

A Jurisdição do Tribunal de Contas da União sobre o Operador Nacional do Sistema Elétrico

Henrique da Fonseca Carvalho

Dr. Luiz Gustavo Kaercher Loureiro

Coletânea de Pós-Graduação
Controle da Desestatização e da Regulação



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MINISTROS

Bruno Dantas (Presidente)

Vital do Rêgo Filho (Vice-Presidente)

Walton Alencar Rodrigues

Benjamin Zymler

Augusto Nardes

Aroldo Cedraz

Vital do Rêgo

Jorge Oliveira

Antonio Anastasia

Johnathan de Jesus

MINISTROS-SUBSTITUTOS

Augusto Sherman Cavalcanti

Marcos Bemquerer Costa

Weder de Oliveira

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)

Lucas Furtado (Subprocurador-Geral)

Paulo Soares Bugarin (Subprocurador-Geral)

Marinus Eduardo de Vries Marsico (Procurador)

Júlio Marcelo de Oliveira (Procurador)

Sérgio Ricardo Costa Caribé (Procurador)

Rodrigo Medeiros de Lima (Procurador)

DIRETOR-GERAL

Adriano Cesar Ferreira Amorim

**DIRETORA DE ALTOS ESTUDOS
E COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

**CHEFE DO DEPARTAMENTO
DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Clémens Soares dos Santos

CONSELHO ACADÊMICO

Maria Camila Ávila Dourado

Tiago Alves de Gouveia Lins e Dutra

Marcelo da Silva Sousa

Rafael Silveira e Silva

Pedro Paulo de Moraes

COORDENADOR ACADÊMICO

Leonardo Lopes Garcia

COORDENADORES PEDAGÓGICOS

Ana Carolina Dytz Fagundes de Moraes

Flávio Sposto Pompêo

Georges Marcel de Azeredo Silva

Marta Eliane Silveira da Costa Bissacot

COORDENADORA EXECUTIVA

Maria das Graças da Silva Duarte de Abreu

PROJETO GRÁFICO E CAPA

Núcleo de Comunicação – NCOM/ISC

A Jurisdição do Tribunal de Contas da União sobre o Operador Nacional do Sistema Elétrico

Henrique da Fonseca Carvalho

Monografia de conclusão de curso submetida ao Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista.

Orientador:

Dr. Luiz Gustavo Kaercher Loureiro

Banca examinadora:

Me. Fernando Simões dos Reis

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CARVALHO, Henrique da Fonseca. **A Jurisdição do Tribunal de Contas da União sobre o Operador Nacional do Sistema Elétrico**: 2023. Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF. 116 p.

CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO AUTOR: Henrique da Fonseca Carvalho

TÍTULO: A Jurisdição do Tribunal de Contas da União Sobre o Operador Nacional do Sistema Elétrico

GRAU/ANO: Especialista/2023

É concedido ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) permissão para reproduzir cópias deste Trabalho de Conclusão de Curso e emprestar ou vender tais cópias somente para propósitos acadêmicos e científicos. Do mesmo modo, o ISC tem permissão para divulgar este documento em biblioteca virtual, em formato que permita o acesso via redes de comunicação e a reprodução de cópias, desde que protegida a integridade do conteúdo dessas cópias e proibido o acesso a partes isoladas desse conteúdo. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte deste documento pode ser reproduzida sem a autorização por escrito do autor.

Henrique da Fonseca Carvalho
henriquefc@tcu.gov.br

FICHA CATALOGRÁFICA

Carvalho, Henrique da Fonseca.

A Jurisdição do Tribunal de Contas da União sobre o Operador Nacional do Sistema Elétrico. / Henrique da Fonseca Carvalho. – Brasília: ISC/TCU, 2023. 116 p.

Orientador: Dr. Luiz Gustavo Kaercher Loureiro.

Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília, 2023).

A Jurisdição do Tribunal de Contas da União sobre o Operador Nacional do Sistema Elétrico

Henrique da Fonseca Carvalho

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação lato sensu em Controle da Desestatização e da Regulação realizado pelo Instituto Serzedello Corrêa como requisito para a obtenção do título de especialista.

Brasília, 8 de agosto de 2023.

Banca Examinadora:

Dr. Luiz Gustavo Kaercher Loureiro
Orientador

Me. Fernando Simões dos Reis
Avaliador
Tribunal de Contas da União

Dedico este trabalho aos meus filhos, João e Arthur; à minha esposa, Mônica, pela paciência, apoio e carinho durante esse processo de aprendizagem; à minha mãe, Fátima, por sempre acreditar e me fazer confiar no potencial dos estudos; ao meu orientador, Kaercher, pelos valiosos ensinamentos; às minhas terapeutas, Cláudia e Juliana, e à minha psiquiatra, Milena, por cuidarem de minha saúde mental, possibilitando a conclusão do trabalho; e, por fim, à minha amiga Graça, coordenadora executiva da Pós-Graduação, e aos demais colegas do ISC, por todo apoio e compreensão desde o início do curso.

Resumo

O Tribunal de Contas da União (TCU) é órgão de controle do Governo Federal, tendo a missão de contribuir para o aperfeiçoamento da Administração Pública em benefício da sociedade. A jurisdição do TCU alcança não apenas órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta, mas também pessoas físicas e jurídicas, de direito privado, que administrem bens e recursos públicos federais. O Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) é uma associação privada sem fins lucrativos, criado por lei e regulado e fiscalizado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). Possui natureza *sui generis*, tendo a atribuição legal para coordenar e controlar a operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional, gerindo os potenciais de energia hidráulica, caracterizados constitucionalmente como bens públicos federais. O ONS é mantido majoritariamente por receita de natureza predominantemente pública advinda de pagamentos compulsórios devidos pelos agentes do setor elétrico em decorrência de obrigações impostas por atos em que se manifesta a capacidade do poder público concedente sobre atividade reservada à União. O ONS, por gerir bens e recursos de natureza pública, sujeita-se à jurisdição do TCU. No exercício do controle externo exercido sobre ONS, o TCU deve atuar de forma ponderada e refletida, além de cooperativa e suplementar, observando os limites constitucionais de sua atuação em confronto com as competências legalmente atribuídas à Aneel, utilizando-se preferencialmente do controle de segunda ordem sobre o ONS, por meio da fiscalização das atividades finalísticas da agência.

Palavras-chave: Tribunal de Contas da União; TCU; Operador Nacional do Sistema Elétrico; ONS; Jurisdição.

Abstract

The Federal Court of Accounts - Brazil (TCU) is the external control institution of the federal government, whose mission is to oversee the budget and the financial execution of the country and contributing to the improvement of Public Administration for the benefit of society. The jurisdiction of TCU extends not only to entities of the Direct and Indirect Public Administration, but also to individuals and legal entities, of private law, that administer federal public money, assets and values. The National System Operator (ONS) is a nonprofit private association, created by law and regulated and supervised by the Brazilian Electricity Regulatory Agency (Aneel). It possesses a *sui generis* nature, being legally entrusted to coordinate and control the operation of power generation and transmission facilities in the National Interconnected System (SIN), managing the potential of hydroelectric energy, constitutionally characterized as federal public assets. The ONS is predominantly sustained by revenue of primarily public nature, originated from compulsory payments owed by agents of the electric sector due to obligations imposed by acts in which the granting public authority's capacity is manifested on activities reserved to the Union. The ONS, due to its management of assets and resources of a public nature, is subject to the TCU's jurisdiction. While executing external oversight over the ONS, TCU must act judiciously, thoughtfully, cooperatively, and supplementary, while observing the constitutional limits of its actions in confrontation with the competences legally attributed to Aneel, preferably by employing second-order control over the ONS, through oversight of the agency's core activities.

Keywords: Federal Court of Accounts – Brazil; TCU; National System Operator; ONS; Jurisdiction.

Lista de figuras

Figura 1 – Competências do TCU	23
Figura 2 – Funções Básicas do TCU	24
Figura 3 – Jurisdição do TCU	24
Figura 4 – Estrutura Institucional do Setor Elétrico Brasileiro	44
Figura 5 – Atividades de agentes econômicos no SEB	44
Figura 6 – Mapa do SIN	45
Figura 7 – Orçamento do ONS aprovado pela Aneel para o triênio 2022-2024	59
Figura 8 – Estimativas de receitas para o exercício de 2023 na LOA	62

Lista de abreviaturas e siglas

ACL	Ambiente de Contratação Livre
ACR	Ambiente de Contratação Regulada
ANA	Agência Nacional de Águas
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
AudElétrica	Unidade Técnica Especializada em Energia Elétrica e Nuclear do TCU
CCEE	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CF88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CGU	Controladoria-Geral da União
CIDE	Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico
CMO	Custo Marginal de Operação
CMSE	Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico
CNPE	Conselho Nacional de Política Energética
COSIP	Contribuição para Custeio da Iluminação Pública Municipal
CPAMP	Comissão Permanente para Análise de Metodologias e Programas Computacionais do Setor Elétrico
CTN	Código Tributário Nacional
CUST	Contrato de Uso do Sistema de Transmissão
Eletrobras	Centrais Elétricas Brasileiras S.A.
Eletronorte	Centrais Elétricas do Norte do Brasil S. A.
EOL	Central Geradora Eólica
EPE	Empresa de Pesquisa Energética
EUST	Encargos de Uso do Sistema de Transmissão
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LMTE	Linhas de Macapá Transmissora de Energia S.A.
LOA	Lei Orçamentária Anual
LOTUCU	Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443/1992)
MAE	Mercado Atacadista de Energia
MCP	Mercado de Curto Prazo
MMA	Ministério do Meio Ambiente
MME	Ministério de Minas e Energia
MPTCU	Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União
ONS	Operador Nacional do Sistema Elétrico
OS	Organização Social (Lei 9.637/1998)
OSC	Organização da Sociedade Civil (Lei 13.09/2014)
OSCIP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei 9.790/1999)
PAR	Plano de Ampliação e Reforços do ONS
PEN	Planejamento Anual da Operação Energética
Petrobras	Petróleo Brasileiro S.A.
PLD	Preço de Liquidação de Diferenças
PMO	Programa Mensal de Operação
PRORET	Procedimentos de Regulação Tarifária
REA	Resolução Autorizativa da Aneel
REN	Resolução Normativa da Aneel
RE-SEB	Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro
RITCU	Regimento Interno do Tribunal de Contas da União
SEB	Setor Elétrico Brasileiro

SERUR	Secretaria de Recursos do Tribunal de Contas da União
SFF	Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira da Aneel
SIN	Sistema Interligado Nacional
SISOL	Sistema Isolado
STF	Supremo Tribunal Federal
TC	Processo do Tribunal de Contas da União
TCU	Tribunal de Contas da União
TFSEE	Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica
TUST	Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão
UFV	Central Geradora Fotovoltaica (solar)
UHE	Usina Hidrelétrica
UTE	Usina Termelétrica
VCE	Vocabulário de Controle Externo do Tribunal de Contas da União

Sumário

1. Introdução	16
2. Problema e justificativa.....	17
3. Objetivos	20
3.1. Objetivo geral	20
3.2. Objetivos específicos.....	20
4. Metodologia.....	20
5. Desenvolvimento	21
5.1. Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle do Tribunal de Contas da União.....	21
5.1.1. Introdução sobre o Controle da Administração Pública e o Tribunal de Contas da União.....	22
5.1.2. Competência para editar normas.....	26
5.1.3. Competência para praticar atos sancionatórios e a jurisdição do TCU.	27
5.1.4. Competência para praticar atos de comando	30
5.1.5. Competência para levantar dados e produzir informações e instrumentos de controle.....	34
5.1.6. Competência para formular orientações gerais	39
5.1.7. Competência para representar	41
5.1.8. Conclusões sobre as competências do TCU	41
5.2. O Operador Nacional do Sistema Elétrico.....	42
5.2.1. Breve Introdução sobre o Setor Elétrico Brasileiro (SEB) e o Sistema Interligado Nacional (SIN)	43
5.2.2. Base normativa e principais características gerais do ONS	46
5.2.3. Atividades desempenhadas pelo ONS	50
5.2.4. Natureza jurídica do sujeito ONS.....	53
5.2.5. Relações do ONS com o Poder Concedente e com outros agentes econômicos integrantes do SIN.....	55
5.2.6. Natureza dos recursos que financiam o funcionamento do ONS.....	58
5.3. A jurisdição do TCU sobre o ONS.....	80
5.3.1. Análise do processo do TCU que justificou a presente pesquisa	80

5.3.2. A fiscalização do TCU sobre pessoas físicas e jurídicas de direito privado	86
5.3.3. A fiscalização do TCU sobre agências reguladoras.....	91
5.3.4. A fiscalização do TCU sobre o ONS	95
6. Conclusão	107

1. Introdução

O Tribunal de Contas da União (TCU) é o órgão de controle externo federal responsável por “acompanhar a execução orçamentária e financeira do país e contribuir com o aperfeiçoamento da Administração Pública em benefício da sociedade” (BRASIL, 2022), auxiliando o Congresso Nacional, conforme previsto nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal de 1988 (CF88).

Entre as competências do TCU, pode-se destacar a emissão do parecer sobre as contas prestadas pelo Presidente da República, o julgamento de responsáveis por recursos públicos, a fiscalização do uso de recursos públicos por meio de fiscalizações, a aplicação de sanções, a determinação de correção de irregularidades e a apuração de denúncias e representações sobre a aplicação irregular de recursos federais.

Conforme livreto da Corte de Contas Federal sobre as suas competências¹ (BRASIL, 2022), são exemplos de sua jurisdição pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que:

- a) utilizam, arrecadam, guardam, gerenciam, aplicam ou administram dinheiros, bens e valores públicos federais ou pelos quais a União responde;
- b) assumem, em nome da União, obrigações de natureza pecuniária;
- c) ocasionam perda, extravio ou outra irregularidade que resulte em dano ao erário;
- d) recebem contribuições parafiscais e prestam serviço de interesse público ou social;
- e) devem, por força da lei, prestar contas ao TCU;
- f) praticam atos que estão sujeitos à fiscalização do TCU por expressa disposição legal; e
- g) aplicam quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo ajuste ou outros instrumentos semelhantes.

Regras mais específicas sobre a composição, forma de funcionamento e atribuições do TCU podem ser encontradas na sua Lei Orgânica (Lei 8.443/1992) e no seu Regimento Interno.

Por sua vez, o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) é o responsável “pela coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de

¹ Conhecendo o Tribunal. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/conhecendo-o-tribunal.htm>. Acesso em 02/05/2022.

energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN) e pelo planejamento da operação dos sistemas isolados do país, sob a fiscalização e regulação da Aneel” (Agência Nacional de Energia Elétrica)².

