.

_____. **Novos instrumentos de regulação econômica: agências reguladoras**. In: AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019. cap. 7, p. 291-326.

ALMEIDA, Monica Piccolo. **Reformas Neoliberais no Brasil: A Privatização nos Governos Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso**. Tese de Doutorado. UFF. 2010. Instituto de Ciências Humanas e Filosófica do Programa de Pós-Graduação em História.

ALVES, Renato José Ramalho. **O modelo regulatório do Brasil e a Teoria da Captura: desafios para a independência das agências reguladoras**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4413, 1 ago. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40743>. Acesso em: 8 fev. 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Letícia Lobato Anicet (Coord.). **Regulação e infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Concessão de Serviços Públicos**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 421-496. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1483/1537/3169>. Acesso em: 11 jan. 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A evolução das atividades prestacionais do Estado**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 35-69. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1483/1537/3169>. Acesso em: 11 jan. 2022.

ARANHA, Márcio. **Manual de Direito Regulatório**. 5. ed. Londres: Laccademia, 2019.

_____. **Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. Edição do Kindle, 2019.

ARANTES, Rogério Bastos; LOUREIRO, Maria Rita; COUTO, Cláudio; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho. **Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, Tribunais de Contas, Judiciário e Ministério Público**. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silva. **Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010. p. 109-148.

ARAUJO, Valter Shuenquener de. **Os quatro pilares para a preservação da imparcialidade técnica das agências reguladoras**. ARAUJO, Valter Shuenquener de Araújo. In: *Regulação e infraestrutura*. Belo Horizonte Fórum, 2018, p. 331-351.

BAGGIO, Lucas Pereira. **O papel do Estado no desenvolvimento tecnológico: do fomento estatal à regulação**. In: BAGGIO, Lucas Pereira. *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 287-307.

BARRETO, Willian de Miranda. **Eletrobrás: O embate por trás de sua criação**. Dissertação de Mestrado. FVG. 2010. Instituto de Ciência Política. Centro de Pesquisa e Documentação de História do Brasil – CPDOC.

BARROS, Benjamim Ferreira de; BORELLI, Reinaldo; GEDRA, Ricardo Luis. Gerenciamento de Energia. **Ações Administrativas e Técnicas de Uso Adequado da Energia Elétrica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/621528?title=Gerenciamento%20de%20Energia#copyright>. Acesso em 08 mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços**. (in) Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 226, pp. 187-212, 2001. Acesso em 15 dez. 2021

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **Desestatizações – Privatizações, Delegações, Desinvestimentos e Parcerias**. Belo Horizonte. Ed. Forum, 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/3918/4049/23650>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BOBBIO, Roberto. **A era dos direitos**. 7ª Reimpressão. Ed. Campus Ltda, 1992.

BOURDIEU, Pierre. **Razões Práticas**. Campinas: Papyrus, 2008.

_____. Sobre o poder simbólico. In: BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p.07-16

BRAGA, André. **O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?** Outubro, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2927289

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 223.

BREGA, José Fernando Ferreira. A Advocacia Pública como Interface Jurídica entre os Controles Interno e Externo da Administração.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 8 fev. 2021.

_____. **Decreto nº 83.740/1979**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d83740.htm Acesso em 8 fev. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 2.300/1986**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em 8 fev. 2021.

_____. **Decreto nº 95.886/1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D95886.htm. Acesso em 8 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 531**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 11/12/1991. Publicação: 03/04/1992. Órgão julgador: Tribunal Pleno. AGTE.: PARTIDO DOS TRABALHADORES ADVDOS.: JONAS DUARTE JOSÉ DA SILVA E OUTROS AGDO.: DIRETOR DO DEPARTAMENTO DA RECEITA FEDERAL. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%20531%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em 12 dez. 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação. Interesse Público — IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 79, maio/jun. 2013. <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2013/10/Direito-Publico-Administracao-Publica-e-a-nova-Lei-de-Acesso-a-Informacao.pdf>. Acesso em 15 mar. 2022.

