

**Tribunal de Contas da União (TCU)**

**ESPECIALIZAÇÃO EM CONTROLE DA REGULAÇÃO**

**O VENCIMENTO DAS CONCESSÕES  
DO SETOR ELÉTRICO E A ATUAÇÃO  
DO CONTROLE EXTERNO DO  
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Arlene Costa Nascimento

Marcelo Barros Gomes (Mestre)

Brasília – DF  
2011

**Tribunal de Contas da União (TCU)**

**ESPECIALIZAÇÃO EM CONTROLE DA REGULAÇÃO**

**O VENCIMENTO DAS CONCESSÕES  
DO SETOR ELÉTRICO E A ATUAÇÃO  
DO CONTROLE EXTERNO DO  
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Arlene Costa Nascimento

Orientador: Marcelo Barros Gomes (Mestre)

Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa  
– ISC/TCU, como requisito parcial à obtenção do  
grau de Especialista em Controle da Regulação.

BRASILIA - DF  
2011

## RESUMO

As concessões do setor elétrico outorgadas até 1995 não foram precedidas por licitação. Todas foram prorrogadas, por vinte anos, com base em dispositivos da Lei 9.074, de 7/7/1995. A parcela dos contratos de outorgas nessa situação envolve cerca de 20% da geração de energia elétrica, mais de 70% da rede básica de transmissão e 37 distribuidoras de energia elétrica das atuais 64 existentes no país. Apesar de ainda não haver uma definição de que ação será adotada pelo poder concedente, esse, por dever de ofício, deve pautar-se por princípios e preceitos constitucionais e legais. O Tribunal de Contas da União, considerando a competência para realizar o controle externo da regulação, tem papel imprescindível na fiscalização das ações que estão sendo adotadas em preparação ao vindouro vencimento das concessões do setor elétrico a partir de 2015, bem como estabelecer uma estratégia para abordar e acompanhar as ações a serem adotadas quando houver a definição do poder concedente. Assim, ao se avaliar o panorama decorrente do vencimento das concessões do setor elétrico, identificaram-se riscos e oportunidades desse processo e de seu controle. Quanto ao controle, de forma propositiva, são apresentadas sugestões de aprimoramento dos normativos da Corte de Contas para o integral exercício do controle na fase terminal de execução contratual. Além disso, de forma ilustrativa, são citados alguns temas de auditorias com interface com o vencimento das concessões do setor elétrico.

**Palavras-chave:** concessões do setor elétrico, vencimento de concessões, prorrogação de concessões, controle externo de concessões de infraestrutura, fiscalização de concessões.

## **LISTA DE QUADROS**

Quadro 1 – Síntese das possibilidades de prorrogação de concessões do setor elétrico referidas na Lei 9.074/1995 ..	10
Quadro 2 – Instrumentos de fiscalização aplicáveis ao controle externo, previstos no Regimento Interno do TCU, art. 238 a 243 .....	16
Quadro 3 – Proposta de requisitos a serem avaliados pelo Tribunal no acompanhamento de eventual prorrogação das concessões vincendas a partir de 2015 .....	23

## SUMÁRIO

RESUMO .....	3
1. INTRODUÇÃO.....	6
2. REPRESENTATIVIDADE DOS CONTRATOS VINCENDOS EM 2015 .....	7
3. CONCESSÕES DO SETOR ELÉTRICO .....	8
4. LICITAÇÃO X PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS DAS CONCESSÕES DO SETOR ELÉTRICO.....	10
5. O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DAS CONCESSÕES.....	12
5.1. Instrumentos de Fiscalização do TCU .....	15
5.2. O Controle Externo na Fase Terminal da Execução Contratual .....	18
5.3. Riscos e oportunidades do processo de concessão e de seu controle.....	24
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	26
REFERÊNCIAS .....	28
Anexo 1: Requisitos avaliados pelo Tribunal em acompanhamento de novas concessões (IN 27/1998, art. 7º) .....	30

## **1. INTRODUÇÃO**

As concessões do setor elétrico outorgadas até 1995 não foram precedidas por licitação. Todas foram prorrogadas com base na Lei 9.074, de 7/7/1995, artigos 17, 19, 20 e 22, que previam prazos máximos de prorrogação de até 20 anos, vencidos a partir de 2015. Ainda não há uma definição do poder concedente de que ação será adotada, mas há discussões nos mais diversos fóruns do setor elétrico sobre a possibilidade de renovação desses contratos de concessão.

A renovação ou não desses contratos é um tema complexo do ponto de vista jurídico-legal.

A Constituição de 1988, art. 175, estabelece que a licitação é pré-requisito para o processo de concessão. É facultado aos contratos resultantes prever a possibilidade de prorrogação. A prorrogação prevista, no entanto, não pode ser uma ação recorrente sob o risco de tornar a concessão eterna.

Há discussões, porém, no âmbito do poder concedente, aventando a proposição de alterações da Carta Magna e do marco legal para viabilizar a prorrogação desses contratos.

O Tribunal de Contas da União (TCU), como órgão auxiliar do Congresso Nacional na execução do controle externo, nos termos dos art. 70 e 71 da Constituição Federal de 1988, tem a competência de acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, compreendendo as concessões, previstas no art. 175 da Carta Magna.

O Regimento Interno do TCU estabelece os seguintes instrumentos de fiscalização: levantamento, auditoria, inspeção, acompanhamento e monitoramento. Quanto ao acompanhamento, a Instrução Normativa 27, de 2/12/1998, dispõe que esse processo se aplica, entre outros, nos casos de concessões iniciais e da execução contratual.

Quanto à atuação no controle da regulação, sobressai a necessidade de reflexão acerca da fiscalização deste Tribunal nas ações a serem adotadas previamente e por ocasião do vindouro vencimento de concessões do setor elétrico prorrogadas com base na Lei 9.074/1995.

Diante desse cenário, este trabalho se propõe a discutir o controle externo das ações que circundam o vencimento das concessões do setor elétrico. Assim, buscar-se-á sintetizar o panorama de vencimento das concessões do setor elétrico prorrogadas com base na Lei 9.074/1995; discutir a necessidade de fiscalização do Tribunal de Contas da União nas

ações a serem adotadas quando do vencimento dessas concessões; identificar o momento adequado para atuação da fiscalização do Tribunal, bem como o objeto de fiscalização; e identificar os riscos e as oportunidades do processo de concessão e de seu controle associadas ao cenário decorrentes do vencimento das concessões.

Neste trabalho, não se pretende discutir acerca da possibilidade jurídica de prorrogação das concessões do setor elétrico vincendas e não precedidas por licitação, mas identificar as possíveis ações de controle externo necessárias em preparação ao vindouro vencimento das concessões.

O trabalho foi desenvolvido a partir de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, englobando, entre outros: literatura, legislação, documentos públicos e decisões do Tribunal afetas ao tema.

O texto está estruturado em seis partes, sendo que a primeira apresenta uma breve introdução. A segunda parte descreve, sucintamente, a partir de uma visão geral do setor elétrico brasileiro, a representatividade das concessões vincendas. A terceira trata de concessões de serviço público, com destaque para as concessões do setor elétrico. A quarta discorre sobre a necessidade de licitações prévias e a impossibilidade de prorrogações sucessivas de contratos de concessões. A quinta aborda aspectos acerca do controle externo da regulação das concessões. A sexta, e última, sintetiza as considerações finais decorrentes do trabalho.