Tendo sua criação e suas regras gerais previstas nos arts. 13 e 14 da Lei 9.648/1998, o ONS foi instituído como “pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, fiscalizada e regulada pela Aneel e integrada por titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores”³.

Conforme previsto na sua lei de criação e no Decreto 5.081/2004, que regulamentou a atuação do ONS, o operador possui como atribuições, entre outras:

- i) planejar e programar a operação e o despacho centralizado da geração de energia elétrica;
- ii) supervisionar e controlar o Sistema Interligado Nacional (SIN);
- iii) contribuir para o planejamento do setor elétrico, propondo ampliações e reforços no SIN; e
- iv) propor as regras para a operação dos serviços de transmissão no SIN, a serem aprovadas pela Aneel.

Diante da importância do ONS para o Setor Elétrico Brasileiro (SEB) e de peculiaridades na sua constituição, financiamento e atividade, que envolvem aspectos de direito público e privado, há certa controvérsia se essa entidade seria jurisdicionada ao TCU e, além disso, sobre o limite de eventual exercício do controle externo da Corte de Contas Federal sobre o operador do sistema elétrico.

2. Problema e justificativa

No âmbito dos processos (TC) 001.615/2014-9⁴ e 029.389/2013-5 do TCU, o ONS, por meio de comunicações enviadas ao Tribunal, alegou que não faria parte da

² <http://www.ons.org.br/paginas/sobre-o-ons/o-que-e-ons>. Acesso em 02/05/2022.

³ Lei 9.684/1998. Art. 13. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016).

⁴ Os processos (TC) do TCU, com suas deliberações e peças públicas, podem ser consultados no campo “consulta” e, sem seguida, selecionando o número do processo na [página inicial do TCU](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/processo) ou diretamente em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/processo>.

jurisdição do TCU⁵. Diante disso, foi instaurado o TC 006.113/2014-1 com o objetivo de esclarecer a condição de jurisdicionado do ONS junto à Corte de Contas Federal.

Ao final do processo, o TCU concluiu que, apesar de tratar-se de entidade privada sem fins lucrativos, o ONS sujeita-se à jurisdição do TCU, por força do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 e do art. 5º, inciso I, da Lei 8.443/1992, conforme decidido nos Acórdãos 798/2016-TCU-Plenário⁶ (análise de mérito; rel. Ministro Vital do Rêgo), 1.407/2016-TCU-Plenário (análise dos embargos de declaração; rel. Ministro Vital do Rêgo) e 2.661/2019-TCU-Plenário (análise do pedido de reexame; rel. Ministra Ana Arraes).

Contudo, consoante destacado no voto complementar da Ministra-Relatora do pedido de reexame, o Acórdão 798/2016-TCU-Plenário “se limitou a considerar o Operador Nacional do Sistema Elétrico como ente jurisdicionado ao Tribunal, sem estabelecer a forma como o controle externo será exercido, matéria que ainda será analisada nas ações de controle específicas”. A Ministra Ana Arraes acrescentou que o debate mais aprofundado sobre a natureza jurídica das fontes de recursos do ONS deveria “ficar para outra oportunidade, na qual se estabelecerá qual o modelo de controle será exercido sobre a entidade jurisdicionada”.

Ou seja, os acórdãos acima mencionados apenas situam o ONS como jurisdicionado ao TCU, mas não definem o alcance do controle a ser exercido sobre o operador, o qual, apesar de ser fiscalizado pela Aneel, possui características próprias que os diferencia dos demais delegatários de serviços públicos do setor elétrico. Conforme debatido no âmbito do TC 006.113/2014-1, o operador se trata uma entidade *sui generis*, abrangendo aspectos de Direito público e privado na sua constituição, financiamento e atividade.

O assunto não é simples. Os Ministros Brunos Dantas e Benjamin Zymler, seguindo a proposta da Secretaria de Recursos do Tribunal (Serur), votaram no sentido de que o ONS sequer seria jurisdicionado do TCU. Contudo, prosperou a tese do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), de submissão do operador ao controle da Corte de Contas, à qual se alinhou a Ministra-Relatora, seguida, à exceção dos anteriores, pelos demais Ministros participantes da sessão ordinária de 30/10/2019 do Plenário da Corte Contas.

⁵ TC 006.113/2014-1, peça 6.

⁶ Os acórdãos do TCU podem ser consultados em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>.

Apesar de a forma de controle a ser exercido sobre o ONS não ter sido definida no âmbito do TC 006.113/2014-1, há elementos nas peças a ele juntadas que indicam o caminho para a atuação do TCU ou, pelo menos, quando esta Corte de Contas não deveria atuar, especialmente no debate que antecede à prolação do Acórdão 2.661/2019-TCU-Plenário.

Diante desse fato, é importante aprofundar o tema a fim de verificar em que situações e por meio de quais instrumentos o TCU poderia efetivamente agir em relação à atuação do ONS. Entre as diversas funções básicas do Tribunal (BRASIL, 2022), destacam-se a fiscalização dos atos de seus jurisdicionados (fiscalizadora), o julgamento das contas de administradores públicos (judicante), a aplicação de penalidades (sancionadora) e a determinação de correção de atos sujeitos ao seu controle (corretiva).

Tome-se como exemplo o apagão do Amapá ocorrido em novembro 2020, em decorrência de problemas na subestação Macapá operada por concessionária de transmissão de energia elétrica, sob supervisão do ONS e sob fiscalização da Aneel. Como deveria o TCU atuar em relação ao caso? Poderia determinar correções sobre a forma de atuar do ONS diretamente? Ou deveria efetuar o controle de segunda ordem por meio da fiscalização sobre a Aneel? Poderia responsabilizar os diretores do ONS e/ou a pessoa jurídica do operador por falhas eventualmente detectadas? Seria possível recomendar melhorias, por meio de auditoria operacional, na atuação do ONS?

O TCU ainda não trouxe respostas definitivas sobre o tema. Desse modo, um exame mais aprofundado, confrontando as competências do TCU e as características do ONS, se mostra necessário para vislumbrar em que situações o Tribunal deveria atuar quando o jurisdicionado em análise for o operador do SIN.

Nessa linha, o problema de pesquisa analisado neste trabalho visa responder, em resumo, de que forma o Tribunal de Contas da União (TCU) deve exercer o controle externo sobre o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), considerando que os Acórdãos 798/2016, 1.407/2016 e 2.661/2019, todos do Plenário do TCU, se limitaram a considerar o ONS como jurisdicionado ao TCU.

Tal exame pode, como benefício potencial, auxiliar o Tribunal de Contas da União a definir, nos processos específicos que vierem a ser autuados, como deve se pautar a atuação da Corte de Contas sobre o Operador Nacional do Sistema Elétrico. Além disso, os estudos sobre as competências do TCU e sobre as características do ONS, por si só, devem fomentar a discussão sobre os limites de atuação do controle externo sobre

entidades privadas, bem como elucidar as atividades do ONS, seu posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro e suas fontes de financiamento.

3. Objetivos

3.1. Objetivo geral

O objetivo geral do estudo é analisar em que situações seria cabível o exercício do controle externo pelo TCU sobre o ONS, bem como de que forma (auditorias, representações, denúncias etc.) e sob que aspectos (conformidade, operacional, financeiro) o TCU deveria atuar, para, com isso, contribuir para o aperfeiçoamento da atuação do ONS.

3.2. Objetivos específicos

Tendo como fundamento os normativos pertinentes, a doutrina e os trabalhos científicos sobre o tema, as decisões do TCU e do STF, bem como os trabalhos realizados no âmbito da Corte de Contas Federal, os objetivos específicos deste trabalho são:

- 1.** Identificar as competências e os limites da jurisdição do TCU, especialmente para pessoas físicas e jurídicas de direito privado;
- 2.** Analisar as características jurídicas e a forma de atuação do ONS, de modo a verificar em que aspectos essa instituição, formalmente constituída como pessoa jurídica de direito privado, se aproxima do regime jurídico de direito público; e
- 3.** Verificar como o TCU vem fiscalizando o ONS e vislumbrar como esse Tribunal pode atuar em ações futuras, sem que haja um conflito entre as competências a ele atribuídas e as da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

4. Metodologia

O presente estudo foi constituído por pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, tendo ainda o objetivo descritivo e exploratório. Num primeiro momento, foram levantadas e analisadas as normas e regras constitucionais, legais e infralegais que tratam da atuação do TCU e do ONS.

Concomitantemente ao levantamento desses normativos, foram levantados os posicionamentos doutrinários, bem como de teses e artigos científicos específicos sobre a jurisdição da Corte de Contas e as características do ONS. Além disso, houve a busca por decisões do próprio TCU e de Cortes Superiores sobre o assunto, bem como por trabalhos realizados pela Corte de Contas sobre o operador.

Diante do material coletado, foi realizado um estudo sobre a atuação do TCU, de modo a verificar o limite à sua jurisdição no que se refere à fiscalização de pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Desse modo, pretendeu-se delimitar os casos em que o Tribunal poderia atuar quando o objeto da análise recaísse sobre uma instituição que não faz parte formalmente da Administração Pública.

Em seguida, foi realizado estudo sobre o ONS para verificar os aspectos de direito público que incidem sobre o operador do SIN. Mais especificamente, foi detalhado o que diferencia dos demais delegatários de serviço público do setor elétrico, com destaque para suas regras de composição, funcionamento, operação e fontes de recursos. Nessa fase, foi dado destaque também à forma como a Aneel fiscaliza o ONS.

Diante das conclusões das fases anteriores, foi realizado um confronto entre as competências do TCU e as características do ONS, com o objetivo de verificar em que situações a Corte de Contas poderia exercer o controle externo sobre o operador. Mais do que isso, vislumbrou-se de que forma (auditorias, representações, denúncias etc.) e sob que aspectos (conformidade, operacional, financeiro) o TCU deveria atuar, para, com isso, poder contribuir para o aperfeiçoamento da atuação do ONS, sem que haja conflito com as competências de fiscalização legalmente conferidas à Aneel.

5. Desenvolvimento

5.1. Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle do Tribunal de Contas da União

5.1.1. Introdução sobre o Controle da Administração Pública e o Tribunal de Contas da União

O controle da Administração Pública com o objetivo de controlar os gastos públicos é exercido no mundo desde a Antiguidade. No caso do Controle Externo moderno, organizado sob o modelo de Controladorias ou de Tribunais de Contas, Simone Coêlho Aguiar (2013) aponta que “afigura-se como um traço característico do Estado democrático atual a existência de órgãos de controle dos gastos públicos e da atuação estatal”, os quais podem estar vinculados ao Poder Executivo, Legislativo (caso do Brasil) ou Judiciário, ou mesmo a nenhum deles, a depender do país em que se inserem.

Na experiência brasileira, o Tribunal de Contas da União estava previsto em todas as constituições republicanas evoluindo até o estágio atual delineado na Constituição Federal de 1988 (CF88), na seção que trata da Fiscalização Contábil Financeira e Orçamentária, conforme artigos 70 a 75 da Carta Magna.

No caso da União, a fiscalização da atuação estatal é exercida, mediante controle externo, pelo Congresso Nacional e pelo sistema de controle interno de cada Poder (art. 70 da CF88). No Executivo, o controle interno é exercido primordialmente pela Controladoria-Geral da União (CGU)⁷.

Esse Controle Externo efetuado pelo Congresso Nacional é exercido com o apoio técnico do Tribunal de Contas União, o qual possui as competências constitucionalmente previstas no art. 71 da Carta Magna. Regras mais detalhadas sobre a composição, forma de funcionamento e atribuições do TCU têm previsão em sua Lei Orgânica (Lei 8.443/1992) e no seu Regimento Interno.

Os Tribunais de Contas dos estados, do Distrito Federal e os Conselhos de Contas dos municípios devem seguir, no que couber, as regras federais, cabendo às constituições estaduais sobre eles dispor (art. 75 da CF88).

⁷ A Controladoria-Geral da União (CGU) é o órgão do governo federal responsável pela defesa do patrimônio público e pelo incremento da transparência na gestão, por meio de ações de controle interno, auditoria pública, correição, ouvidoria e prevenção e combate à corrupção.

A CGU também exerce, como órgão central, a supervisão técnica dos órgãos que compõem o Sistema de Controle Interno, o Sistema de Correição (Siscor), o Sistema de Ouvidoria (SisOuv) e o Sistema de Integridade Pública (Sipef) do Poder Executivo federal, prestando a orientação normativa necessária.
Disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/aceso-a-informacao/institucional>. Acesso em 15/06/2023.

Tendo como missão “aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo”⁸, compete ao TCU, de uma forma geral, julgar as contas daqueles que administrem recursos públicos federais, aplicando-lhe sanções, conforme o caso; realizar fiscalizações em órgãos e entidades de todos os poderes da União (contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial), bem como a aplicação de recursos federais repassados a outros entes federativos e a entidades privadas; entre outras atribuições detalhadas no art. 71 da CF88.

Esse controle externo exercido pela Corte de Contas significa “fiscalizar as atividades de pessoas ou órgãos para que essas atividades não se desviem das normas preestabelecidas. Controlar é prevenir, orientar, avaliar, recomendar melhorias. Controlar é agir preventivamente, e não somente punir” (BRASIL, 2022).

No livreto de apresentação do TCU produzido pela própria Corte de Contas, são destacadas suas competências, funções básicas, bem como as pessoas físicas, pessoas jurídicas, entidades públicas e entidades privadas que estão sujeitas a sua jurisdição, conforme figuras abaixo:

Figura 1 – Competências do TCU

As competências constitucionais e privativas do TCU estão estabelecidas nos artigos 33, §2º, 70, 71, 72, §1º, 74, §2º e 161, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

Entre elas, destacam-se as que permitem ao TCU:

- ▶ emitir parecer sobre as contas anuais prestadas pelo Presidente da República;
- ▶ julgar as contas dos responsáveis por recursos públicos;
- ▶ apreciar a legalidade de atos relacionados à admissão e à aposentadoria de pessoal;
- ▶ fiscalizar o uso dos recursos públicos, por meio de auditorias e inspeções de iniciativa própria ou do Congresso Nacional;
- ▶ aplicar sanções e determinar a correção de ilegalidades e irregularidades em atos e contratos;
- ▶ apurar representações e denúncias apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre irregularidades ou ilegalidades na aplicação dos recursos federais;
- ▶ fixar os coeficientes dos fundos de participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e fiscalizar a entrega dos recursos aos governos estaduais e prefeituras.

Fonte: Livreto “Conhecendo o Tribunal” (BRASIL, 2022, p. 16)

⁸ <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>. Acesso em 11/06/2023.