COUTINHO, Diogo R. **Direito e Economia Política na Regulação de Serviços Públicos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

COUTINHO, Doris de Miranda; SANTOS, Aline Sueli de Salles. **O papel do Tribunal de Contas frente à accountability**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 209-233, abr./jun. 2018. Acesso em 15 mar. 2022.

CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda. **Manual de parcerias público-privadas e concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CYRINO, André. Direito Constitucional Regulatório. Elementos para uma interpretação institucional adequada da Constituição econômica brasileira. **As Possíveis Abordagens econômicas da Intervenção do Estado na Economia**. Ed. Processo. 2ª Edição. Rio de Janeiro. 2018, pp. 193-231.

_____. **Análise econômica da Constituição Econômica e Interpretação Institucional**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 3, UFRJ, 2017, pp 950-981.

DA COSTA, Isac Silveira; LIMA, Liana Issa. **Conselheiros independentes nas estatais brasileiras: fundamento e crítica à luz do caso Eletrobras**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 86/2019 | p. 195 - 222 | Out - Dez / 2019 | DTR\2019\42178. Disponível em <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000181202c5f1af3752934&docguid=I03588bd0011f11eaae0a01000000000&hitguid=I03588bd0011f11eaae0a010000000000&spos=2&epos=2&td=30&context=76&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em 01.05.2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella & RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 85-102.

_____. **Direito Administrativo**. Ed. Atlas. 26ª Edição. São Paulo. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coord.). **O direito administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DINIZ, Debora; MUNHOZ, Ana terra Mejia. **Cópia e pastiche: plágio na comunicação científica**. Revista Argumentum. n.3, v. 1, p.11-28, jan./jun. 2011

DUARTE, Juliano Pimental. **Autonomia no “papel” e na prática no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Dissertação de Mestrado. UNB. 2018. Instituto de Ciência Política. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 992 p. ISBN 978-85-450-0136-2.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Congelamento de Preços - Tabelamentos Oficiais**. Revista de Direito Público, n.º 91, RT, São Paulo: 1989, pp. 76/86. Disponível em <https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicacoes/congelamento-de-precos>. Acesso em 15 dez. 2021.

FILHO, Guilherme Eugênio Filippo Fernandes. **Gestão da Energia**. Fundamentos e Aplicações. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book. <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/627046?title=Gest%C3%A3o%20da%20Energia>. Acesso em 08 mar. 2022.

FILHO, José Coelho Matos; OLIVEIRA, Carlos Wagner de A.. **O Processo de Privatização das Empresas Estatais Brasileira**. Instituto de Pesquisa Aplicada-IPEA. 1996. Disponível em https://www.gov.br/secretariadegoverno/pt-br/portalfederativo/biblioteca-federativa/estudos/td_0422.pdf. Acesso em 13.06.2022.

FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da. **Direito regulatório: desafios e perspectivas para a administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GARCIA, Gilson Piqueras. **Situações de emergência, controle social, tribunais de contas e jurimetria: Um estudo das decisões sobre denúncias e representações apresentadas ao Tribunal de Contas da União**. Revista da CGU. Volume 12, n 22, Jul-Dez 2020. DOI: <https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v12i22.347>. Acesso em 12 jan. 2022

GHEVENTER, Alexandre. **AUTONOMIA VERSUS CONTROLE Origens do novo marco regulatório antitruste na América Latina e seus efeitos sobre a democracia**. Editora UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ. 2005.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Direito administrativo como controle**. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (orgs.). O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917 – 2017). São Paulo: Malheiros, 2017.

GUERRA, Sérgio. Regulação no Brasil. Uma visão multidisciplinar. **Capítulo 14. Regulação Estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira**. Ed. FGV. Rio de Janeiro, pp. 373-396, 2014. Acesso em 15 dez. 2021

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5.ed. São Paulo, SP: IBGC, 2015.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?** In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

_____. **A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?** in *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 349.

LEAL, Rogério. **O Controle Social dos Serviços Públicos no Brasil como Condição de Sua Possibilidade** A & C *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte. Fórum. 2003. p. 143-166.