## **2. REPRESENTATIVIDADE DOS CONTRATOS VINCENDOS EM 2015**

A matriz elétrica brasileira tem um potencial instalado, de acordo com o Plano Decenal de Energia 2019 (EPE, 2009), que supera os 112 GW, cuja participação da fonte hídrica concentra mais de 70%.

No que tange à transmissão de energia, o país está atendido por um grande Sistema Interligado Nacional (SIN), responsável por 97% do consumo nacional e abrange 55% do território brasileiro, e por sistemas isolados, principalmente na Região Amazônica.

A distribuição de energia elétrica, a conexão e o atendimento direto à maior parte dos consumidores são providos por 64 distribuidoras.

Os contratos de concessões do setor elétrico vincendos a partir de 2015, cujos contratos não admitem prorrogação, têm importância estratégica para o Brasil. Os ativos imobilizados dessas concessões ainda não amortizados atingem vários bilhões de reais e envolve cerca de 20% da geração de energia elétrica, mais de 70% da rede básica de

transmissão e 37 distribuidoras de energia elétrica. A decisão acerca da renovação ou não dessas concessões deve necessariamente observar algumas condições de contorno, como manutenção da modicidade tarifária; continuidade, atualidade, universalização da prestação dos serviços públicos, entre outros.

Na geração e na transmissão, as estatais (federais, estaduais e municipais) ou as empresas controladas por estatais são titulares da maior parte dos contratos vincendos: na geração, representam, em termos de potência instalada, cerca de 99% e na transmissão, em relação às extensões das linhas, aproximadamente 80% das concessões vincendas. Já na distribuição, a iniciativa privada tem participação mais expressiva: são titulares de 20 das 37 concessões vincendas.

### **3. CONCESSÕES DO SETOR ELÉTRICO**

Quanto às funções e às competências institucionais relativas às concessões do setor elétrico, o poder concedente é atribuição do Ministério de Minas e Energia (MME) que, além de outras atribuições, gere o plano de outorgas; já a regulação e a fiscalização da prestação dos serviços cabem à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

A Constituição Federal de 1988, art. 175 exige, nos casos de concessão, prévia licitação, bem como vincula à lei a necessidade de dispor sobre o regime das empresas concessionárias, o caráter especial do contrato e da sua prorrogação, a política tarifária, as hipóteses de extinção do contrato, entre outros. A Lei 8.987, de 13/2/1995, regulamenta o art. 175 e configura-se como a lei geral relativa ao tema concessões de serviços públicos.

Já a Lei 9.074/1995 buscou preencher alguns vácuos da Lei 8.987/1995, particularmente em relação ao estabelecimento de normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. Apesar de tratar de outras concessões e permissões de serviços públicos, essa lei detém-se fortemente sobre o setor elétrico, prevê, particularmente, condições para prorrogação de contratos de concessões e cria a figura do produtor independente de energia elétrica.

Atualmente existem três regimes em que se classificam os produtores de energia: o primeiro, o regime de serviço público (atendimento dos consumidores em geral); o segundo, o regime de autoprodução (produção de energia para uso próprio exclusivo); e o terceiro, o regime de produção independente de energia elétrica (produção destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco). Este último regime foi instituído pela

Lei 9.074/1995 e os demais, pelo Código de Águas de 1934. De acordo com a Lei 9.074/1995, art. 5º, são objeto de concessão

I - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW e a implantação de usinas termelétricas de potência superior a 5.000 kW, destinados a execução de serviço público;

II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW, destinados à produção independente de energia elétrica;

III - de uso de bem público, o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 10.000 kW, destinados ao uso exclusivo de autoprodutor, resguardado direito adquirido relativo às concessões existentes.

Já as instalações para uso exclusivo de autoprodutor, previsto na Lei 9.074/1995, art. 7º, relativas a termelétricas com potência superior a 5 MW e a aproveitamentos de potencial hidráulico com potência entre 1 e 10 MW são objeto de autorização. O aproveitamento de potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 1 MW, e a implantação de usinas termelétricas de potência igual ou inferior a 5 MW, conforme art. 8º, “estão dispensadas de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente”.

De acordo com a Lei 9.074/1995, art. 19, as concessões outorgadas previamente à Lei 8.987/1995, são passíveis de prorrogação por até 20 anos.

As concessões e autorizações de geração de energia elétrica iniciadas até a edição da Lei 8.987/1995, porém com obras atrasadas, conforme art. 20, podem ser prorrogadas pelo prazo necessário à amortização do investimento, limitado a 35 anos.

As concessões de geração outorgadas antes da edição da MP 144, de 11/4/2003, que depois de convertida deu origem à Lei 10.848/2004 (trouxe novas perspectivas para a comercialização de energia elétrica), são passíveis de prorrogação, conforme Lei 9.074/1995, art. 4º, parágrafo 2º, limitada a 20 anos.

As concessões de geração outorgadas posteriormente à edição da MP 144/2003 não são passíveis de prorrogação. A Lei 9.074/1995, art. 4º, parágrafo 9º, prevê nesses casos prazo contratual máximo de até 35 anos. No advento do termo contratual, conforme Lei 8.987/1995, art. 36, far-se-á a reversão dos bens vinculados a essas concessões, com a indenização das parcelas dos investimentos, ainda não amortizados ou depreciados, vinculados a esses bens, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

As concessões de distribuição e de transmissão contratadas a partir da Lei 9.074/1995 (art. 4º, parágrafo 3º) podem ser prorrogadas por prazo igual ao da concessão originária, limitado a 30 anos.

De forma sistemática, o Quadro 1 sintetiza as regras vigentes para as concessões do setor elétrico relativas às possibilidades de prorrogação dos contratos, dispostas, particularmente, na Lei 9.074/1995, artigos 4º, 17, 19, 20 e 22.

O conjunto de concessões, não precedidos por prévio processo licitatório, cujos contratos foram renovados por 20 anos, com base nos artigos 17, 19, 20 e 22 e que vencem a partir de 2015 é o grupo foco da discussão deste trabalho.

Quadro 1 – Síntese das possibilidades de prorrogação de concessões do setor elétrico referidas na Lei 9.074/1995

Concessão	Marco legal	Marco temporal	Características	Prazo dos contratos e possibilidade de prorrogação
Geração	<b>Lei 9.074/1995, art. 19</b>	<b>Outorgadas antes da Lei 8.987/1995</b>	<b>Serviço público de geração</b>	<b>Prorrogável por até 20 anos</b>
	Lei 9.074/1995, art. 20		Serviço público de geração – obras iniciadas, porém com problemas na execução	Prorrogável por até 35 anos (prazo necessário para amortização)
	Lei 9.074/1995, art. 4º, § 2º	Outorgadas antes da MP 144/2003 (11/12/2003)	Autoprodução	Prazo de até 35 anos (prazo necessário para amortização), prorrogável por até 20 anos
		Outorgadas depois da Lei 9.074/1995 e antes da MP 144/2003 (11/12/2003)	Produção Independente	
Lei 9.074/1995, art. 4º, § 9º	Outorgadas depois da MP 144/2003 (11/12/2003)	Autoprodução e Produção Independente	Prazo de até 35 anos (prazo necessário para amortização), não há previsão de prorrogação	
Distribuição	<b>Lei 9.074/1995, art. 22, § 2º</b>	<b>Outorgadas antes da Lei 9.074/1995</b>	<b>Serviço público</b>	<b>Prorrogável por até 20 anos</b>
Transmissão (rede básica do Sistema Interligado Nacional)	<b>Lei 9.074/1995, art. 17, 19 e 22, § 2º</b>	<b>Outorgadas antes da Lei 9.074/1995</b>	<b>Serviço público</b>	<b>Prorrogável por até 20 anos</b>
	Lei 9.074/1995, art. 4º, § 3º	Outorgadas depois da Lei 9.074/1995	Serviço público	Prazo de até 30 anos (prazo necessário para amortização), prorrogável por igual período

#### 4. LICITAÇÃO X PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS DAS CONCESSÕES DO SETOR ELÉTRICO

A Lei 8.987/1995 apresenta as seguintes definições de serviço público:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

[...]