Figura 2 – Funções Básicas do TCU

	FISCALIZADORA	audita/fiscaliza, aprecia ato
	CONSULTIVA	responde consulta, emite parecer prévio
	INFORMATIVA	presta informações ao Congresso Nacional e ao Ministério Público
	JUDICANTE	julga contas
	SANCIONADORA	aplica sanção/penalidade
	CORRETIVA	determina, fixa prazo, susta ato
	NORMATIVA	expede normativos, fixa coeficientes
	OLVIDORIA	examina denúncias e representações

Fonte: Livreto “Conhecendo o Tribunal” (BRASIL, 2022, p. 17-18)

Figura 3 – Jurisdição do TCU

Encontram-se sob a jurisdição do TCU pessoas físicas, pessoas jurídicas, entidades públicas e entidades privadas que:

- ▶ utilizam, arrecadam, guardam, gerenciam, aplicam ou administram dinheiros, bens e valores públicos federais ou pelos quais a União responde;
- ▶ assumem, em nome da União, obrigações de natureza pecuniária;
- ▶ ocasionam perda, extravio ou outra irregularidade que resulte em dano ao erário;
- ▶ recebem contribuições para-fiscais e prestam serviço de interesse público ou social;
- ▶ devem, por força da lei, prestar contas ao TCU;
- ▶ praticam atos que estão sujeitos à fiscalização do TCU por expressa disposição legal;
- ▶ aplicam quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo ajuste ou outros instrumentos semelhantes.

Os arts. 70 e 71, incisos IV e VII, da CF88 preveem a possibilidade de o TCU realizar fiscalizações do tipo contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nos órgãos e entidades sob sua jurisdição, podendo avaliar aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade, na sua atuação. Considerando a tecnicidade dos termos, transcreve-se abaixo o significado de cada um constante do Vocabulário de Controle Externo (VCE) do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2019)⁹:

Auditoria Contábil: a Auditoria que tem por objetivo examinar se as demonstrações contábeis evidenciam adequadamente, em seus aspectos relevantes, os atos e fatos concernentes à administração orçamentária, financeira e patrimonial de acordo com a legislação pertinente, os princípios e as normas de contabilidade aplicáveis.

Fiscalização Financeira: Fiscalização financeira tem o objetivo de verificar se as contas públicas representam a efetiva situação financeira da Administração, tendo em conta a legalidade e a regularidade das suas operações.

Fiscalização Orçamentária: Fiscalização orçamentária trata de um acompanhamento de verificação da execução orçamentária, com exame sobre a execução dos programas, projetos e atividades determinados pela lei orçamentária

Auditoria Operacional: Auditoria que objetiva examinar a economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades

⁹ Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/vocabulario-de-controle-externo-do-tribunal-de-contas-da-uniao-vce.htm>. Acesso 12/09/2022.

governamentais, com a finalidade de avaliar o seu desempenho e de promover o aperfeiçoamento da gestão pública.

Fiscalização Patrimonial¹⁰: Fiscalização da correta gestão do patrimônio público, envolvendo a aquisição, alienação e administração dos bens móveis e imóveis.

Legalidade: Para fins do controle externo, o termo legalidade é interpretado de forma mais extensiva do que apenas o confronto direto com as disposições de leis. As disposições infralegais, como os regulamentos e demais atos normativos, por serem instrumentos ordenadores da gestão pública, também são critérios para avaliação dos atos de gestão.

Legitimidade: Critério informativo do controle externo da administração pública que amplia a incidência do controle para além da aplicação isolada do critério da legalidade. Não basta verificar se a lei foi cumprida, mas se o interesse público, o bem comum, foi alcançado. Admite o ceticismo profissional de que nem sempre o que é legal é legítimo.

Economicidade: Minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade. Refere-se à capacidade de uma instituição gerir adequadamente os recursos financeiros colocados à sua disposição.

Eficiência: Eficiência significa realizar uma tarefa da melhor forma possível. É atingir o resultado com um mínimo de perda de recursos, isto é, fazer o melhor uso possível do dinheiro, do tempo, materiais e pessoas.

Eficácia: Alcançar os resultados planejados. alcançar os objetivos, alcançar a meta. Relação entre os resultados de uma intervenção ou programa, em termos de efeitos sobre a população-alvo (impactos observados), e os objetivos pretendidos (impactos esperados). Trata-se de verificar a ocorrência de mudanças na população-alvo que poderiam ser razoavelmente atribuídas às ações do programa avaliado. Diz respeito ao alcance dos resultados pretendidos a médio e longo prazo.

Considerando a diversidade de competências constitucionais e legais do TCU (Lei 8.443/1992), detalhar-se-ão, nos subtópicos seguintes, essas competências, com as funções, atribuições, instrumentos de controle e limitações a elas inerentes, com base na classificação proposta pelo professor André Rosilho, que tomou por base os produtos que a legislação autorizou o TCU a elaborar. De acordo com Rosilho, a Corte de Contas Federal é competente para: i) editar normas; ii) praticar atos sancionatórios; iii) praticar

¹⁰ Como não havia definição no VCE, buscou-se a definição utilizada em SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 25.

atos de comando; iv) levantar dados e produzir informações; v) formular orientações gerais; e vi) representar (ROSILHO, 2019).

Registra-se que, considerando essa extensa lista de competências atribuídas ao Tribunal, será dado destaque e detalhamento apenas àqueles tópicos relevantes para a conclusão do presente trabalho, ou seja, que tenham correlação com eventual atuação do TCU sobre o Operador Nacional do Sistema Elétrico.

5.1.2. Competência para editar normas

A primeira das competências do TCU se refere ao seu poder de editar normas. O Tribunal materializa essa competência por meio da edição de regulamentos e de resposta a consultas, conforme previsto em sua Lei orgânica:

Lei 8.443/1992

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

XVII - decidir sobre **consulta que lhe seja formulada por autoridade competente**, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.

(...)

Art. 3º Ao Tribunal de Contas da União, 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.

(destaques inseridos)

No que se refere ao seu poder regulamentar, direcionado aos jurisdicionados, o Regimento Interno do TCU prevê que a forma de normativo a ser utilizado é a instrução normativa¹¹. Tome-se como exemplo a Instrução Normativa – TCU 81/2018, por meio da qual o Tribunal disciplinou toda a sistemática da fiscalização dos processos de desestatização a serem analisados pela Corte de Contas, detalhando, por exemplo, documentos e prazos necessários à análise desse tipo de processo.

¹¹ Art. 67. As deliberações do Plenário e, no que couber, das câmaras, terão a forma de:

I – Instrução normativa, quando se tratar de disciplinamento de matéria que envolva pessoa física, órgão ou entidade sujeita à jurisdição do Tribunal;

Por sua vez, no que refere à fixação de entendimentos gerais e abstratos sobre normas legais e regulamentares, a resposta do Tribunal às consultas “tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto”, conforme descrito no §º 2 do art. 1º da LOTCU. Ressalte-se que apenas as autoridades constantes do art. 264 do RITCU possuem competência para suscitar dúvidas concernentes à matéria de sua competência.

5.1.3. Competência para praticar atos sancionatórios e a jurisdição do TCU

A competência do TCU para praticar atos sancionatórios está diretamente vinculada a suas atribuições para julgar contas e aplicar sanções. Essa competência, com viés punitivo, ocorre geralmente *a posteriori* (após a prática dos atos administrativos analisados) e deve, assim como âmbito penal, ser precedido da apuração dos fatos e identificação de sua autoria (ROSILHO, 2019).

A atribuição do TCU para o julgamento das contas e aplicar sanções está prevista diretamente na Carta Magna:

Art. 70 (...)

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, assumia obrigações de natureza pecuniária.** (Redação dada pela Emenda Constitucional 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:

(...)

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;

(...)

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;

(destaques inseridos)

O parágrafo único do art. 70 e o inciso II do art. 71 trazem à baila aqueles que seriam os jurisdicionados do TCU. Ao detalhar de forma mais precisa seus jurisdicionados, o art. 5º da LOTCU reafirma que pessoas físicas e jurídicas de direito privado podem estar sujeitas à jurisdição do Tribunal, a exemplo daquelas que: i) sejam responsáveis por recursos públicos; ii) cometam alguma irregularidade de que resulte prejuízo ao erário; iii) recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social; e iv) por expressa disposição de lei estejam sujeitas à fiscalização da Corte de Contas Federal.

Destaca-se, sobre o assunto, a alteração do parágrafo único do artigo 70 da CF88 pela Emenda Constitucional 19/1998, a partir do que se previu que uma pessoa jurídica de direito privado (como é o caso do ONS) também deve prestar contas, desde 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” (LIMA, 2015).

Antes disso, conforme previsão constitucional anterior e como ainda disposto no art. 5º, inciso I, da Lei 8.443/1992, apenas as pessoas físicas e órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta teriam esse dever de prestar contas, podendo ser fiscalizadas pelo TCU. A previsão constitucional de que pessoas jurídicas também podem estar no âmbito da jurisdição da Corte de Contas já se encontra replicada no art. 5º, inciso I, do Regimento Interno do TCU.

Contudo, nem todos que estão sujeitos a jurisdição do TCU devem prestar contas ordinárias anualmente, como é o caso dos “responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município” (art. 5º, inciso VII, da LOTCU)¹², conforme art. 6º da Lei 8.443/1992.

O inciso VIII do art. 5º do RITCU, numa interpretação mais abrangente das normas constitucionais e legais, disciplinou que, não apenas os entes federativos, mas também as pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, que recebessem recursos repassados pela União também estariam sujeitas à jurisdição do Tribunal¹³.

¹² O art. 6º da Lei 8.443/1992 não incluiu a obrigação dos jurisdicionados enquadrados no inciso VII do art. 5º da LOTCU de prestarem contas anuais.

¹³ RITCU. Art. 5º, VIII – os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a estado, ao Distrito Federal, a município, e a qualquer outra pessoa, física ou jurídica, pública ou privada;

Nessa linha, ainda que não necessariamente prestem contas ordinárias, aqueles que pratiquem atos irregulares de que resulte prejuízo ao erário, poderão ser penalizados por meio de processo de Tomada de Contas Especial, previsto no art. 8º da LOTCU, *in verbis*:

Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

Uma vez configurada alguma das ocorrências previstas nas alíneas do inciso III do art. 16 da LOTCU¹⁴, havendo débito, as contas (ordinárias ou especiais) deverão ser julgadas irregulares, condenando os responsáveis ao pagamento da dívida, podendo o Tribunal aplicar-lhes ainda a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, limitada ao valor do débito, conforme art. 19, *caput*, da mesma lei. Da mesma forma, ainda que não haja débito, mas cometidas irregularidades as previstas na lei, poderá o responsável também ser apenado, mas desta vez com fundamento na multa prevista no art. 58, inciso I, da LOTCU (atualmente limitada a R\$ 79.004,53, conforme art. 1º da Portaria – TCU 36/2023¹⁵).

Apesar de ser a sanção mais conhecida no âmbito do TCU, a multa prevista nos arts. 57 e 58 da LOTCU é apenas uma das tipologias previstas na legislação. Conforme art. 71, inciso VIII, da CF88, compete ao TCU a aplicação das sanções previstas em lei aos responsáveis, nos casos em que reste configurada a irregularidade das contas ou a ilegalidade de despesa pública.

Além da multa anteriormente mencionada, o TCU pode declarar a inidoneidade do licitante que cometa fraude comprovada à licitação ao participar de certames na

¹⁴ Art. 16. As contas serão julgadas: III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

- a) omissão no dever de prestar contas;
- b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
- c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;
- d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

¹⁵ Art. 1º Fica fixado em R\$ 79.004,53 (Setenta e nove mil, quatro reais e cinquenta e três centavos), para o exercício de 2023, o valor máximo da multa a que se refere o caput do art. 58 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.

Administração Pública Federal¹⁶, bem como inabilitar o responsável, que cometer irregularidade grave, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública (ROSILHO, 2019).

Ressalve-se que esses três tipos de sanções podem ser aplicados pelo TCU no exercício do controle externo a ele constitucionalmente atribuído. Caso esteja atuando em sua esfera administrativa, deverá se utilizar das penalidades previstas na legislação específica para cada tema, como a Lei 8.666/1933 e a Lei 14.133/2021, para os casos que envolvam licitações e contratos, e a Lei 8.112/1990, quando se tratar dos próprios servidores públicos do Tribunal.

5.1.4. Competência para praticar atos de comando

As atribuições associadas aos atos de comando do TCU estão relacionadas com a possibilidade de o Tribunal criar deveres de fazer ou não fazer a terceiros, independentemente de serem agentes públicos. Essa competência é materializada na atribuição do TCU para: i) apreciar atos de pessoal para fim de registro; ii) ordenar a prática de atos por terceiros; iii) tomar medidas cautelares; e iv) ordenar o envio de informações ao TCU (ROSILHO, 2019).

A primeira atribuição decorre do art. 71, inciso III, da CF88, competindo ao TCU:

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**;

(destaques inseridos)

Em apertada síntese, o TCU aprecia o aspecto legal do ingresso de agentes na Administração Pública Federal Direta (órgãos de todos os Poderes da União) e Indireta (Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista) e a concessão de aposentadoria, reforma e pensão dos servidores públicos federais vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social instituído pela União (empregados públicos, das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, estão vinculados ao

¹⁶ Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Regime Geral de Previdência Social e, por isso, suas aposentadorias e pensões são analisadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS¹⁷).

As exceções se referem às nomeações para cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração, e às melhorias dos inativos e pensionistas que não alterem o fundamento legal do ato concessório, considerando que, nesse último caso, não há que se falar em nova apreciação da legalidade do ato, uma vez que seu fundamento não foi modificado.

A segunda atribuição para prática de ato de comando está prevista no art. 71, inciso IX, da CF88, competindo ao Tribunal “IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”.

No caso, compete ao TCU a determinação de correção de irregularidades revestidas de infração à lei. Questões relacionadas à eficiência e efetividade deveriam, assim, ser objeto de recomendações do Tribunal para aperfeiçoamento da Administração Pública, diante da constatação de oportunidades de melhoria de desempenho, mas sem a obrigatoriedade de seu cumprimento por parte dos gestores públicos (ROSILHO, 2019, p. 229-230).

O professor André Rosilho (2019) acrescenta que, em relação a matérias não-financeiras em sentido amplo (não relacionadas à receita ou despesa pública), o Tribunal não teria poder para emitir atos de comando. Nesses casos, poderia o TCU agir de maneira não impositiva, com base em outras competências previstas na CF88, a exemplo de fiscalizações mais amplas, utilizando-se de auditorias operacionais.