LOPES, Othon de Azevedo Lopes. **Fundamentos da Regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018. pp. 69-118

MARQUES, Mauro Campbell. **Os desafios da implantação de método alternativo de solução de controvérsias em contratos administrativos em razão do conflito de interesses no âmbito da atividade normativa das agências reguladoras: breve estudo envolvendo as UHE de Jaguará, Miranda e São Simão**. In: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da. *Direito regulatório: desafios e perspectivas para a administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 107-120.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. **Os sete impasses do controle da Administração Pública**. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (orgs.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 21-38.

_____. **Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União**. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte n. 120. pp. 203-236.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Pensando o controle da atividade regulação estatal**. In: SÉRGIO GUERRA (Coord.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

_____. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte. Ed. Forum. 2005.

MARTINS, Humberto. **Regulação de telecomunicações e a construção do direito dos consumidores em contraposição ao conceito de usuários**. In: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da. *Direito regulatório: desafios e perspectivas para a administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 69-87.

McCRAW, T. K. **Prophets of Regulation**: Charles Francis Adams, Louis Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1984.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Fernanda; OLIVA, Rafael. **Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil**. *Revista de Administração Pública*. 40, p. 545-564

MELGARÉ, Plínio. **Direito Constitucional, Organização do Estado Brasileiro**. São Paulo: Almedina. 2018. P. 103

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 221.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Tribunais de Contas – Natureza, alcance e efeitos de suas funções**. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*. n.16. ano 5. p. 391-407. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2021. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-3161>>. Acesso em 26 mai. 2021.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras – Em busca de alguns standards possíveis**. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 10, nº 38, abril/junho 2012.

MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. **Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União**. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (orgs.). *Direito da Infraestrutura vol. II*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios**. Ed. 1ª. Belo Horizonte. Forum, 2014, pp 33-74.

_____. **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios**. RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O Novo Marco Regulatório dos Portos. Entre grandes objetivos e inadequadas exigências**. Ed. 1ª. Belo Horizonte. Forum, 2014, pp. 111-142.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm. 2016

NUNES, Cleucio Santos. **Justiça Tributária**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. página inicial-página final. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/3872/3996/22728>. Acesso em: 14 mar. 2022.

O'DONNELL, Guilherme. **Accountability horizontal e novas poliarquias**. *Lua Nova – Revista de Cultura e política*, n. 44, p. 27-54, 1998.

PACHECO, Regina Silvia. **Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle**. *Revistas de Administração Pública*. Rio de Janeiro. Pp. 523-543

PINHO, José Antonio Gomes de Pinho; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. **Accountability: já podemos traduzi-la para o português?** *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro 43 (6): 1343-1368, nov./dez. 2009.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Pesquisa jurídica no mestrado profissional**. Revista Direito GV. V. 14, n. 1 jan-abr, 2018. P. 27-48.

ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União – competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 74-96.

SCHAPIRO, Mario G. **Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes**. Revista Direito GV [online]. 2016, v. 12, n. 2 [Acessado 12 Janeiro 2022] , pp. 311-344. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2317-6172201613>>. ISSN 2317-6172. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201613>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª Edição. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Mariana B. **Independência após a delegação? Uma análise exploratória da interferência política nas agências regulatórias brasileiras**. Dissertação de Mestrado. CFCH. Ciência Política. 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela, **Desestatização: privatizações, concessões, terceirizações e regulação**, 4ª edição – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SPECK, Bruno Wilhem. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD; Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. **O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos**. Revista Direito GV. São Paulo: v. 13, n. 3, p. 866-890, set-dez/2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **O Direito Administrativo entre os clips e os negócios**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 81-86. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1447/1501/3128>. Acesso em: 11 jan. 2022.

VIVENZA, Stefano Dutra; GOMES, Magno Federici. Energia, geração distribuída e o princípio da segurança jurídica. **Pesquisa, Sociedade e Desenvolvimento**. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/23417>. Acesso em: 8 mar. 2022.

WILLEMANN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. **Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada e Instituições Superiores de Controle no Brasil**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, pp. 221-250, maio/ago. 2013. Acesso em 15 mar. 2022.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2008.