Em consonância com a CF, art. 175, a Lei 8.987/1995, art. 14, prevê que a concessão de serviço público deve ser necessariamente precedida de licitação, cujo edital deve conter o prazo da concessão.

Em síntese, é inconstitucional a outorga de concessão de serviço público sem a prévia licitação, ou que essa se dê em parâmetros distintos dos enumerados anteriormente, como desvinculação a instrumento convocatório ou que este não contenha os pré-requisitos básicos. Apesar disso, os contratos de concessão do setor elétrico assinados em 1995 ou com referência a esse ano, ainda que não precedidos de licitação, tiveram o condão de funcionar como uma transição entre o regime vigorante pré CF 1988 e os preceitos da Carta Magna vigente. Até então a assinatura de contratos com prazo de validade estipulado sequer era uma prática corrente. Esse permissivo, no entanto, não autoriza a perpetuidade de concessões não precedidas por licitações.

A Lei 9.427, de 26/12/1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica e trouxe novo disciplinamento às concessões de serviço público de energia elétrica, pretendeu, em seu art. 27, estabelecer a possibilidade de prorrogações sucessivas de quaisquer contratos de concessão de energia elétrica e de uso de bem público celebrados em sua vigência, bem como dos resultantes da aplicação da Lei 9.074/1995, art. 4º e 19. Tal artigo, no entanto, foi revogado pela Lei 10.848/2004.

No âmbito do TCU, ao analisar denúncia acerca de supostas irregularidades no contrato de concessão da Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista (CTEEP) que culminou com o Acórdão 1.913/2008-Plenário, de 3/9/2008, o Ministro Raimundo Carreiro, relator do processo, registrou em seu voto, acolhido pelo Plenário, a manifestação do Ministério Público junto ao TCU de que a cláusula que tratava da admissão de uma segunda prorrogação da concessão “amparada à época da assinatura do contrato pelo art. 27 da Lei 9.427/1996, perdeu a validade e a possibilidade de concretizar-se em virtude da expressa

revogação desse dispositivo pelo art. 32 da Lei 10.848/2004”, portanto, nas concessões em vigor já não se admite segunda prorrogação dos contratos de concessão.

Ademais, como bem destaca Alencar (2010, p. 220), a prorrogação é uma prerrogativa da administração pública. A lei não pode querer impor a sua obrigatoriedade. De forma semelhante, a lei também não deveria vedar a possibilidade de prorrogação pelo administrador, afinal “reputam-se ilegais cláusulas que permitam prorrogação sem que haja um juízo de valor do administrador e, também, a supressão dessa possibilidade por lei”.

Aragão (2007, p. 579) também argumenta que a prorrogação diretamente por lei é inconstitucional, sendo prerrogativa da administração decidir por tal opção, porém sempre atendendo a requisitos objetivos prefixados ou como instrumento de recomposição da equação econômico-financeira. Ademais, “a perenização ou perpetuidade da concessão equivaleria a uma transferência não da prestação, mas do próprio serviço público objeto da concessão” (Rocha, 1996, p. 58-59 apud Aragão, 2007, p. 579).

Além disso, apesar do espaço existente para atuação da regulação, que cria regras visando à captura de ineficiências, a perenização das concessões muito provavelmente afastaria a eficiência na prestação do serviço. Isso porque em qualquer situação as concessionárias têm mais informações que o regulador (o que constitui o problema regulatório clássico da assimetria de informações). No caso, porém, de periódicos processos licitatórios, há a oportunidade de aprendizado pelo regulador, reduzindo assim tal assimetria, e de incorporação de outros patamares de eficiência que dificilmente seriam atingidos caso o concessionário tenha certeza de que seu contrato será sucessivamente prorrogado.

De qualquer forma, essas concessões somente poderão ter prazo de concessão alterado caso haja modificações no contexto legal e constitucional vigente.

## **5. O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DAS CONCESSÕES**

Antes da Reforma do Estado, ocorrida nos anos 90, o Estado era o provedor de serviços públicos.

Nessa década, em busca de maior eficiência em alguns setores da economia, o Poder Público se propôs a se afastar de atividades no domínio econômico. Essa escolha foi externalizada no Plano Nacional de Desestatização que, entre outros, buscou na iniciativa privada interessados na prestação de serviços e uso de bens públicos, por meio de delegação (nas modalidades de concessão, autorização e permissão). Nesse contexto, tornou-se imprescindível a implantação de estruturas regulatórias para disciplinar a prestação desses

serviços. Não que antes não fosse necessário, mas a partir de então seria insustentável ter algumas garantias como universalização, qualidade adequada, entre outros, sem regulamentos precisos e fiscalização das atividades. Além disso, a existência de agências reguladoras sólidas e calcadas em pareceres técnicos propicia, aos investidores, garantias da independência política das normas a serem emanadas por estas instituições e de respeito a contratos. Assim, paulatinamente a partir de 1996, foram criadas diversas agências reguladoras responsáveis pela implementação de políticas públicas, dotadas de poder de polícia, impondo limitações administrativas, fiscalizando e reprimindo condutas, e atuando na regulação técnica e econômica de atividades que interferem na vida de milhões de brasileiros, em especial nos usuários dos serviços.

As agências reguladoras foram instituídas sob o formato de autarquias especiais e, portanto, integram a administração pública.

A Constituição reza que a titularidade do controle externo é do Congresso Nacional, que o faz com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

O controle externo da regulação das concessões se insere no controle da administração pública. A prestação de contas da administração pública é um princípio preservado pela Carta Magna de 1988, em seu art. 70. Em decorrência, os administradores públicos submetem-se tanto à fiscalização pelo sistema de controle externo, quanto pelo controle interno de cada Poder.

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 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, assumira obrigações de natureza pecuniária.

Conforme Di Pietro (2009, p. 725), o controle da administração pública é “poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico”, como os princípios da legalidade, moralidade, finalidade pública, motivação, impessoalidade, publicidade e eficiência, bem como os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público.

O Tribunal vem ao longo dos anos contribuindo para a diminuição dos riscos associados ao modelo regulatório, corrigindo desvios de conduta e recomendando a adoção de

melhorias, por meio do acompanhamento das concessões e de fiscalização sobre pontos específicos.