Na esfera legal, a competência do TCU para determinar a correção de irregularidades foi prevista, de forma geral, no art. 45 da LOTCU (atos e contratos) e no art. 113, *caput* e § 2º, da Lei 8.666/1993, para o caso específico de licitações e contratos.

Eventuais irregularidades podem ser analisadas tanto em decorrência de iniciativa do Tribunal, primordialmente por meio de fiscalizações de conformidade, como por terceiros, a exemplo de solicitações do Congresso Nacional e, por fim, em razão de

¹⁷ CF88

Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

(...)

§ 13. Aplica-se ao agente público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, de outro cargo temporário, inclusive mandato eletivo, ou de emprego público, o Regime Geral de Previdência Social.

denúncias e representações protocoladas no Tribunal, nos termos dos art. 230 a 237 do RITCU.

As denúncias de irregularidades podem ser apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (art. 234 do RITCU). Por sua vez, as representações possuem um rol taxativo de agentes que tem legitimidade para apresentá-las, a exemplo do Ministério Público, de alguns servidores públicos e, ainda, do Próprio Tribunal, por meio de suas unidades técnicas ou equipes de auditoria (art. 237 do RITCU).

A terceira atribuição voltada à prática de atos de comando se relaciona com as chamadas medidas cautelares. Essas medidas são materializadas na competência do TCU para: i) determinar o afastamento temporário de administrador e a indisponibilidade de seus bens; ii) sustar atos administrativos; e iii) sustar contratos administrativos¹⁸ (ROSILHO, 2019).

Essas competências possuem seus fundamentos legais nos artigos 44 e 45 da LOTCU, segundo os quais:

Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, **determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável**, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, **possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.**

(...)

§ 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, **decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.**

Art. 45. **Verificada a ilegalidade de ato ou contrato**, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, **assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei**, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

§ 1º No caso de **ato administrativo**, o Tribunal, se não atendido:

I - **sustará a execução do ato impugnado;**

(...)

¹⁸ Detalhar depois se o TCU pode ou não.

§ 2º **No caso de contrato**, o Tribunal, se não atendido, **comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.**

§ 3º 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 da sustação do contrato.**

(destaques inseridos)

Veja-se que, nesses casos, o TCU não está decidindo sobre o mérito da questão, mas agindo apenas de forma cautelar, com o objetivo de garantir o melhor resultado ao interesse público ao final do processo. Os requisitos para adoção de medidas cautelares encontram-se dispostos no *caput* do art. 276 do RITCU:

Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, **em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar**, com ou sem a prévia oitiva da parte, **determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada**, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.

(destaques inseridos)

Em resumo, a medida cautelar deverá ser adotada quando presentes, simultaneamente, os pressupostos da fumaça do bom direito e do perigo da demora, fundamentando-se em juízo de cognição sumária. Nos termos do parágrafo único do art. 22 da Resolução - TCU 259/204, nesses casos, a Unidade Técnica do Tribunal realizará “análise conclusiva sobre a presença ou não dos pressupostos da **plausibilidade jurídica** e do **perigo da demora**, sob a ótica exclusiva do interesse público, bem assim esclarecerá sobre a incidência de eventual perigo da demora inverso”.

Importante ressaltar que esse poder geral de cautela do TCU foi reconhecido pelo STF no âmbito do Mandado de Segurança 33.092-DF¹⁹, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

¹⁹ Mandado de Segurança. 2. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. 3. Dano ao patrimônio da Petrobras. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. 4. **Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais.** 5. Observância dos requisitos legais para decretação da indisponibilidade de bens. 6. Medida que se impõe pela excepcional gravidade dos fatos apurados. Segurança denegada.

Por fim, a competência para ordenar o envio de informações ao TCU está consubstanciada no art. 42 da LOTCU:

Art. 42. Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto.

§ 1º No caso de sonegação, o Tribunal assinará prazo para apresentação dos documentos, informações e esclarecimentos julgados necessários, comunicando o fato ao Ministro de Estado supervisor da área ou à autoridade de nível hierárquico equivalente, para as medidas cabíveis.

§ 2º Vencido o prazo e não cumprida a exigência, o Tribunal aplicará as sanções previstas no inciso IV do art. 58 desta Lei.

(destaque inserido)

Contudo, o pedido de informações do TCU está também sujeito à legislação em geral, não sendo, por exemplo, possível a quebra de sigilo bancário, conforme decidido pelo STF no Mandado de Segurança 22.934/934-DF²⁰.

Ressalve-se que informações sigilosas, em geral, de outros órgãos e entidades devem ser encaminhadas ao TCU quando requisitadas, devendo a Corte de Contas manter e respeitar o nível de classificação de sigilo registrada por quem encaminhou as informações, conforme Acórdãos 563/2017 e 728/2017, ambos do Plenário do TCU²¹.

5.1.5. Competência para levantar dados e produzir informações e instrumentos de controle

No bojo da competência para levantar dados e produzir informações, o Tribunal se utiliza de duas atribuições específicas: i) apreciar contas; e ii) investigar e fiscalizar (ROSILHO, 2019).

Diferente dos demais administrados e responsáveis por recursos públicos federais, no caso das contas do Presidente República, o TCU, em vez de julgá-las,

²⁰ EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. O Tribunal de Contas da União, a despeito da relevância das suas funções, não está autorizado a requisitar informações que importem a quebra de sigilo bancário, por não figurar dentre aqueles a quem o legislador conferiu essa possibilidade, nos termos do art. 38 da Lei 4.595/1964, revogado pela Lei Complementar 105/2001.

²¹ Ac. 56/2017-P: A transferência de dados e informações sigilosos entre órgãos da Administração Pública legalmente qualificados para detê-los não configura quebra de confidencialidade. O dever de sigilo imposto ao detentor original da informação passa também a obrigar o novo detentor, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada dos envolvidos.

Ac. 728/2017-P: Não compete ao TCU definir o nível de acesso a informações obtidas no exercício do controle externo, mas tão somente preservar a sua confidencialidade, conforme estabelecido por quem as repassou. Na hipótese de informações ilegalmente classificadas como sigilosas, caberá ao Tribunal determinar a sua publicidade.

somente as aprecia, emitindo seu parecer prévio, conforme inciso I, do art. 71 da CF88²². Isso porque, nesse caso específico, o chefe do Poder Executivo presta contas diretamente ao Congresso Nacional, em atendimento ao art. 84, inciso XXIV da CF88²³. É o Poder Legislativo, por meio do Congresso Nacional, que irá julgar essas contas, com fundamento no art. 49, IX, da CF88²⁴, após a emissão do parecer prévio emitido pelo TCU.

Apesar da importância da atribuição comentada no parágrafo anterior, mostra-se mais relevante, para o presente trabalho, a competência para investigar e fiscalizar. Essa competência é materializada pelo TCU ao: i) realizar inspeções e auditorias; ii) fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais; e 3) fiscalizar a transferência voluntária de recursos de recursos da União a outros entes federativos, bem como a pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

A possibilidade de realização de inspeções e auditorias possui previsão no inciso IV do art. 71 da CF88, segundo o qual compete ao TCU:

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 II²⁵;

Dessa forma, estão sujeitos à fiscalização do TCU tanto os órgãos e entidades federais quanto aquele que der causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

No caso de particulares sujeitos à jurisdição do TCU (conforme detalhado no subtópico 5.1.3 deste trabalho), poderia o Tribunal realizar fiscalização sobre eles por meio de inspeções e auditorias? Sobre que objetos?

²² 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;

²³ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

²⁴ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...)

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

²⁵ Art. 71, 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**;

Os artigos 239 e 240 do RITCU, ao detalhar esses instrumentos de fiscalização, elucidam, *prima facie*, esses questionamentos:

Art. 239. Auditoria é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para:

- 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.

Art. 240. Inspeção é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para **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**.

(destaques inseridos)

Em síntese, podem ser fiscalizados pelo TCU todos aqueles que estejam sujeitos à sua jurisdição. Além disso, podem ser avaliados, primordialmente por meio de auditorias operacionais, não apenas os entes, mas também sistemas, programas e projetos do Governo, como foco na sua economicidade, eficiência e eficácia.

Destaque-se que, no RITCU, são elencados ainda três outros tipos de instrumentos de fiscalização, quais sejam, o levantamento, o acompanhamento e o monitoramento. Assim como as inspeções e auditorias, esses instrumentos também são utilizados para fiscalizar aqueles estejam sob o manto da jurisdição do TCU. Detalhados nos arts. 238, 241 e 242 do RITCU, pode-se afirmar, em apertada síntese que:

- a) Monitoramento é utilizado para verificar o cumprimento das deliberações do Tribunal;
- b) Acompanhamento se consubstancia numa fiscalização concomitante dos atos de gestão dos jurisdicionados em determinado período; e
- c) Levantamento é o instrumento utilizado para conhecer a atividade dos jurisdicionados e identificar possíveis objetos relevantes que devam ser objeto de fiscalização do TCU por meio de auditorias futuras.

André Rosilho (2019) divide as auditorias em dois grandes tipos, “a financeira em sentido amplo (da qual fazem parte as fiscalizações de natureza financeira, orçamentária, contábil e patrimonial) e as operacionais”.

No TCU, essa auditoria financeira em sentido amplo é denominada Auditoria de Conformidade ou de Regularidade, sendo definida como o “instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial”²⁶ (BRASIL, 2010).

Simone Servato Ferreira (2019) ressalta que, nesse tipo de auditoria, não há muita margem para julgamentos individuais, sendo necessário seguir padrões mais exigentes e rígidos na sua execução. Nesse caso, “o maior rigor nos procedimentos adotados, pode estar relacionado ao fato de que os trabalhos examinam a legalidade e regularidade de atos de gestão e podem resultar em penalidades”.

Nessa linha, nas auditorias de conformidade, ao se detectarem atos ilegais ou ilegítimos, o TCU poderá deliberar no sentido de determinar as correções que se façam necessárias ao exato cumprimento das normas regentes, bem como punir os responsáveis que tenham cometido grave irregularidade, em especial quando houver sido constatado prejuízo ao erário.

Por sua vez, a auditoria operacional (Anop) é o exame independente, objetivo e confiável por meio do qual se analisa se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando de acordo com os princípios de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade e se há espaço para aperfeiçoamento (BRASIL, 2020)²⁷.

De acordo com ROSILHO (2019), as auditorias operacionais estariam ocupando cada vez mais espaço dentro do Tribunal e, apesar de as deliberações dela decorrentes não vincularem a Administração Pública (por se tratar majoritariamente de recomendações), são importantes para promover a transparência e o aperfeiçoamento de práticas e políticas públicas.

Diferente do que ocorre nas auditorias de conformidade, Ferreira (2019) aponta que:

Os requisitos exigidos para auditorias operacionais, por sua vez, são mais amplos e flexíveis, permitindo uma diversidade maior de condutas do auditor ao longo do processo de trabalho. A autorização da amplitude desses trabalhos

²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Boletim do Tribunal de Contas da União Especial** – Ano. XLIII, n. 2 (2010): Padrões de Auditoria de Conformidade. Brasília: TCU, 2010.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Boletim do Tribunal de Contas da União Especial** – Ano. 39, n. 29 (2020): Manual de Auditoria de Conformidade. Brasília: TCU, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/73/02/68/7335671023455957E18818A8/Manual_auditoria_operacional_4_edicao.pdf. Acesso em: 5 de maio de 2022

pode estar relacionada à sua finalidade, mais aprazível, de encontrar oportunidades de melhoria e fornecer recomendações para aperfeiçoamento das atividades do setor público.

Frise-se que a Anop pode ser utilizada não apenas para fiscalizar órgãos e entidades em seu sentido estrito, mas também atividades, empreendimentos, sistemas, operações e programas de governo e suas políticas públicas. Fernando Simões dos Reis (2021) indica pelo menos três razões para sua utilização no controle de políticas públicas pelos tribunais de contas:

A primeira são suas competências constitucionais e legais estabelecidas, que estabelecem inclusive a necessidade de fiscalização da efetividade das ações governamentais, em especial na observância do atendimento aos direitos fundamentais dos cidadãos. A segunda é a especialização de seu corpo técnico para assuntos atinentes à administração pública, o que torna esses órgãos capazes de realizar avaliações precisas e qualitativas não só em relação ao cumprimento de critérios normativos, mas também quanto ao desempenho dos administradores públicos para a concretização do direito fundamental à boa administração pública. Por último, a possibilidade de uma avaliação mais generalizada, pois em auditorias os Tribunais de Contas podem realizar uma análise que englobe os distintos aspectos, inclusive com consideração de consequências sistêmicas.

Em relação à competência para fiscalizar as contas nacionais de empresas supranacionais de que a União participe, nos termos do tratado constitutivo da instituição multinacional, a competência encontra-se prevista no inciso V do art. 71 da CF88. Ressalte-se que essa competência constitucional tem eficácia imediata e independe de eventual omissão do tratado constitutivo das empresas quanto à respectiva forma de controle externo, conforme Acórdão 1.014/2015-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro.

Por fim, no que se refere à competência para fiscalizar recursos de transferências voluntárias da União a outros entes federativos, conforme preconiza o inciso VI do art. 71 da CF88, cabe destacar que englobam apenas aqueles recursos, frise-se, transferidos voluntariamente, materializados pela “entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de

Saúde²⁸”, o que deve ocorrer mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres (ROSILHO, 2019). O controle externo de transferências constitucionais e legais, isto é, obrigatórias, não estariam, em regra, abarcadas na competência fiscalizatória do TCU. Somente aquelas transferências previstas no art. 253 do RITCU estariam sujeitas à fiscalização do Tribunal e apenas na forma a ser estabelecida em ato normativo²⁹.

Conforme já mencionado, considerando todo o arcabouço jurídico, o *caput* do art. 254 do RITCU aponta que qualquer outra pessoa, física ou jurídica, pública ou privada recebedora de recursos de transferências voluntárias também estará sujeita à fiscalização do TCU, devendo ser verificado obrigatoriamente “o atingimento dos objetivos acordados, a correção da aplicação dos recursos, a observância às normas legais e regulamentares pertinentes e às cláusulas pactuadas” (art. 254, § 1º, o que é comumente denominado de boa e regular aplicação dos recursos transferidos.

5.1.6. Competência para formular orientações gerais

Diferentemente das competências anteriores, as atribuições relacionadas à possibilidade de o TCU formular orientações gerais não decorrem diretamente de regras constitucionais ou legais, mas sim, naturalmente, das demais atribuições concedidas ao Tribunal pelos diplomas legais e pela CF88 (ROSILHO, 2019). Essa competência abrange basicamente duas possibilidades de atuação do TCU perante seus jurisdicionados por meio de suas deliberações: realizar determinações e recomendações.