Em relação ao controle da regulação, particularmente, ressaltam Zymler e Almeida (2008, p. 21) que o reconhecimento da competência do Tribunal para controlar as agências reguladoras é unânime, porém, em determinada medida, prosperam discordâncias quanto aos limites desse controle. Há doutrinadores que defendem que o controle deve se restringir às atividades meio a exemplo de Justen Filho (2002, p. 588-589) e Barroso (2002, p. 128-130). Enquanto outros, como Bugarin (2004, p. 13), entendem que ao TCU cabe o controle em todas as atividades exercidas pelas agências reguladoras, o que inclui a avaliação e o acompanhamento dos atos praticados em relação às concessões de serviço público.

Os esclarecimentos de como o Tribunal atua em questões regulatórias foram explicitados em diversas ocasiões pelo Ministro Benjamin Zymler, como no Voto em suporte ao Acórdão 2.138/2007-Plenário, de 10/10/2007, reafirmado no Voto relativo ao Acórdão 2.210/2008-Plenário, de 9/10/2008, em que expõe

verificada qualquer violação de disposição legal expressa, em ato vinculado, poderá o Tribunal determinar ao agente regulador que adote medidas tendentes ao saneamento do ato tido por irregular. Já no caso de ato discricionário, praticado de forma motivada e em prol do interesse público, cabe a esta Corte, tão-somente, recomendar a adoção das providências que reputar adequadas.

A regulação do mercado é mérito do regulador. O controle externo exercido pelo TCU é, sobretudo, das ações do regulador, avaliando se a aplicação da regulação é compatível com sua própria decisão e com preceitos legais e infralegais vigentes. O Tribunal não avalia as opções de regulação, tampouco regula o mercado já que não compete a este órgão fazer a escolha pública. Esta é função exclusiva do gestor. Ao controlador, cabe acompanhar os resultados alcançados pela política pública tanto do ponto de vista finalístico (como a avaliação dos resultados de programas e ações governamentais), como do ponto de vista do meio utilizado (a exemplo dos processos de licitação).

Nesta linha, o Tribunal acompanha desde o processo de outorga de concessões do setor elétrico, até a execução contratual regida sob os preceitos da regulação setorial. Nesse sentido, as ações necessárias em preparação ao vindouro vencimento das concessões e a serem adotadas quando do vencimento certamente se encaixam em uma ou outra situação: acompanhamento contratual ou novas outorgas.

De forma geral, no que se refere ao *momentum* de realização de fiscalizações, o controle externo exercido pelo Tribunal pode ser *a priori*, concomitante ou *a posteriori*, sendo este último o menos efetivo se realizado em prazos muito distantes da ação realizada

(normalmente, a concessão já foi outorgada, o contrato já foi assinado, o dano já foi incorporado ao patrimônio público, a concorrência já foi afastada, a ação já não pode ser mais transparente, entre outros).

De outra sorte, o controle *a priori* é de aplicação extremamente restrita na medida que as ações do Tribunal se concretizam após ter sido tomada a decisão pelo gestor.

No caso em tela do vencimento das concessões, o controle externo encontra espaço para atuação em todos os momentos.

Independente da ação a ser adotada, tanto a regulação quanto o controle externo são imprescindíveis. Este porque é titular da competência de fiscalizar as ações dos administradores públicos, o que inclui a gestão dos serviços públicos, e aquele porque deve estabelecer critérios objetivos e procedimentos necessários para a reversão das concessões (o que implica a prestação direta do serviço ou nova outorga, devidamente precedida de processo licitatório) ou para a eventual prorrogação.

Além disso, o regulador deve cuidar para que seja observado o princípio da modicidade tarifária. O controle externo tem o papel de certificar-se dessa observância. Afinal, em uma eventual prorrogação, como ressaltado por Sant'Anna (2010)

no mínimo, devem-se analisar os efeitos econômico-financeiros da prorrogação, uma vez que na hipótese de já ter havido amortização integral dos investimentos do concessionário, no curso do prazo de concessão original, configura-se uma ampliação indevida da margem de lucro do particular que se apropria de uma renda pública.

## **5.1. Instrumentos de Fiscalização do TCU**

O Regimento Interno do TCU, art. 238 a 243, prevê os seguintes instrumentos de fiscalização: levantamento, auditoria, inspeções, acompanhamentos e monitoramentos, cujas descrições estão sintetizadas no Quadro 2. Esses instrumentos são totalmente aplicáveis ao controle da regulação das concessões.

As auditorias do TCU podem ser de conformidade ou operacional.

As auditorias de conformidade têm como objetivo “examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial” (TCU, 2009).

Nos padrões da tradicional auditoria de conformidade, o foco principal é a correta alocação de recursos às rubricas orçamentárias (esse não é o caso das concessões do setor elétrico), o uso econômico dos insumos e a conformidade das ações com procedimentos pré-estabelecidos.

Desde a Constituição de 1988, art. 70, o TCU pode realizar auditorias de natureza operacional, fato que tem colaborado com o fortalecimento e a consolidação do modelo regulatório, vez que diversas fiscalizações são realizadas com o objetivo de avaliar a eficiência e a eficácia de políticas públicas e dispositivos regulatórios associados.

Quadro 2 – Instrumentos de fiscalização aplicáveis ao controle externo, previstos no Regimento Interno do TCU, art. 238 a 243

Instrumento	Utilizado pelo Tribunal para
Levantamento	I – Conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, incluindo fundos e demais instituições que lhe sejam jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais no que se refere aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais; II – Identificar objetos e instrumentos de fiscalização; e III – Avaliar a viabilidade da realização de fiscalizações.
Auditoria	I – Examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; II – Avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados; III – Subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro.
Inspecção	Suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos praticados por qualquer responsável sujeito à sua jurisdição.
Acompanhamento	I – Examinar, ao longo de um período determinado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; e II – Avaliar, ao longo de um período determinado, o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados.
Monitoramento	Verificar o cumprimento de suas deliberações e os resultados delas advindos.

A auditoria operacional ou de desempenho consiste no “exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública” (TCU, 2010).

Os dois formatos de auditoria se distinguem na medida que a auditoria de desempenho preocupa-se muito mais com a eficácia e a efetividade que com a economicidade e regularidade. A utilização das auditorias de desempenho, conforme destacado por Pollit *et al.* (1999) é reflexo direto das mudanças estruturais de modernização e reforma do Estado, por meio da crescente ênfase na gerência por resultados em muitos setores públicos. Nesse cenário, prosperam dados e indicadores de desempenho que oferecem ricas oportunidades de fiscalização e exigem habilidades diversificadas do controle externo, como as de visão

sistêmica, as de negociação, entre outras. O objetivo, sobretudo, é saber se a política-programa funciona e se isso ocorre de forma eficiente.

Os diversos instrumentos de fiscalização do Tribunal contribuem para a consolidação da atividade do regulador, na medida que a transparência resultante das fiscalizações do TCU corrobora com a previsibilidade do processo decisório em matérias regulatórias e com a estabilidade das regras para os negócios.

Os processos iniciais de outorga de concessões e a execução contratual são fiscalizados pelo TCU, por meio do controle de legalidade e de economicidade desses processos. A fiscalização é regida pela Instrução Normativa (IN) 27, de 2/12/1998.

No caso das concessões iniciais, a IN 27, art. 7º, prevê que a fiscalização deve ser prévia ou concomitante, em quatro estágios, mediante análise de documentação remetida pelo poder concedente ou licitante. No primeiro estágio, são analisados, entre outros, o relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento e os estudos de impactos ambientais. No segundo estágio, são analisados a documentação relativa à pré-qualificação e seus recursos, o edital de licitação e a minuta de contrato. No terceiro estágio, são analisados atas e relatórios das fases de habilitação e de julgamento e seus recursos. No quarto estágio, são analisados o ato de outorga e o contrato de concessão ou de permissão.

A execução contratual também é tema recorrente de auditorias (de conformidade ou de desempenho), de levantamentos e de inspeções, conforme previsto na IN 27, art. 11 e art. 13.

Ainda que a IN 27/1998 não preveja a utilização do instrumento de monitoramento, este se constitui em um importante instrumento utilizado no controle da regulação de serviços públicos concedidos, vez que esse instrumento permite analisar sistematicamente se as decisões decorrentes da manifestação da Corte de Contas são cumpridas.

No que se refere à prorrogação de concessões, permissões e autorizações de serviços públicos, a IN 27/1998, art. 12, inciso VIII e art. 17, prevê a necessidade de o órgão, a entidade federal concedente ou a respectiva agência reguladora informar este fato ao Tribunal de Contas da União em um prazo de cinco dias, “contados a partir da caracterização formal” do fato e, verificando-se “indícios ou evidências de irregularidades, os autos serão submetidos de imediato à consideração do Relator da matéria, com proposta de adoção das medidas cabíveis”.

A sistemática prevista na IN atendia plenamente à expectativa das fiscalizações no contexto em que essa Instrução foi delineada, nos idos de 1998, em que a atuação do TCU era pautada nos emergentes processos de privatizações, decorrentes da reforma do Estado, e de novas outorgas precedidas por processo licitatório, em atendimento à CF, art. 175. No contexto atual, no entanto, em que se avizinham o vencimento de quantidade considerável de concessões do setor elétrico cujos contratos foram prorrogados sob a égide da Lei 9.074/1995 e que, do ponto de vista político, podem ser prorrogadas, em se concretizando essa ação, o TCU tem que estar apto a proceder ao controle externo de forma efetiva e, preferencialmente, de forma padronizada, de modo tanto a ser transparente em seu processo de fiscalização quanto ter ganhos de escala nessas ações.

## **5.2. O Controle Externo na Fase Terminal da Execução Contratual**

No que se refere ao vencimento das concessões em tela, a Corte de Contas, por meio do Acórdão 1.196-Plenário, de 26/5/2010, subitem 9.1.1.3, determinou ao Ministério de Minas e Energia, que informe ao TCU, no prazo de noventa dias,

as ações que estão sendo adotadas, e respectivo cronograma até conclusão, em preparação para o vindouro vencimento (a partir de 2015) das concessões de geração, distribuição e transmissão, particularmente quanto ao desenvolvimento de estudos pertinentes sob o enfoque jurídico, econômico-financeiro, risco de descontinuidade, necessidade de repotenciação de usinas hidrelétricas, entre outros.

Ainda em 2010, o Ministério se restringiu a informar que foi criado, em 2008, um grupo de trabalho, composto por representantes dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, de Minas e Energia, da Fazenda, do Desenvolvimento e da Indústria e Comércio Exterior, bem como da Casa Civil, da Aneel e da Empresa de Pesquisa Energética, com o objetivo de “elaborar estudos, propor condições e sugerir critérios destinados a subsidiar definições competentes acerca da situação futura dessas instalações amortizadas ou depreciadas”. Teoricamente, os trabalhos resultantes desse grupo deveriam ser submetidos ao Conselho Nacional de Política Energética, porém, até julho de 2011 ainda não haviam sido apresentados.

Nos moldes das licitações mais recentes, a tarifa de energia elétrica pressupõe a remuneração integral dos investimentos realizados. Parte das concessões prorrogadas sob a égide da Lei 9.074/1995, no entanto, possuem ativos reversíveis que não foram amortizados ou cuja depreciação contábil de investimentos em ativos realizados inicialmente ou ao longo da concessão (visando garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido) ainda não

ocorreu integralmente e, portanto, sujeitam-se ao processo de reversão ao Poder Público, com prévia indenização.

O regulador, independente da decisão a ser tomada pelo poder concedente quanto à manutenção da titularidade das outorgas de concessões vincendas em 2015, precisa conhecer, em qualquer momento da atividade regulatória, o montante de bens reversíveis e os ativos imobilizados em serviço não depreciados, os prazos necessários à amortização integral, além de estimular a realização de investimentos prudentes.

Ao Tribunal, no contexto do controle externo da fase de execução contratual, cabe avaliar “a ação exercida pelo órgão, pela entidade federal concedente ou pela respectiva agência reguladora” (IN 27/1998, art. 11) de sorte a certificar-se da observação da compatibilidade da ação com a decisão tomada, bem como desta com os preceitos constitucionais e infraconstitucionais.

O controle externo é constante e se aplica em todo o processo que se relaciona direta ou indiretamente à administração pública, não sendo diferente no caso das concessões, que apesar de não estarem diretamente associadas a recursos do orçamento público federal, são remuneradas por tarifas públicas, administram serviço público e/ou utilizam bens públicos.

Ao se aproximar o vencimento do prazo de expressiva quantidade de concessões, porém, o controle externo se sobressai como avalista da legalidade. Lado a lado com a legalidade, porém, se destaca outro viés de ação do Tribunal de Contas menos tradicional: o da eficiência.

Assim, o controle não somente deve acompanhar as ações a serem adotadas quando do vencimento das concessões, mas também deve se certificar de que as medidas mínimas em preparação para esse fato estão sendo adotadas.

Entre os diversos instrumentos de fiscalização do Tribunal, o levantamento é estratégico para conhecer as ações em andamento. Já as auditorias aplicam-se na avaliação da coerência das condições mínimas de contorno que envolvem o cenário de vencimento das concessões. O acompanhamento e o monitoramento, por sua vez, são os instrumentos adequados para observar o andamento das ações decorrentes da decisão tomada, quer seja de licitação ou, eventualmente, de prorrogação das concessões vincendas.

Assim, as ações em andamento em preparação ao vindouro vencimento das concessões constituem-se em um objeto de levantamento (trabalho em andamento no Tribunal).

De acordo com matriz de planejamento constante do TC 028.862/2010-4, este trabalho, sinteticamente, se propõe a identificar: se há estudos e planos de ação relativos às providências a serem adotadas quando do vencimento dessas concessões; as providências em andamento adotadas pelos órgãos e entidades, nos limites de suas competências, particularmente, quanto à realização de auditoria de ativos, identificação e contabilização de bens não amortizados, regras para definição de indenizações, regras para manutenção da modicidade tarifária diante dos prazos dos contratos a serem celebrados, entre outros; oportunidades e riscos envolvidos nas ações a serem adotadas por ocasião do vencimento das concessões, como judicialização, atratividade da expansão da geração e da transmissão de energia elétrica, sustentabilidade econômico-financeira do sistema, impactos sobre a modicidade tarifária, revisão das áreas de concessão da distribuição, entre outros.