Os incisos II, III e IV do art. 250 do RITCU trazem as situações em que devem ser realizadas determinações e recomendações:

Art. 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal:

²⁸ LRF. Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

²⁹Art. 253. O Tribunal fiscalizará, na forma estabelecida em ato normativo:

I – a entrega das parcelas devidas aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios à conta dos recursos dos fundos de participação a que alude o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal;

II – a aplicação dos recursos dos fundos constitucionais do Norte, Nordeste e Centro-Oeste administrados por instituições federais;

III – a aplicação dos recursos transferidos ao Distrito Federal com base no inciso XIV do art. 21 da Constituição Federal;

IV – o cálculo, a entrega e a aplicação, conforme o caso, de quaisquer recursos repassados pela União por determinação legal a estado, ao Distrito Federal ou a município, consoante dispuser a legislação específica.

(...)

II – determinará a adoção de providências corretivas por parte do responsável ou de quem lhe haja sucedido quando verificadas tão somente falhas de natureza formal ou outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis ou que não configurem indícios de débito e o arquivamento ou apensamento do processo às respectivas contas, sem prejuízo do monitoramento do cumprimento das determinações;

III – recomendará a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações;

IV – determinará a audiência do responsável para, no prazo de quinze dias, apresentar razões de justificativa, quando verificada a ocorrência de irregularidades decorrentes de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, bem como infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária ou patrimonial.

(destaques inseridos)

Em suma, havendo impropriedades e irregularidades em confronto com as normas regentes, o TCU pode determinar, de forma cogente, que o jurisdicionado corrija o problema detectado, o que geralmente é realizado por meio de auditorias de conformidade. Por sua vez, quando identificadas possibilidades de aperfeiçoamento na atuação dos agentes sob sua jurisdição, o Tribunal pode realizar recomendação, cujo cumprimento não se mostra obrigatório, podendo o jurisdicionado justificar porque não a acatou, o que é realizado comumente por meio de auditorias operacionais.

A Resolução – TCU 315/2020 traz ainda a definição de ciência, que seria cabível quando, por se tratar de falha mais branda, fosse suficiente cientificar o jurisdicionado com o objetivo de evitar a ocorrência de falhas similares no futuro. Transcreve-se abaixo o art. 2º da referida resolução, de modo a expressar o entendimento do TCU sobre esses três institutos:

Art. 2º Para efeito desta resolução, considera-se:

I - determinação: deliberação de natureza mandamental que impõe ao destinatário a adoção, em prazo fixado, de providências concretas e imediatas com a finalidade de prevenir, corrigir irregularidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares;

II - ciência: deliberação de natureza declaratória que cientifica o destinatário sobre a ocorrência de irregularidade, quando as circunstâncias não exigirem

providências concretas e imediatas, sendo suficiente, para fins do controle, induzir a prevenção de situações futuras análogas; e

III - recomendação: deliberação de natureza colaborativa que apresenta ao destinatário oportunidades de melhoria, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão ou dos programas e ações de governo.

5.1.7. Competência para representar

A sexta e última competência apontada por André Rosilho (2019) seria a possibilidade de o TCU “representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”, conforme definido no inciso XI do art. 71 da CF88. Em outras palavras, é a obrigação que o Tribunal possui de, no exercício do controle externo, ao constatar irregularidades cuja atribuição para solução do caso e correção da situação irregular não esteja no âmbito de sua competência, dar conhecimento dos fatos aos órgãos e entidades que possuam competência para tanto.

São exemplos dessa competência o envio de documentos e informações:

- a) ao Ministério Público competente, quando identificada a prática de crime ou de condutas que possam vir a configurar improbidade administrativa;
- b) à Secretaria da Receita Federal do Brasil, quando identificadas provas de sonegação fiscal de tributos administrados pela União; e
- c) aos Tribunais de Contas distrital, estaduais e municipais, quando identificadas irregularidades em recursos públicos que não sejam federais.

O Procurador de Contas do MPTCU, Júlio Marcelo de Oliveira (2022), corrobora esse entendimento ao afirmar que:

Se, incidentalmente, investigando um dano ao Erário causado por uma empresa contratada pelo Poder Público, o TCU deparar com algum indício de sonegação, caberá a ele encaminhar essa informação desde logo à Receita para que ela, e somente ela, apure a possível infração fiscal. Não cabe ao TCU, diante do indício, pretender apurar para só depois informar a Receita, até porque ela faz isso, autorizada por lei, de forma profissional e discreta, com todo o respeito às garantias constitucionais dos contribuintes, entre elas a do sigilo fiscal. O TCU simplesmente não tem competência para isso.

5.1.8. Conclusões sobre as competências do TCU

O Tribunal de Contas da União possui diversas competências e atribuições previstas na CF88 e na legislação infraconstitucional, especialmente na LOTCU, tendo papel fundamental no controle externo a ser exercido pelo Poder Legislativo, com o objetivo de garantir a boa e regular aplicação dos recursos federais. Para além disso, busca, mais recentemente, atuar com o objetivo, não apenas de punir os responsáveis, mas também de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão pública, aprimorando as instituições sob sua jurisdição.

Para isso, o Tribunal possui diversos instrumentos constitucionais, legais e regimentais, realizando sua fiscalização de diferentes formas a depender do objetivo que se almeja alcançar com sua atuação.

Contudo, há limites sobre o quê e sobre quem o TCU pode fiscalizar. A constituição foi bastante abrangente, mas, de certo modo abstrata ao tratar da jurisdição do TCU, colocando no campo do controle externo do Tribunal 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. Ou seja, não apenas órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, estão sujeitos ao controle da Corte de Contas, mas também pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que, de algum modo, administrem recursos federais ou, ainda, que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Qualificar as pessoas e os entes é o primeiro passo para identificar quem está efetivamente sob jurisdição do TCU e os limites do exercício do controle externo a ser exercido. Nessa linha, no próximo tópico, será realizado estudo sobre o ONS para verificar os aspectos de direito público que incidem sobre o operador do SIN. Mais especificamente, deverá ser detalhado o que o diferencia dos demais delegatários de serviço público do setor elétrico, com destaque para suas regras de composição, funcionamento, operação e fontes de recursos. Será ressaltada ainda a forma como a Aneel fiscaliza o ONS.

5.2. O Operador Nacional do Sistema Elétrico

5.2.1. Breve Introdução sobre o Setor Elétrico Brasileiro (SEB) e o Sistema Interligado Nacional (SIN)

Inicialmente, antes de falar do ONS em si, é preciso realizar um brevíssimo resumo, de modo a apresentar o contexto no qual ele está inserido. Não se pretende aqui fazer qualquer análise detalhada sobre o tema, mas apenas contextualizar o atual modelo do setor elétrico brasileiro (SEB) e os seus principais atores.

Nos anos 90, o Estado brasileiro promoveu as bases para o novo modelo do setor elétrico brasileiro a ser implementado a partir de 2003, que passou do modelo estatal monopolista para um modelo onde os serviços de energia elétrica deveriam ser prestados por entidades privadas, o que levou a uma série de privatizações de empresas públicas do setor (TOLMASQUIM, 2011).

O projeto de Reestruturação do Setor Elétrico (Re-SEB), criado em 1996, tinha como base a desverticalização (separação das empresas do setor de Geração, Transmissão e Distribuição), privatização de empresas e competição entre elas por meio de um Mercado Atacadista de Energia (MAE), além de um operador independente do sistema. Nessa linha, por meio da Lei 9.427/1996, foi criada a Aneel para regular o mercado. Além disso, houve a criação do MAE e do ONS (em substituição ao Grupo Coordenador das Operações Interligadas, subordinado à Eletrobras) por meio da Lei 9.648/1998.

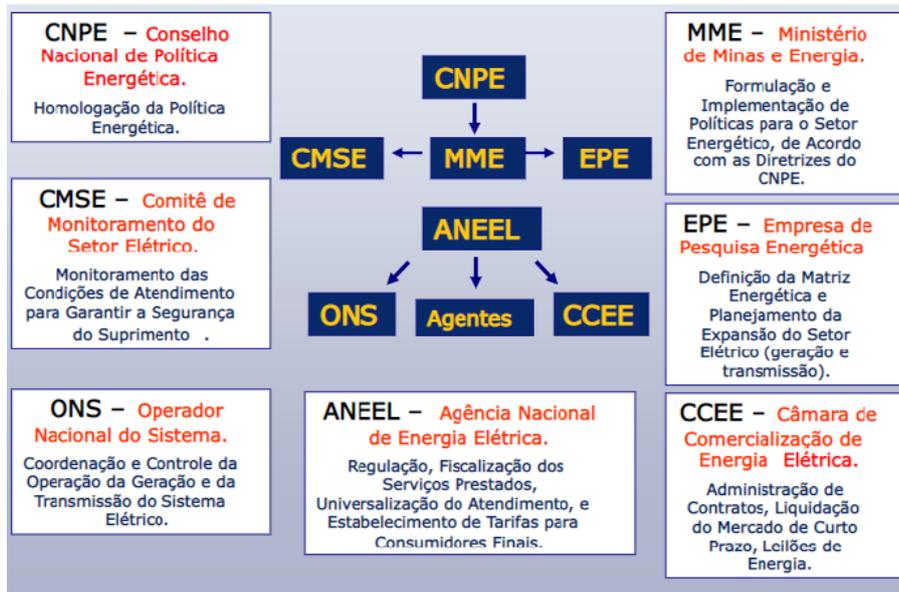
Após a crise do racionamento de energia em 2001, o novo governo federal eleito em 2002 promoveu novas alterações no setor, que viria a ser o novo modelo do setor elétrico brasileiro. Nesse cenário, transformou o MAE em Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) por meio da Lei 10.848/2004 e criou a Empresa de Pesquisa Energética por meio da Lei 10.847/2004, estabelecendo formalmente dois mercados: o ambiente de contratação regulada (ACR) e o ambiente de contratação livre (ACL)³⁰.

Assim, os principais agentes “públicos” do SEB atualmente e suas funções seriam os demonstrados na figura abaixo³¹:

³⁰ <https://megawhat.energy/verbetes/387/projeto-de-reestruturacao-do-setor-eletrico>. Acesso em 13/09/2002.

³¹ Informações mais detalhadas em: TOMALSQUIN, Maurício. Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro. Cap. 4., Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

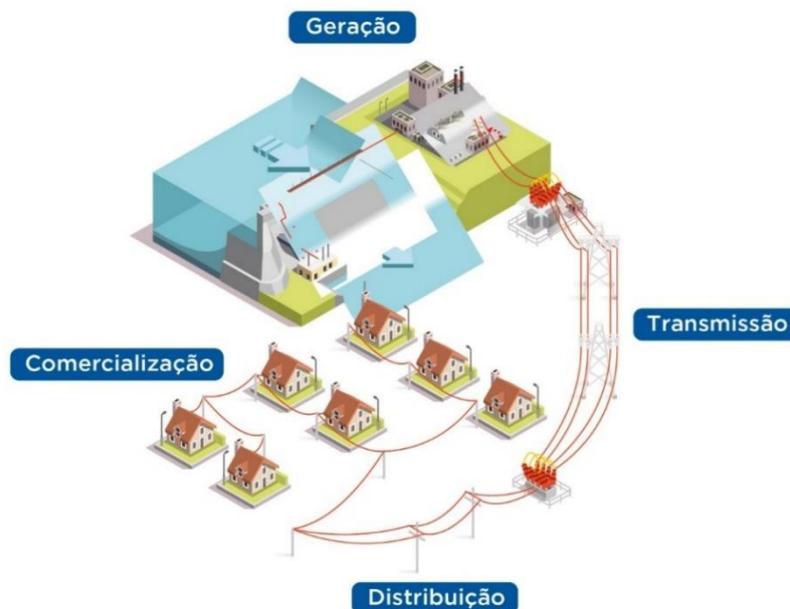
Figura 4 – Estrutura Institucional do Setor Elétrico Brasileiro



Fonte: Apresentação do Diretor de Transmissão da CEEE³²

Além dos agentes públicos, temos os agentes econômicos privados, sujeitos às diretrizes dos agentes institucionais detalhados na figura anterior, que efetivamente possibilitam a entrega de energia aos consumidores finais, sendo separados nos seguintes setores³³:

Figura 5 – Atividades de agentes econômicos no SEB



Fonte: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/inovacao-e-tecnologia/setor-eletrico-brasileiro/>. Acesso em 13/01/2023.

³² Disponível em <https://slideplayer.com.br/slide/10237876>. Acesso em 07/05/2023.

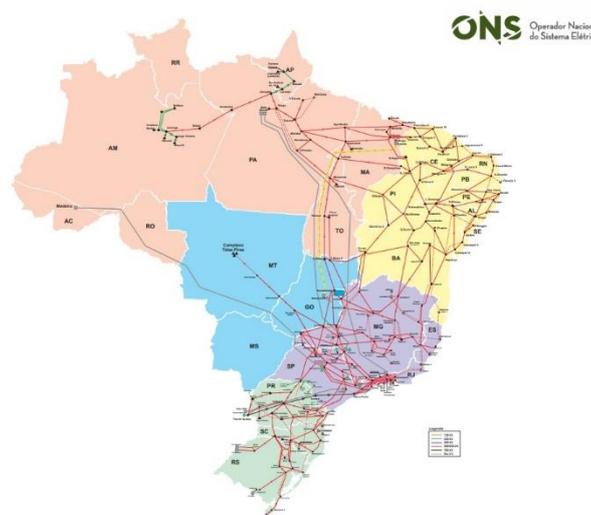
³³ Para aprofundamento, sugiro a leitura de: KAERCHER LOUREIRO, Luiz Gustavo et al. Manual de Direito da Energia Elétrica. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

Em apertada síntese, a função dos agentes de cada um desses segmentos é:

- a) Geração: produzir energia elétrica e injetá-la nos sistemas de transporte (transmissão e distribuição) para que chegue aos consumidores finais. A matriz elétrica brasileira é formada primordialmente por usinas hidrelétricas³⁴ (UHE), termelétricas (UTE), eólicas (EOL) e solares - fotovoltaica (UFV);
- b) Transmissão: transportar grandes quantidades de energia provenientes das usinas geradoras e entregar a energia às distribuidoras. Esse transporte de energia é realizado por meio de uma ampla rede de sistemas de transmissão por quase todo o país, denominado Sistema Interligado Nacional (SIN);
- c) Distribuição: receber a energia do sistema de transmissão e a distribuir no varejo para consumidores; e
- d) Comercialização: comprar e vender energia por meio de contratos bilaterais no ambiente livre, podendo revender esta energia aos consumidores livres, especiais, a outros comercializadores ou revender aos distribuidores (nesse último caso, apenas nos leilões do ambiente regulado).

No modelo brasileiro, a energia elétrica é majoritariamente transportada de grandes usinas geradoras de energia elétrica, de origem predominantemente hidrelétrica, para consumidores localizados principalmente em áreas urbanas, muito distante de onde ocorreu a geração. Esse transporte é realizado por uma base física (rede básica) denominada Sistema Interligado Nacional.

Figura 6 – Mapa do SIN



Fonte: <https://www.ons.org.br/paginas/sobre-o-sin/mapas>

³⁴ Kaercher Loureiro (2021) aponta que em 2019 a hidroeletricidade representava 68% da capacidade instalada.

As principais características do SIN são as seguintes (LOUREIRO et al., 2021):

- Sistema Elétrico que interliga praticamente todo o território brasileiro, com geradores, detentores de rede (transmissores), distribuidores e consumidores;
- A principal fonte de energia utilizada é a hidrelétrica, mas vem aumentando nos últimos o percentual das fontes alternativas intermitentes, como a eólica e a solar; e
- O objetivo do sistema é possibilitar a transferência de energia entre regiões, explorando diferentes fontes e períodos úmidos de cada região, de modo a preservar os reservatórios de águas das UHE em épocas de seca.

No SEB, a entidade que recebeu a atribuição para administrar o SIN, gerenciando quem e quando deve gerar energia de forma a manter o sistema estável e seguro, foi o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), objeto de estudo neste trabalho, cujas características serão detalhadas nos tópicos seguintes.

5.2.2. Base normativa e principais características gerais do ONS

De início, cabe registrar que, neste trabalho, serão realizados exames eminentemente jurídicos sobre as características do ONS. Desse modo, a parte técnica sobre como é realizada a operação e planejamento do SIN, os sistemas utilizados e detalhes mais aprofundados sobre a forma de atuar do operador serão mencionadas somente no contexto em que se mostre necessário para esclarecer e fundamentar as análises realizadas.

As previsões legais sobre a criação, atribuições e demais características do ONS encontram-se nos arts. 13 e 14 da Lei 9.648/1998. Sua regulamentação foi realizada por meio do Decreto 5.081/2004.

No *caput* do art. 13 de sua lei de criação, encontram-se as principais características do ONS, quais sejam:

- a) Coordena e controla a operação da geração e da transmissão do SIN;
- b) Realiza as atividades de previsão de carga;
- c) Planeja a operação dos sistemas isolados (não ligados ao SIN, ao exemplo do Estado de Roraima);
- d) Caracteriza-se como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, integrada por titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores

que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei 9.074/1995³⁵ (consumidores livres), que sejam conectados ao SIN; e

e) É fiscalizado e regulado pela Aneel.

No parágrafo único do mesmo artigo, são detalhadas outras atribuições do operador, quais sejam:

Parágrafo único. Sem prejuízo de outras funções que lhe forem atribuídas pelo Poder Concedente, constituirão atribuições do ONS:

- a) o planejamento e a programação da operação e o **despacho centralizado da geração**, com vistas a otimização dos sistemas eletroenergéticos interligados;
- b) a supervisão e coordenação dos centros de operação de sistemas elétricos;
- c) a supervisão e controle da operação dos sistemas eletroenergéticos nacionais interligados e das interligações internacionais;
- d) a contratação e administração de serviços de transmissão de energia elétrica e respectivas condições de acesso, bem como dos serviços ancilares;
- e) **propor ao Poder Concedente as ampliações das instalações da rede básica, bem como os reforços dos sistemas existentes, a serem considerados no planejamento da expansão dos sistemas de transmissão;**
- f) **propor regras para a operação das instalações de transmissão da rede básica do SIN, a serem aprovadas pela ANEEL.**
- g) a partir de 1º de maio de 2017, a previsão de carga e o planejamento da operação do Sisol.

(destaques inseridos)

Por fim, no que se refere à questão legal, destaca-se também que o Poder Concedente (materializado pelo MME) é o responsável por definir as regras de organização do ONS, ficando estabelecido que três dos cinco diretores do ONS, incluindo o Diretor-geral, serão indicados pelo Poder Concedente, conforme *caput* e § 1º do art. 14 da Lei 9.648/1998.

No que tange à regulamentação do ONS por meio Decreto 5.081/2004, mostra-se relevante destacar:

- a) A autorização por meio desse diploma para coordenar e controlar a operação da geração e da transmissão do SIN (art. 1º);

³⁵ Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica.

Art. 16. É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica.

- b) A necessidade de manter acordos operacionais com a CCEE e com a EPE, nesse último caso “com a finalidade de prover elementos e subsídios necessários ao desenvolvimento das atividades relativas ao planejamento do setor elétrico” (art. 3º, § 1º, incisos I e II);
- c) A indicação de um membro do Conselho de Administração do ONS pelo MME e outro pela EPE, dentre os dezessete membros desse conselho (art. 6º);
- d) A necessidade de que seu estatuto social seja aprovado pela Aneel (art. 8º); e
- e) A sua submissão a auditorias da Aneel em sistemas e procedimentos técnicos (art. 9º).

Diante do exposto, verifica-se nitidamente que o ONS se trata de entidade *sui generis*, sob a qual incidem normas de direito público e privado, não podendo ser enquadrada como uma entidade privada (associação civil, nos termos do art. 2º de seu estatuto, aprovado pela Resolução Autorizativa 328/2004 da Aneel³⁶) convencional, nem como entidade pública *stricto sensu*, conforme detalhado nos tópicos subsequentes.

Conforme apontam Gustavo Kaercher Loureiro e Felipe Calabria (2023³⁷):

(...) o ONS realiza, mediante uma autorização (prevista no 13 da Lei 9.648/1998 em consonância com o **art. 21, XII, b, da Constituição**), **uma atividade reservada relativa aos serviços de energia elétrica, talvez a mais crucial delas todas: exatamente, a operação do Sistema Interligado Nacional - SIN**. Assim como aconteceu nas origens do setor elétrico com as atividades de rede, em relação à usina, com a transformação e, mais recentemente, com a comercialização de energia elétrica, a operação do sistema, antes uma função interna e integrante dos serviços de geração e transmissão, ganhou autonomia jurídica e **passou a ser um serviço, atribuído a um sujeito específico e dotado de um título também específico (a já referida autorização)** [prevista no art. 13 da Lei 9.648/1998, com redação dada pela Lei 10.848/2004].

(...)

há importantes controvérsias jurídicas envolvendo não apenas o status das atribuições do ONS, mas também a sua própria natureza como pessoa jurídica, isto é, como sujeito de direito. **O ONS é frequentemente qualificado como uma pessoa jurídica sui generis (...)**

(...)

³⁶ Disponível em: https://www.ons.org.br/AcervoDigitalDocumentosEPublicacoes/Estatuto_ONS_rev_2020.pdf. Acesso em 13/04/2023.

³⁷ Livro ainda não publicado, sendo adotado o ano atual como referência.

constata-se, sem dificuldade, **o caráter absolutamente essencial das tarefas realizadas pelo ONS**. Essa essencialidade é técnica (o ONS deve operar o sistema elétrico de modo a garantir sua estabilidade e aptidão para atender com segurança e suficiência as necessidades de energia e potência dos consumidores) e econômica (ele o faz buscando a operação do sistema ao menor custo).

(...)

Como se constata (...), o ONS possui uma cerrada regulação que deixa **pouca margem de atuação para o exercício da autonomia privada**, sua e de seus integrantes. Com efeito, **tanto questões afeitas à sua natureza, composição, estrutura e governança, quanto aquelas relativas ao seu objeto social e atribuições foram decididas de modo unilateral e cogente pela União, por meio de leis e regulamentos, e pelo Regulador, por meio de atos administrativos normativos (resoluções)**. Isto está em radical oposição ao que se passa com outras pessoas jurídicas de direito privado, formalmente semelhantes ao ONS.

(destaques inseridos)

Nessa linha, os autores apontam para a clara interferência do Poder Concedente (União, por meio do MME) e da Agência Reguladora (Aneel) em diversos aspectos de uma instituição criada como pessoa jurídica de direito privado, diferenciando-a das demais entidades do setor elétrico com serviços delegados e instituídas sob o regime de direito privado, as quais estão sujeitas às regras dispostas na Lei 8.987/1995 e na Lei 9.427/1996.

Gabriela Brandão (2013), num estudo que envolve o ONS e a CCEE (também instituição privada sem fins lucrativos, prevista em lei e com forte interferência estatal), reforça esse entendimento de que essas entidades, apesar de estarem sujeitas “a regras mais restritivas que as demais pessoas jurídicas de direito privado, (...) ocupam uma posição de relativa supremacia com relação aos demais agentes privados que atuam no setor elétrico”, tendo-lhes sido atribuídos, pelo Poder Concedente, funções e poderes públicos para intervir na esfera jurídica de outros agentes do setor.

Nessa linha, ambas as instituições têm uma relação diferenciada tanto com o Poder Público quanto com os demais delegatários de serviço público do setor elétrico. Dessa forma, estariam sujeitas a um regime híbrido *sui generis*, nem totalmente privado nem público. Assim, “os modelos jurídicos tradicionais, de fato, não são suficientes para a classificação dessas entidades”, sendo elas atípicas.

A autora arremata ao final do texto que:

Trata-se, portanto, de **figuras jurídicas novas que não se enquadram nos modelos tradicionais** e cuja origem decorre da necessidade econômica de dotar o setor elétrico de um marco regulatório seguro e estável e de instituições responsáveis pela supervisão da operação do sistema e da comercialização de energia que, além de ágeis e flexíveis, permitam maior representatividade dos diversos interesses dos agentes que atuam no setor e que não sejam suscetíveis às pressões políticas, capazes de mudar com frequência os rumos da regulação setorial.

(destaque inserido)

Nos subtópicos seguintes detalhar-se-ão essas características que aproximam o ONS das regras de Direito Público, atraindo a competência do TCU para fiscalizar o operador.

5.2.3. Atividades desempenhadas pelo ONS

Tolmasquin (2011) define as atividades do ONS, da CCEE e da EPE como atividades especiais, não adentrando na celeuma sobre tratar-se de serviço público ou, ainda, de serviço de energia elétrica.

Vitor Lanza Veloso (2011) vai além e, como decorrente da lei, entende as atividades do ONS como “reservadas de exercício obrigatório, irrenunciáveis, intransferíveis, imodificáveis pela vontade do titular [ONS] e imprescritíveis”, configurando um serviço de energia elétrica autônomo de competência da União. Diante disso, não se trata de mera atividade de interesse público sujeita a uma especial regulação, mas de uma competência econômica pública prestacional, sujeita a um regime jurídico mínimo de direito público.

Para Loureiro e Calabria (2023), o ONS executa uma atividade essencial reservada, consubstanciada na operação do SIN, mediante autorização, nos termos do art. 21, inciso XII, da CF88. Além da operação do SIN, principal atividade do ONS, os autores destacam outras atribuições do operador, quais sejam:

- a) Controle do acesso de geradores, consumidores e distribuidores à Rede Básica;
- b) Realização de estudos com o objetivo de subsidiar o planejamento da expansão do SIN; e

c) Elaboração do custo marginal de operação (CMO), utilizado com base para cálculo do preço de liquidação das diferenças (PLD), que é utilizado no mercado de curto prazo pela CCEE.

Nessa linha, ao coordenar e controlar a operação do SIN e realizar a previsão de cargas e planejar e operar o Sistema Isolado, o ONS, em consonância com o apontado pelos autores, dever realizar suas atividades com três objetivos principais a serem alcançados, conforme art. 2º de seu Estatuto:

Art. 2º O ONS tem por objeto executar as atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN e as atividades de previsão de carga e planejamento da operação do Sistema Isolado - Sisol, sob a fiscalização e regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, com vistas a: (Redação dada pela REA ANEEL 8.652, de 10.03.2020)

I - promover a otimização da operação do sistema eletroenergético, visando o menor custo para o sistema, observados os padrões técnicos e os critérios de confiabilidade estabelecidos nos Procedimentos de Rede aprovados pela ANEEL;

II - garantir que todos os agentes do setor elétrico tenham acesso à rede de transmissão de forma não discriminatória;

III - contribuir, de acordo com a natureza de suas atividades, para que a expansão do Sistema Interligado Nacional – SIN se faça ao menor custo e vise as melhores condições operacionais futuras.

O professor Kaercher Loureiro (2021) aponta ainda, de forma resumida, os parâmetros que devem ser decididos pelo ONS ao administrar a operação do SIN:

A operação pressupõe diretrizes acerca de como serão conduzidas as atividades em um sistema elétrico, ou seja: (i) quanto produzir; (ii.) quando produzir; (iii.) como produzir (fonte e outras características da usina); (iv.) como transportar até os consumidores (considerando os limites e as características das diversas redes). Em sistemas com vários produtores e centros de consumo, a operação é sempre, em alguma medida, coordenada (no mínimo por razões de segurança operativa).

Nessa linha, “a ordem de despacho das usinas (formada nos momentos que antecedem a operação em tempo real) é feita pelo operador, em base a critérios que promovem a eficiência técnica e econômica do conjunto todo” do SIN, o que ocorre “independentemente dos arranjos contratuais ou preferências comerciais dos geradores”. Essa atividade é essencialmente técnica (estabilidade e segurança do

sistema) e econômica (menor custo na operação do sistema) (LOUREIRO e CALABRIA, 2023).

Sobre o tema, por sua relação com o art. art. 21, inciso XII, alínea “b” da CF88 (que fundamenta a principal atividade do ONS) é importante destacar a previsão constante do *caput* e do § 1º do art. 176 da CF88:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e **os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União**, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e **o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional**, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

(destaques inseridos)

Desse modo, os potenciais de energia hidráulica (gerenciados pelo ONS), são bens públicos federais e “adquirem autonomia jurídica como bens quando destinado à ‘exploração ou aproveitamento’ energético” (LOUREIRO, 2021). Nesses exatos termos descreve a CF88 em seu art. 20, inciso VIII: “Art. 20. São bens públicos da União (...) VIII – os potenciais de energia hidráulica”.