Já temas como ativos passíveis de reversão, encargos associados e atualidade dos ativos em serviço nas concessões são profícuos para serem objetos de auditoria.

No caso dos ativos passíveis de reversão, aplicar-se-ia uma auditoria de conformidade objetivando identificar se a fiscalização desses ativos exercida pelo regulador garante que os investimentos necessários a sua operação e manutenção são realizados adequadamente e se esses ativos são efetivamente destinados às atividades da concessão.

Quanto aos encargos, destaca-se a Reserva Global de Reversão (RGR). A RGR foi instituída pela Lei 5.655<sup>i</sup>, de 20/5/1971, modificada pela Lei 8.631, de 4/3/1993, art. 4º, com o objetivo de “prover recursos para reversão, encampação, expansão e melhoria dos serviços públicos de energia elétrica”. Esse encargo estava previsto para se encerrar em dezembro de 2010, porém foi prorrogado até 2035, por meio da Medida Provisória (MP) 517, que foi transformada na Lei 12.431, de 24/6/2011.

A RGR pode ser objeto de uma auditoria operacional, com alguns aspectos de conformidade, em que se dedicaria a constatar como os recursos associados a esse encargo têm sido utilizados e a eficiência associada à manutenção de tal fundo frente aos seus objetivos e outros mecanismos de financiamento atualmente existentes.

Quanto à atualidade dos ativos em serviço nas concessões, há campo para a abordagem, em auditoria operacional, também com algum nível de enfoque de conformidade, englobando aspectos relacionados a investimentos prudentes realizados para melhoria da qualidade da prestação do serviço e redução de ineficiências.

Os trabalhos descritos anteriormente podem ser realizados desde já, de forma que os resultados decorrentes teriam o condão de colaborar com a gestão pública em busca de

eficiência quanto às concessões do setor elétrico, independentemente da decisão a ser tomada pelo poder concedente em relação à sorte dos contratos vencedores.

Quando da tomada de decisão, no entanto, o Tribunal deve monitorar e acompanhar as ações necessárias à concretização da escolha pública, que deve observar os princípios que se reputam indispensáveis à adequada compreensão e localização do instituto da concessão de serviço público, sintetizados por Santos (2003, p. 73-100), entre os quais o da eficiência, o da indisponibilidade do interesse público, o da continuidade do serviço público, além é claro, da modicidade tarifária, atualidade, universalização da prestação dos serviços públicos, qualidade na prestação do serviço, justa remuneração aos investidores (de modo a incentivá-los a expandir o serviço), entre outros.

Caso ocorram licitações para novas outorgas, a IN 27, art. 7º, delimita completamente o passo-a-passo a ser observado no acompanhamento pelo TCU que compreende desde a análise do estudo de viabilidade técnica e econômica, do edital, da minuta de contrato, dos relatórios das diversas fases de licitação, até o contrato efetivamente assinado (em anexo, listam-se os requisitos a serem observados, perante o Tribunal, no acompanhamento de novas outorgas).

Caso a decisão seja no sentido de prorrogação de concessões, além, é claro, de se resguardar legalmente, é necessário que o poder concedente cuide de informar ao Tribunal as justificativas para a adoção dessa medida. De forma a evitar que o poder concedente não se esqueça de fazê-lo, cabe uma determinação do Plenário.

Da mesma forma que no processo de outorga inicial, havendo ajuste do prazo contratual em uma eventual prorrogação, o valor da tarifa, bem como, caso se aplique, o valor de outorga devem ser definidos para o período de repactuação em que fiquem demonstradas as condições do ajuste firmado, embasados, particularmente, a partir de estudos econômico-financeiros em que seja mantido o equilíbrio considerando que já não são necessários investimentos vultosos como no início do prazo da concessão.

Assim, os estudos que embasam a repactuação de prazos de uma concessão devem atender a requisitos muito similares aos da fase de outorga inicial, ou seja, basear-se em estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira incluindo, por exemplo, a prospecção do fluxo de caixa do novo prazo contratual, a previsão e o detalhamento de investimentos a serem realizados, a definição de taxas de remuneração e de custo do capital associadas aos investimentos, a previsão de outras receitas, os parâmetros de qualidade a serem observados,

além é claro, nos casos em que se apliquem, de parâmetro para aferição do equilíbrio econômico-financeiro e sistemática para revisão de tarifas.

Enfatiza-se que em uma concessão já madura, na verdade, há a necessidade de discriminação de eventuais investimentos na expansão do objeto concedido, já que, em princípio, os ativos já devem estar amortizados (ou quase totalmente).

Quanto às questões ambientais, dados os níveis de condicionantes relativos às etapas do licenciamento, considerando a necessidade de periódicas renovações da licença de operação, também se faz necessária a discriminação dos custos para adequação do projeto às medidas de controle ambiental e condicionantes afetas a esta etapa.

Considerando, porém, que a maior parte dos ativos dessas concessões encontra-se amortizados, a simples alteração do patamar tarifário pode causar distorções no mercado. Isto porque como não há necessidade de vultosos investimentos iniciais, as tarifas resultantes certamente descolarão das tarifas observadas em novas outorgas, o que pode dar a entender ao mercado consumidor a existência de energia muito barata ao passo que os incrementos marginais teriam, comparativamente, tarifas extremamente elevada.

Assim, devem ser criados mecanismos para captura dos ganhos advindos dessas concessões cujos ativos estão amortizados para a modicidade tarifária. Esses mecanismos também necessitam ser analisados tempestivamente pelo Tribunal.

A partir de um paralelo com a IN 27/1998 no que se refere ao acompanhamento pelo TCU de novas outorgas, o Quadro 3 ilustra uma proposta de quesitos a serem analisados no acompanhamento de eventual prorrogação das concessões vincendas a partir de 2015.

De forma a possibilitar transparência também do órgão de controle aos controlados quanto ao encadeamento e à padronização das ações a serem adotadas na sua fiscalização, bem como discriminar, previamente, os estudos e documentos mínimos que deverão ser providenciados, e respectivos prazos a serem observados, pelo poder concedente, pelo regulador e seus delegados, o *modus operandi* da fiscalização de eventuais processos de prorrogação de concessão também deve estar externalizado em uma decisão do Pleno, quer seja em um acórdão, quer seja em uma instrução normativa (alterando, por exemplo, a IN 27/1998).

Se, por um lado, está demonstrada a necessidade de acompanhamento sistemático, por parte do controle externo, em ocorrendo os ajustes contratuais de prazo nas concessões em tela, por outro, o estabelecimento dessa obrigação em normativo, como em instrução normativa, nos moldes do acompanhamento das outorgas iniciais, pode sobrecarregar as

atividades de controle externo caso prorrogações bastante convencionais não possam ser tratadas de forma expedita (não necessariamente seguiriam todo o rito), a depender da conveniência e oportunidade da realização de fiscalização concomitante.