Por sua vez, no que se refere às atividades de planejamento, o ONS junto com a EPE, realiza o planejamento do SEB. Enquanto a EPE possui uma visão de médio e longo prazo (até 30 anos), o ONS trabalha no curto e médio prazo (até 5 anos) com o planejamento da operação do SIN, uma vez que (Tolmasquin, 2011):

- a) Elabora projeções de carga com base nas projeções de mercado elaboradas pela EPE;
- b) Planeja a geração de energia por meio do Planejamento Anual da Operação Energética (PEN) e dos Programas Mensais de Operação (PMO);
- c) Realiza o planejamento da transmissão, ao elaborar o Plano de Ampliação e Reforços (PAR), de modo a dar maior segurança operativa ao SIN; e
- d) Participa da análise de restrições ambientais e de uso múltiplo da água por meio de articulação institucional com a Agência Nacional de Águas (ANA),

definindo condições de operação dos reservatórios de águas nas UHEs, fornecendo ainda informações sobre restrições da transmissão e do uso múltiplo da água.

Esse planejamento da operação até a etapa coordenação e controle diário é resumida por Bruno Abreu Bastos (2018):

O planejamento da operação é uma etapa do controle realizado pelo ONS no qual são elaboradas previsões, em um horizonte de até cinco anos, para as condições futuras do sistema no atendimento ao mercado consumidor de energia elétrica. Com base nos resultados do processo de planejamento, é conduzido o processo de programação diária da operação, etapa que visa estabelecer os programas de geração hidráulica e térmica para os concessionários e autorizados de geração, os intercâmbios de energia entre os subsistemas do SIN (Norte, Nordeste, Sudeste/Centro-Oeste e Sul), bem como as diretrizes para a operação eletroenergética no tempo real

Em outra obra, Bastos (2017) entende que o ONS exerce verdadeira regulação pública não estatal, possuindo algumas características de um regulador tradicional, realizada em rede com outros agentes do setor (Aneel, EPE, ANA, CCEE), haja vista que:

- a) participa da regulamentação de regras do SEB, ao propor os procedimentos de rede, a serem aprovados pela Aneel, contribuindo normativamente para o processo;
- b) os diretores da entidade possuem estabilidade nos seus mandatos e autonomia em sua atuação, a exemplo do que ocorre nas agências reguladoras; e
- c) as ordens expedidas pelo ONS, a exemplo da ordem de despacho das usinas geradoras devem obrigatoriamente ser cumpridas pelos concessionários, sob pena de notificação pelo operador e posterior sanção pela Aneel.

5.2.4. Natureza jurídica do sujeito ONS

Tolmasquin (2011) define o ONS como pessoa jurídica de direito privado atípica, uma vez que desempenha funções de interesse público, especialmente planejar e

coordenar a operação do SIN. Nesse sentido também se manifestou o Ministro do STF Gilmar Mendes, no âmbito Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.100-7/DF³⁸.

O ONS foi constituído sob a forma de associação civil, pessoa jurídica de direito privado (art. 1º de seu estatuto). As características desse tipo de associação encontram-se reguladas nos arts. 53 a 61 do Código Civil, destacando-se que o conjunto de princípios e regras vitais que regulamentam o funcionamento e a organização deverão estar previstas em seu estatuto, o qual, via de regra, é elaborado livremente por seus associados, atendidos os requisitos da legislação. No caso, esse estatuto é elaborado geralmente por uma comissão selecionada pelos associados fundadores³⁹ e aprovado pela assembleia geral para posterior registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas⁴⁰.

Essa liberdade foi restringida pela Lei de criação do ONS e pelo seu decreto regulamentador, os quais definiram diversas características e diretrizes a serem observadas pelo operador, vinculando-o permanentemente ao Poder Público. Nesse sentido, Elusa Moreira Barroso (2013) destaca:

- a) A criação do ONS por lei e não pela livre iniciativa dos interessados;
- b) As formas de receita, as responsabilidades, as obrigações, entre outros aspectos, que não resultam da vontade dos associados;
- c) A definição do Poder Público como membro participante da associação; e
- d) A indicação da maioria dos membros da diretoria, inclusive do Diretor-Geral, pelo MME.

Nessa linha, Gabriela da Silva Brandão (2013) conclui que o ONS e, também, a CCEE:

submetem-se a um regramento mais rígido no que concerne às relações com o Poder Público, ao terem que submeter seu estatuto social e boa parte dos atos a serem praticados à aprovação prévia de entes públicos, não possuindo a mesma liberdade de iniciativa no exercício de suas atividades que as outras entidades de direito privado comuns têm.

(...)

não apenas as atividades exercidas pelo ONS e pela CCEE distinguem-se das atividades comumente atribuídas a pessoas jurídicas de direito privado, como a

³⁸ Adi 3.100-7/DF. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491804>. Acesso 13/06/2023.

³⁹ <https://www.associattec.com.br/estatuto-social-de-associacao-o-que-e-como-elaborar-e-como-alterar/>. Acesso em 22/06/2023.

⁴⁰ Código Civil. Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas

própria natureza jurídica dessas entidades não pode ser equiparada à das demais entidades privadas.

Isto porque, ao analisar as relações do ONS e da CCEE com o Poder Público e com os demais agentes privados que atuam no setor elétrico, constata-se que são estabelecidas relações de sujeição especial tanto dessas entidades com relação ao Poder Público como sobre os demais agentes privados, que podem ter suas esferas jurídicas diretamente afetadas por sua atuação.

Desta forma, o ONS e a CCEE não constituem pessoas jurídicas de direito privado comuns que simplesmente exercem atividades especiais, consistem, ao contrário, em pessoas jurídicas de direito privado atípicas submetidas a regime jurídico híbrido distinto do regime de direito privado, uma vez que influenciado por algumas restrições de direito público que não se assemelham ao regime aplicável às entidades privadas que compõem a Administração Pública Indireta, muito mais restritivo.

Conforme se verifica, apesar de ter sido criado como associação civil sem fins lucrativos, o ONS possui diversas características que o difere das pessoas jurídicas tradicionais constituídas sob essa forma, principalmente em razão das atividades que exerce (já comentadas) e de suas relações com o Poder Público, detalhadas em seguida.

5.2.5. Relações do ONS com o Poder Concedente e com outros agentes econômicos integrantes do SIN

Loureiro e Calabria (2023) apontam que “o tipo de personalidade jurídica do ONS [associação]; a sua composição (...); a sua estrutura orgânica; o papel das diversas esferas do poder público em face do ONS e, ainda, seus recursos e fontes de financiamento” foram todas estabelecidas pelo Poder Público⁴¹ de forma coativa e unilateral.

Os autores argumentam ainda que é muito intensa a interferência do Poder Público no ONS. No caso, o Poder Concedente, especialmente por meio do MME:

- a) definiu abstratamente a pessoa jurídica e as regras de organização do operador;
- b) outorgou a autorização, prevista legalmente, para execução de suas atividades;
- c) é membro da entidade na qualidade de participante;

⁴¹ Em especial pelos artigos 13 e 14 da Lei 9.648/1998, Decreto 5.081/2004 e Resolução Autorizativa 328/2004 da Aneel (Estatuto do ONS).

- d) indica três dos cinco membros da Diretoria, incluindo o Diretor-Geral; e
- e) tem representantes no Conselho de Administração da instituição.

Por sua vez, a Aneel possui um poder de regulação e fiscalização muito mais abrangente sobre o ONS do que sobre os demais delegatários de serviço de energia elétrica, tendo em vista que é responsável por:

- a) realizar auditoria de performance dos despachos, bem como dos sistemas e procedimentos técnicos do ONS, conforme arts. 3º, inciso VI, e 9º do Decreto 5.081/2004;
- b) aprovar os procedimentos de rede propostos pelo operador;
- c) aprovar o próprio estatuto do ONS e alterações posteriores; e
- d) aprovar o orçamento anual da entidade e analisar sua prestação de contas.

Para Vitor Lanza Veloso (2011), em decorrência da proeminente atividade de interesse público realizada pelo operador, ocorre essa ampla e especial regulação e fiscalização incidente sobre sua “atividade de coordenação da operação do SIN, com um significativo controle do Poder Público (Aneel) sobre as regras e condições a que ela se submete”, evidenciando “o traço público do seu regime jurídico”.

O ONS mantém ainda uma relação próxima com a EPE e a CCEE, por meio da celebração de acordos operacionais específicos, “que envolvem o compartilhamento de bancos de dados, sistemas e modelos computacionais, bem como a troca regular de informações⁴²”.

Em relação à EPE, o ONS participa do planejamento do SEB, com previsões de carga, planejamento da geração e da transmissão e, mais especificamente, elaboração do Plano de Ampliação e Reforços (PAR) da Rede Básica.

O operador também interage constantemente com a CCEE, com o objetivo de possibilitar a contabilização e liquidação das transações de compra e venda de energia elétrica, de modo a ajustar os valores contratados no mercado de energia (administrados pela CCEE) com a geração efetivamente realizada pelos geradores (controlados de modo centralizado pelo ONS). Além disso, o ONS calcula o Custo Marginal de Operação (CMO), que é a principal base utilizada para o cálculo do Preço de Liquidação das Diferenças (PLD) a ser utilizado pela CCEE na contabilização dos valores a pagar no mercado de curto prazo (Tolmasquin, 2011).

O ONS participa ainda como membro, junto com outros agentes públicos:

⁴² Os termos de cooperação com essas instituições podem ser obtidos em: <https://www.ons.org.br/paginas/sobre-o-ons/relacionamentos>. Acesso 13/06/2023.

- i) do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE), o qual tem a função de acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético em todo o território nacional⁴³;
- ii) da Comissão Permanente para Análise de Metodologias e Programas Computacionais do Setor Elétrico (Cpamp), instituída com a finalidade de garantir coerência e integração das metodologias e programas computacionais utilizados pelo ONS, pelo MME, pela EPE e pelo MME⁴⁴; e
- iii) até a edição do Decreto 6.685/2018, constava a previsão expressa de possibilidade de participação do ONS nas reuniões do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), sendo então alterado o § 4º do artigo 2º do Decreto 3.520/2000 para expandir a possibilidade de participação de dirigentes máximos de outros órgãos e entidades da administração pública de uma forma genérica, sem direito a voto, inclusive do ONS.

Em relação aos agentes econômicos do SEB, por controlar o sistema, há verdadeira submissão desses agentes, haja vista que o “atendimento às suas ordens de despacho é crucial para o funcionamento adequado do Sistema Interligado Nacional.” Essa necessidade de atendimento aos comandos do operador decorre tanto por serem associados do ONS como, especialmente, por serem agentes setoriais delegados do Poder Concedente, estando, nesse último caso, assim como o operador, sujeitos às normas emanadas pelo Poder Concedente (inclusive sobre a obrigação de se associarem ao ONS), especialmente aos Procedimentos de Rede, que são as regras propostas pelo próprio operador e aprovadas pela Aneel, conforme Resolução Normativa (REN) 903/2020 da agência (Loureiro e Calabria, 2023).

Há, portanto, clara e direta interferência do ONS na esfera privada dos demais particulares, o que reforça a existência de relação de sujeição especial dos demais agentes econômicos, especialmente os responsáveis pela Geração e Transmissão de energia elétrica, relativamente ao ONS. Entretanto, apesar dessa posição de relativa supremacia sobre os demais entes privados e da submissão a um regramento mais restritivo, o ONS não possui as prerrogativas das pessoas jurídicas de direito público a que se assemelha no exercício de suas atribuições, a exemplo das agências reguladoras, exceto pelos contornos de “regulação pública não estatal” detalhada por Bruno de Abreu Bastos (2018), já mencionados anteriormente.

⁴³ Conforme Lei 10.848/2004 e Decreto 5.175/2004.

⁴⁴ Conforme Resolução CNPE 1/2007,

5.2.6. Natureza dos recursos que financiam o funcionamento do ONS

O art. 34 do Estatuto do ONS (REA - Aneel 328/2004) prevê as fontes de recursos do ONS, quais sejam:

Art. 34. No ano de revisão orçamentária periódica, o ONS deverá apresentar para análise e aprovação da ANEEL, até 31 de julho, a proposta orçamentária para o ciclo orçamentário seguinte. (Redação dada pela REA ANEEL 8.652, de 10.03.2020)

Parágrafo único. São fontes de recursos do ONS: (Redação dada pela REA ANEEL 1.888, de 22.04.2009)

I – Contribuições de seus membros associados, proporcional ao número de votos na Assembléia-Geral, incluídas na Parcela “A” para fins de repasse tarifário e as recolhidas por outros associados e agentes do setor elétrico que não estão sujeitas a repasse tarifário; (Redação dada pela REA ANEEL 1.888, de 22.04.2009)

II – Recursos decorrentes do orçamento elaborado pelo ONS e aprovado pela ANEEL: (Redação dada pela REA ANEEL 1.888, de 22.04.2009)

a) repassados pelos associados e agentes do setor elétrico conectados à Rede Básica, cujos valores são incluídos na Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão - TUST e na Parcela “A” das Tarifas do Serviço de Energia Elétrica; (Incluída pela REA ANEEL 1.888, de 22.04.2009)

b) recolhidos por outros associados e agentes do setor elétrico que não estão sujeitos a repasse tarifário; e (Incluída pela REA ANEEL 1.888, de 22.04.2009)

c) outras receitas autorizadas pela ANEEL. (Incluída pela REA ANEEL 1.888, de 22.04.2009)

d) receitas provenientes da emissão de documentos e prestação de serviços aos agentes do setor elétrico. (Incluída pela REA ANEEL 8.652, de 10.03.2020)

e) receitas provenientes de convênios firmados com entidades sem fins lucrativos. (Incluída pela REA ANEEL 8.652, de 10.03.2020)

III - outras fontes que venham a ser aprovadas pela ANEEL.

Por se tratar de entidade sem fins lucrativos, os recursos do orçamento do ONS não aplicados pelo operador no exercício financeiro a que se referem deverão ser restituídos (compensados no orçamento do exercício seguinte), conforme art. 36 do Estatuto da entidade.

As normas que tratam do assunto são, em sua maioria, resoluções da Aneel, haja vista que a ela compete “aprovar o orçamento e a prestação de contas do ONS, bem

como definir a parcela de encargos de uso do sistema de transmissão que será custeada pelos Agentes de Transmissão” (Barroso, 2013).

Para se ter uma ideia da dimensão do custo do ONS, a Aneel aprovou a proposta orçamentária do operador para o triênio 2022-2024, prevendo para o primeiro ano despesas da ordem de R\$ 809 milhões, o que representa aproximadamente 0,2% da tarifa final dos consumidores cativos⁴⁵. Para custear esse gasto, 96,43% dos recursos serão decorrentes dos encargos de uso do sistema de transmissão, ou seja, serão repassados, ao final, para o valor das tarifas a serem pagas pelos consumidores. A figura abaixo detalha os valores aprovados.