Quadro 3 – Proposta de requisitos a serem avaliados pelo Tribunal no acompanhamento de eventual prorrogação das concessões vincendas a partir de 2015

Fases	Documentos/estudos/instrumento	Aplicabilidade para o controle
Justificativas e embasamento técnico	Relatório sintético do estudo de viabilidade técnica e econômica do empreendimento com objeto, área e prazo de concessão, orçamento das obras a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados.	Certificar-se de que os parâmetros que circundam eventual prorrogação de uma concessão consideraram: a análise de áreas de concessão sustentáveis; a adequação do prazo de concessão aos objetivos eventualmente almejados com uma possível prorrogação, sem que se configure a perpetuidade da concessão; garantia de realização de investimentos, bem como remuneração adequada, necessários à atualidade da prestação dos serviços; reversão de parte de outras receitas para a modicidade tarifária.
	Relatório sintético sobre a etapa de licença ambiental de operação e os custos associados.	Compatibilidade de custos atribuíveis a medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.
	Mecanismo para captura de ganhos com concessões amortizadas para a modicidade tarifária.	Identificação da existência do mecanismo e avaliação de sua compatibilidade frente ao marco legal.
Termo aditivo ao contrato (ou novo contrato)	Mínuta do termo aditivo ao contrato de concessão (ou novo contrato)	Certificar-se que as justificativas e a metodologia associada à garantia da modicidade tarifária se concretizam em um termo aditivo (ou novo contrato) compatível.

De forma a evitar tal sobrecarga, o normativo a ser expedido pelo Tribunal poderia prever a necessidade de ratificação ao poder concedente da realização do acompanhamento concomitante de processos de prorrogação de contratos de concessão após o preliminar envio, por este, do plano previsto de prorrogação de outorgas cuja extinção da delegação ocorrerá em um futuro próximo, incluindo cronograma com as etapas necessárias para garantir a continuidade e a atualidade do bem ou serviço delegado.

O detalhamento em instrução normativa tem maior flexibilidade de redação quanto ao detalhamento dos itens a serem observados em um processo de acompanhamento. Apesar de um acórdão também poder trazer o detalhamento necessário, o seu formato convencional é mais limitado (por exemplo, é mais rígido em descrever definições de termos utilizados e na utilização de remissões entre diferentes itens, típico da redação normativa). De outra sorte, decisões em mais de um processo podem se somar de forma a contribuir para um controle mais efetivo, porém sempre com o risco de, ao ficarem fragmentadas em diferentes deliberações, confundir o gestor.

### **5.3. Riscos e oportunidades do processo de concessão e de seu controle**

Repisa-se que os contratos de concessões do setor elétrico vincendos a partir de 2015, cujos contratos não admitem prorrogação, têm importância estratégica para o Brasil. A decisão sobre eventual prorrogação desses contratos deve necessariamente observar algumas condições de contorno previstas no marco legal, como modicidade tarifária, continuidade, atualidade, universalização da prestação dos serviços públicos, qualidade na prestação do serviço, justa remuneração aos investidores (de modo a incentivá-los a expandir o serviço), entre outros. Além disso, é necessário observar o pressuposto de respeito aos contratos existentes, redução dos custos de transação durante o período de implantação e redução de pressões tarifárias adicionais para o consumidor.

No caso de reversão das concessões, esta deve ser precedida por prévia indenização dos ativos eventualmente não amortizados e não depreciados. Há diversas possibilidades de critérios de indenização a serem adotados, como custo histórico corrigido, valor novo de reposição, custo histórico sem correção. Conforme o critério adotado, certamente os resultados serão distintos em relação à situação econômico-financeira da concessão.

No caso de nova prorrogação, os ativos também precisam ser precificados para definição de estratégia de incorporação de ganhos para a modicidade tarifária.

De toda sorte, no processo de definição do modelo a ser adotado por ocasião do vencimento das concessões sobressaem-se diversos riscos, entre os quais: insegurança jurídica; ausência de critérios claros e adequados para balizar decisão dos diversos atores, incluindo o próprio poder concedente; equívocos na validação de dados e informações; estimativa de patamar incorreto do modelo econômico-financeiro.

Na prática, caso não se avalie adequadamente a opção a ser adotada e não se busque minimizar os riscos associados, podem ocorrer: inibição de investimentos (os concessionários podem não se esmerar em investir em uma concessão atual frente às incertezas quanto à decisão a ser tomada pelo poder concedente ou quanto aos critérios a serem adotados; já em novas concessões, investidores podem ponderar acerca de cenários plausíveis: investir, por exemplo, em um novo ativo de geração ou aguardar a licitação de ativos existentes), elevação das taxas de financiamento (com a redução das garantias, as taxas de financiamento para investimentos nas concessões existentes se elevam), descontinuidade na prestação do serviço, não captura para a modicidade tarifária, não garantia da sustentabilidade ao longo do tempo das concessões, redução da qualidade da prestação do

serviço, aumento de custos para o setor e impacto sobre a competitividade da economia brasileira, entre outros.

Caso interessante acerca do impacto da decisão sobre concessão vincenda pode ser ilustrado pela tentativa de privatização, em 2008, da Companhia Energética de São Paulo (Cesp). À época, a Cesp detinha seis concessões de geração: usinas hidrelétricas (UHE) Ilha Solteira, Jaguari, Jupia, Paraibuna, Porto Primavera e Três Irmãos, que totalizavam mais de 3.900 MW médios, dos quais mais de 70% tem contratos de concessão vencendo em julho de 2015 (UHEs Ilha Solteira e Jupia). As incertezas em relação ao futuro destas usinas foram a principal razão para o fracasso da tentativa de privatização da Cesp naquele ano.

Afora os riscos, salientam-se as oportunidades: redistribuição das áreas de concessões da distribuição em busca de maior eficiência e ganhos de escala (possibilidade vislumbrada por Kelman, 2009); redução da tarifa de energia elétrica, por meio da apropriação dos benefícios da amortização dos ativos (particularmente da geração); melhoria da competitividade da economia brasileira; sinalização do amadurecimento das instituições afetas ao decidir de forma imparcial e tecnicamente embasada.

Em relação às áreas das concessões de distribuição, cita-se o exemplo das concessões deficitárias que atendem áreas dos Sistemas Isolados, como a Companhia Energética de Roraima (CER). A CER é uma distribuidora estadual cuja área de concessão abrange o interior do Estado de Roraima. A capital, Boa Vista, é atendida pela Boa Vista Energia S.A. (Bovesa), subsidiária integral das Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (Eletronorte). A área de concessão da Bovesa é de 5.712 km<sup>2</sup>, com 75 mil unidades consumidoras, em 2008. Já a área de concessão da CER é de 218.500 km<sup>2</sup>, com 24 mil unidades consumidoras, no mesmo ano, abrangendo 62 Sistemas Isolados localizados no interior do Estado de Roraima. Nesse caso em específico, o MME cogitou a possibilidade de declarar a caducidade da CER em 2015, juntá-la à da Bovesa, com o vencimento da concessão previsto para este ano, e licitar a área resultante em conjunto. Em que pese a junção das duas concessões não resolver integralmente o problema estrutural de concessões que atendem aos Sistemas Isolados, seria possível avaliar soluções que trouxessem ganhos de escala para a concessão resultante.

Outro exemplo, ainda, é a Empresa Força e Luz João Cesa Ltda (EFLJC – João Cesa), cuja área de concessão abrange um único município de Santa Catarina, em uma área de 253 km<sup>2</sup>, com 2.286 unidades consumidoras. Provavelmente a revisão dessa área de concessão poderia agregar ganhos de escala.

Tanto ao poder concedente quanto ao regulador, no limite de suas competências, cabe a árdua tarefa de minimizar os riscos, como os citados anteriormente, e aproveitar as oportunidades que surgirão em prol da melhor gestão na condução dos serviços públicos de energia do país. Ao controle externo cabe colaborar, sugerindo modificações de métodos ou, até mesmo, indicando falhas, para que a eficiência da gestão pública prospere.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Nos moldes legais atuais, é facultado ao Poder Público prestar diretamente o serviço de energia ou delegá-lo a terceiro, precedido por imprescindível processo de licitação.

Os contratos de concessões do setor elétrico existentes ou firmados em 1995 ou com data de referência a este ano não foram precedidos por licitação. Todos foram prorrogados com base na Lei 9.074/1995, artigos 17, 19, 20 e 22, que previa prazos de 20 anos, vencidos a partir de 2015. Os ativos imobilizados dessas concessões ainda não amortizados atingem vários de bilhões de reais, sob controle tanto da iniciativa privada, como de estatais (ou de controladas). Na geração as estatais são titulares de quase todas as concessões vincendas, na transmissão representam aproximadamente 80% e na distribuição a participação se restringe a 17 das 37 concessões vincendas.

Em 1995, o legislador permitiu a prorrogação, mesmo de outorgas não precedidas por licitação, em face do momento de transição então vivenciado com a promulgação da Constituição de 1988. Passadas mais de duas décadas desde a CF, já não se pode mais argumentar tratar-se de uma novel exigência (a de as concessões serem precedidas por licitação). De toda sorte, essa decisão não cabe ao Tribunal, mas é uma escolha pública (a depender da decisão, alcança os níveis de legislador derivado).

Independentemente de qual será a escolha, esta se submete necessariamente ao legítimo e necessário controle externo do TCU. Assim, a fiscalização desse controle deve estar presente nas ações que circundam o vencimento das concessões de energia elétrica cujos ativos já estão em grande parte amortizados, quer seja na garantia de que as ações prévias necessárias estão sendo adotadas tempestivamente, quer seja no acompanhamento concomitante da implementação da decisão tomada (licitar ou prorrogar).

O Tribunal é dotado de alguns instrumentos de fiscalização que podem ser aplicáveis em momentos diversos do processo (e já estão sendo aplicados).

Ainda que as deliberações do Tribunal, por meio de acórdãos convencionais possam direcionar os requisitos e documentos básicos a serem encaminhados pelo poder

concedente, pelo regulador ou por seus delegados para subsidiar o controle externo de eventual processo de prorrogação de concessões, a edição de um normativo interno, como a alteração da IN 27/1998, propiciaria clareza e transparência também do órgão de controle aos controlados quanto ao encadeamento e à padronização das ações a serem adotadas na fiscalização. Além disso, tal normativo pode discriminar, previamente, os estudos e documentos mínimos que deverão ser providenciados, e respectivos prazos a serem observados por esses entes.

Por fim, enfatiza-se que este trabalho não apresentou uma análise das possibilidades jurídicas, mas expôs as condições de contorno relativas ao controle externo a ser realizado na implantação da política pública a ser adotada em relação às concessões do setor elétrico cujas concessões vencem a partir de 2015 e que não foram precedidas por licitação.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, D. G. Marco Legal referente às Prorrogações do Setor de Energia Elétrica. In: CASTRO, M. F.; LOUREIRO, L. G. **Direito da Energia Elétrica no Brasil. Aspectos Institucionais, Regulatórios e Socioambientais**. Brasília: Aneel, 2010. p. 201-227.

ARAGÃO, A. S. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, L. R. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: Moraes, A. **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Código de Águas. Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d24643.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei 9.074, de 7 de julho de 1995. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9074cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9074cons.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427cons.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei 10.848, de 15 de março de 2004. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L10848cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10848cons.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória 144, de 11 de dezembro de 2003. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas\\_2003/144.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2003/144.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2011. Convertida na Lei 10.848/2004.

BUGARIN, P. S. **O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (2009). Plano Decenal de Expansão de Energia 2019.

JUSTEN FILHO, M. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KELMAN, J. Desafios do Regulador. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2009.

POLLIT, C.; GIRRE, X.; LONDSDALE, J.; MUL, R.; SUMMA, H.; WAERNESS, M. (1999). Performance Audit and Public Management in Five Countries. In: **Performance or Compliance?** Oxford: Oxford University Press, 1999 (Tradução livre de Vieira, A. M.; Sampaio, C. A ; Gomes, M. B.)

SANT'ANNA, R. M. A Ausência de Critérios Objetivos para a Prorrogação de Concessões de Geração Hidráulica de Energia Elétrica. In: Castro, M. F.; Loureiro, L. G. **Direito da Energia Elétrica no Brasil. Aspectos Institucionais, Regulatórios e Socioambientais**. Brasília: Aneel, 2010. p. 175-200.

SANTOS, J. A. A. **Contratos de Concessão de Serviços Públicos. Equilíbrio Econômico-Financeiro**. Curitiba: Juruá, 2003.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Instrução Normativa 27, de 2 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/IN/20090624/INT1998-027.doc>>. Acesso em: 16 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Manual de Auditoria Operacional, 2010.

\_\_\_\_\_. Padrões de Auditoria de Conformidade. Brasília, 2009.

\_\_\_\_\_. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Disponível em <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre\\_normativos/681912.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos/681912.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2011.

ZYMLER, B.; ALMEIDA, G. H. R. **O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

**Anexo 1:** Requisitos avaliados pelo Tribunal em acompanhamento de novas concessões (IN 27/1998, art. 7º)

Fases	Requisitos avaliados
Primeiro estágio: análise de justificativas e embasamento técnico	Relatório sintético do estudo de viabilidade técnica e econômica do empreendimento com objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados.
	Relatórios dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver.
	Relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental.
Segundo estágio: análise de documentos que antecedem a realização da licitação	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) edital de pré-qualificação;</li> <li>b) atas de abertura e de encerramento da pré-qualificação;</li> <li>c) relatório de julgamento da pré-qualificação;</li> <li>d) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à pré-qualificação;</li> <li>e) edital de licitação;</li> <li>f) minuta de contrato;</li> <li>g) todas as comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, bem como as impugnações ao edital, acompanhadas das respectivas respostas.</li> </ul>
Terceiro estágio: análise de documentos referentes ao pós-licitação	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) atas de abertura e de encerramento da habilitação;</li> <li>b) relatório de julgamento da habilitação;</li> <li>c) questionamentos das licitantes sobre a fase de habilitação, eventuais recursos interpostos, acompanhados das respostas e decisões respectivas;</li> <li>d) atas de abertura e de encerramento da fase do julgamento das propostas;</li> <li>e) relatórios de julgamentos e outros que venham a ser produzidos;</li> <li>f) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à fase do julgamento das propostas.</li> </ul>
Quarto estágio: análise de documentos referentes à assinatura do contrato	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) ato de outorga;</li> <li>b) contrato de concessão.</li> </ul>

<sup>i</sup> Na verdade, a reserva de reversão foi criada no setor elétrico no Decreto 41.019, de 26/2/1957, por meio dos Fundos de Reversão. Os Fundos de Reversão eram individualizados por empresa, já a RGR, sendo global, incorpora recursos de todo o setor elétrico e tem gestão centralizada.