Figura 7 - Orçamento do ONS aprovado pela Aneel para o triênio 2022-2024

(Em R\$ Mil)

ONS - Proposta Orçamentária para o Ciclo 2022-2024				
USOS	2022	2023	2024	Ciclo 2022-2024
	809.349	781.982	777.956	Total
Itens Operacionais	754.114	730.970	741.712	2.226.796
Despesas Operacionais	639.255	620.659	634.360	1.894.274
Pessoal	371.068	392.549	405.525	1.169.142
Administradores	10.555	10.741	10.741	32.036
Treinamento	4.231	4.495	4.648	13.373
Materiais	5.739	3.347	3.063	12.148
Serviços de Terceiros	195.064	156.631	158.296	509.992
Arrendamento e Aluguéis	44.600	45.366	45.209	135.175
Outros	7.997	7.531	6.879	22.407
Encargos sobre a Receita	106.411	102.764	102.228	311.403
Tributos	8.449	7.546	5.125	21.120
Carteira de Projetos	32.578	33.273	23.813	89.663
Aquisições / Benfeitorias	22.656	17.740	12.431	52.827
FONTES	809.349	781.982	777.956	2.369.287
Encargos de Uso da Transmissão	780.482	753.116	749.090	2.282.688
Contribuição Associativa Ordinária	27.366	27.366	27.366	82.098
Outras Receitas autorizadas pela ANEEL	1.500	1.500	1.500	4.500

Fonte: Resolução Autorizativa - Aneel 10.991/2021⁴⁶

⁴⁵ Informação constante da Nota Técnica 203/2021 – SFF/Aneel. Disponível em:

https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/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_idDocumento=45300&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp. Acesso em 13/06/2023.

⁴⁶ Disponível em: https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/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_idDocumento=45300&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp

Atualmente, a norma que trata dos critérios para gestão orçamentária do ONS é a REN – Aneel 1.017/2022⁴⁷, na qual destaca-se que a prestação anual de contas do ONS deve:

- a) seguir as normas contábeis do país, em especial os pronunciamentos contábeis do CPC;
- b) ser apresentada à Aneel e publicada em área de livre acesso na sua página na internet até o final do mês de abril do ano subsequente a que se refere; e
- c) vir acompanhada do relatório de auditoria independente emitido por empresa registrada na CVM.

Quanto à natureza desses recursos, se pública ou privada, trata-se de matéria bastante controversa, a qual foi objeto de amplo debate no âmbito do TC 006.113/2014-1. No caso, conforme destacado no voto complementar da Ministra-Relatora do pedido de reexame, o Acórdão 798/2016-TCU-Plenário “se limitou a considerar o Operador Nacional do Sistema Elétrico como ente jurisdicionado ao Tribunal, sem estabelecer a forma como o controle externo será exercido, matéria que ainda será analisada nas ações de controle específicas”. A Ministra Ana Arraes acrescentou que o debate mais aprofundado sobre a natureza jurídica das fontes de recurso do ONS deveria “ficar para outra oportunidade, na qual se estabelecerá qual o modelo de controle será exercido sobre a entidade jurisdicionada”.

Para definição da natureza dos recursos financeiros do orçamento do ONS é necessário analisar, inicialmente, a origem dessas receitas.

Em geral, recursos públicos são aqueles provenientes do setor público, ou seja, do governo e de suas entidades governamentais. Esses recursos são arrecadados, em sua maioria, por meio de tributos e outras fontes de receita estabelecidas por lei, sendo utilizados para financiar as atividades do governo, como a prestação de serviços públicos, investimentos em infraestrutura, educação, saúde, segurança pública, entre outros. Nessa linha, devem ser utilizados de acordo com os interesses coletivos e as políticas públicas estabelecidas, bem como aplicados de forma transparente, visando ao bem-estar da sociedade como um todo.

[de=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=45652&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp](#). Acesso em 13/12/2022.

⁴⁷ Disponível em <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren20221017.html>. Acesso 13/05/2023.

Já os recursos privados são provenientes do setor privado, englobando as pessoas física e as jurídicas, independentemente se praticam atividade empresarial ou se não possuem fins lucrativos. Esses recursos são obtidos por meio de receitas geradas por atividades econômicas, como vendas de produtos e serviços, investimentos, doações, entre outros. São controlados pelos particulares com ampla liberdade e são utilizados para financiar suas operações, investimentos e outros objetivos específicos, de acordo com suas necessidades e interesses privados, tendo um caráter mais individualista.

Em relação às receitas, importante destacar algumas regras e conceitos dispostos na Lei 4.320/1964, que instituiu normas gerais de direito financeiro dos entes federativos:

Art. 3º A **Lei de Orçamentos compreenderá todas as receitas**, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei.

(...)

Art. 9º **Tributo é a receita derivada instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições** nos termos da constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades.

(destaques inseridos)

A título de esclarecimento, receitas derivadas são aquelas provenientes da arrecadação de tributos e outras contribuições compulsórias dos cidadãos e das pessoas jurídicas. Elas são chamadas de derivadas porque dependem da ação do Estado em cobrar os tributos e derivam da exigência sobre o patrimônio de um particular.

Por sua vez, receitas originárias são aquelas provenientes de recursos próprios do Estado, ou seja, que não dependem de uma contraprestação direta do contribuinte. Exemplos de receitas originárias são as receitas patrimoniais, como aluguéis de imóveis públicos, bem como receitas provenientes de empresas estatais, como os dividendos.

Realizada essa breve explanação, verifica-se, conforme apontado na lei supracitada, que as receitas, via de regra, devem constar dos orçamentos dos entes federativos. A principal receita utilizada para possibilitar os gastos do orçamento são as receitas derivadas de tributos cobrados da Sociedade. Para se ter uma ideia, tomando por base o orçamento constante da LOA de 2023, a estimativa de arrecadação por meio de tributos (impostos, taxas e contribuições) representa 0,87% das receitas correntes (para funcionamento ordinário do Estado), conforme figura abaixo.

Figura 8 – Estimativas de receitas para o exercício de 2023 na LOA

Anexo I - Receita dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social por Categoria Econômica e Origem

*Valores em R\$1,00.
Recursos de todas as fontes.*

ESPECIFICAÇÃO	VALOR
1. RECEITAS CORRENTES	2.367.191.535.840
Impostos, Taxas e Contribuições de Melhoria (1)	876.183.482.228
Contribuições (1)	1.182.383.086.638
Receita Patrimonial (1)	198.401.622.597
Receita Agropecuária (1)	37.250.426
Receita Industrial (1)	6.496.394.187
Receita de Serviços (1)	72.643.483.359
Transferências Correntes (1)	137.936.329
Outras Receitas Correntes (1)(2)(3)	30.908.280.076
2. RECEITAS DE CAPITAL	824.446.353.061
Operações de Crédito (3)(4)	594.966.501.652
Alienação de Bens (4)	503.029.120
Amortização de Empréstimos (4)	46.118.172.448
Transferências de Capital (4)	118.745.692
Outras Receitas de Capital (4)	182.739.904.149
SUBTOTAL (1 + 2)	3.191.637.888.901
3. REFINANCIAMENTO DA DÍVIDA PÚBLICA FEDERAL	2.010.264.256.580
TOTAL	5.201.902.145.481

(1) Inclui: (i) Multas e Juros de Mora do principal; (ii) Dívida ativa; (iii) Multas e Juros de Mora da Dívida Ativa.

(2) Inclui: Multas e Juros de Mora (do principal e da dívida ativa) das Receitas de Capital.

(3) Exclusive Refinanciamento da Dívida Pública Federal.

(4) Inclui: Dívida Ativa. Exclui: Multas e Juros de Mora do principal e da Dívida Ativa.

Fonte: Anexo I da Lei 14.535/2023 (LOA 2023).

Apesar de significativas, existem outras receitas não tributárias na composição do orçamento e, ainda, receitas que sequer transitam pelo orçamento, como será visto mais adiante.

Para definição do que é tributo, pega-se emprestado o conceito previsto nos arts. 3º e 4º do Código Tributário Nacional – CTN (Lei 5.172/1966):

Art. 3º Tributo é toda **prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.**

Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, **sendo irrelevantes para qualificá-la:**

I - **a denominação** e demais características formais adotadas pela lei;

II - **a destinação legal** do produto da sua arrecadação.

(...)

Art. 97. **Somente a lei** pode estabelecer:

I - **a instituição de tributos**, ou a sua extinção;

(...)

III - a **definição do fato gerador** da obrigação tributária principal

(destaques inseridos)

Conforme ensina Leandro Paulsen (2014), os tributos podem ser classificados em 5 espécies: imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições especiais (ou simplesmente contribuição). Em apertadíssima síntese, as características desses tributos são:

- i) Imposto: é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte (art. 16 do CTN);
- ii) Taxa: é o tributo cuja obrigação tem como fato gerador o exercício do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (art. 145, inciso II, da CF88);
- iii) Contribuição de melhoria: é o tributo utilizado para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado (art. 81 do CTN);
- iv) Empréstimo compulsório: é o tributo utilizado para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; ou no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional (art. 148 da CF88); e
- v): Contribuições: tributo utilizado para custear atividades específicas, a exemplo das sociais (especialmente as da seguridade social), de intervenção no domínio econômico (CIDE), de interesse das categorias profissionais e econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas (art. 149), bem como a recém-criada contribuição para custeio da iluminação pública municipal (Cosip) (art. 149-A).

Apresentados os principais conceitos necessários, passa-se ao exame da celeuma jurídica ocorrida no âmbito do TC 006.113/2014-1 acerca da natureza dos recursos que financiam o funcionamento do ONS, destacando-se os principais argumentos expostos no processo.

Inicialmente, por meio do voto condutor do Acórdão 798/2016-TCU-Plenário, o Ministro-Relator Vital do Rêgo asseverou que o ONS “possui natureza privada e

orçamento constituído da arrecadação de cobrança tarifária transferida para o usuário final do sistema elétrico”. Apesar disso, pugnou pela “natureza pública dos recursos geridos pela associação. Ainda que não se trate propriamente de uma receita pública na interpretação literal da definição desse tipo de receita, ela possui viés público”.

Todavia na análise do recurso de revisão impetrado pelo ONS, a Serur dissentiu do relator da análise de mérito, alegando resumidamente que:

8.10 Entretanto, assiste razão ao recorrente no sentido de **que o agente obrigado ao pagamento da TUST é a própria distribuidora de energia elétrica, a qual não se confunde com seus consumidores, e que o repasse desses custos à tarifa de energia decorre das previsões de seu contrato de concessão junto à ANEEL.**

(...)

8.12 Embora seja evidente que a atividade seja custeada por recursos em última análise oriundos de uma coletividade de usuários de serviço público – aspecto enquadrado, pelo voto condutor do Acórdão recorrido, como “viés público” – trata-se, por si só, de característica insuficiente para estabelecer a competência dessa Corte de Contas para a fiscalização dos recursos financeiros nela empregados.

(...)

8.14 **Embora sejam fixadas pelo poder concedente e constituam espécie do gênero “preço público”, tarifas representam a contraprestação pecuniária contratual e facultativa, paga diretamente pelo usuário ao respectivo prestador do serviço. Quando são recebidas pela Administração pública, classificam-se como receita pública originária, mas quando pagas a particulares que prestam o serviço público por delegação, não se encaixam em nenhuma das modalidades de receitas públicas, originárias ou derivadas.**

8.16 Ressalve-se que, nos termos do Voto condutor do Acórdão recorrido, o debate sobre a origem dos recursos geridos pelo ONS ocorreu apenas como reforço à exposição à época apresentada. **O fato de que os recursos financeiros geridos pelo ONS não podem ser classificados como recursos públicos propriamente ditos foi considerado insuficiente para afastar a necessidade de prestação de contas** em sentido amplo em relação às atividades de gestão de bens públicos federais.

8.17 Entretanto, quando se verifica que: i) as referidas atividades de gestão de bens públicos federais são apenas um aspecto da prestação de serviço público de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica integrantes do Sistema Interligado Nacional; e ii) **os recursos gerenciados pelo ONS não se qualificam como receita pública originária ou**

derivada, mas sim como recursos particulares; conclui-se que o ONS, embora possa ser considerado como prestador de serviço público delegado por autorização, juridicamente **não utiliza, arrecada, guarda, gerencia ou administra nem recursos financeiros públicos, nem bens públicos (ou pelos quais a União responda), nem assume obrigações de natureza pecuniária em nome da União.**

10.4 Embora sejam fixadas pelo poder concedente e **constituam espécie do gênero “preço público”, tarifas representam a contraprestação pecuniária contratual e facultativa,** paga diretamente pelo usuário ao respectivo prestador do serviço. **Quando são recebidas pela Administração pública, classificam-se como receita pública originária, mas quando pagas a particulares que prestam o serviço público por delegação, não se encaixam em nenhuma das modalidades de receitas públicas, originárias ou derivadas. Os recursos gerenciados pelo ONS não se qualificam como receita pública originária ou derivada, mas sim como recursos particulares.**

(destaques inseridos)

Em contrapartida, o MPTCU, por meio do Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado, defendeu que o ONS possuiria diversas características das Organizações Sociais (OS) e que seus recursos possuíam elementos de natureza parafiscal (similares aos recursos recebidos pelos Serviços Sociais Autônomos), haja vista serem compulsórios (ainda que, no caso do ONS, a obrigação não esteja diretamente prevista lei) e não transitarem pelo orçamento, em razão do que o ONS seria jurisdicionado do TCU, conforme transcrito:

Vê-se que no nascedouro do Operador incide a primeira característica que atrai para ele a sujeição ao Parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal: efetivamente, ele utiliza, guarda e administra bens públicos que lhes foram transferidos dos órgãos extintos e dos quais assumiu as funções de coordenação e controle da operação do Sistema Interligado Nacional. Esse aspecto também é observável nas entidades privadas qualificadas como organizações sociais que absorvem atividade pública publicizável: elas também passam a ter a guarda e administração de bens públicos que lhe são transferidos da entidade pública extinta.

Com efeito, o ONS, a rigor, somente não é passível de qualificação como organização social porque suas atividades – de caráter exclusivo e eminentemente públicas, como será tratado mais adiante – não se enquadram entre aquelas previstas no art. 1º da Lei nº 9.637/1998: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura ou saúde. Por isso, o legislador pátrio lhe definiu a roupagem

– em tudo semelhante a uma organização social – mediante norma própria, no caso, o art. 13 da Lei nº 9.648/1998.

(...)

A Serur, acolhendo argumento do recorrente, conclui em seu exame que, embora sejam fixadas pelo poder concedente e constituam espécie do gênero “preço público”, as tarifas que mantêm o ONS representam a contraprestação pecuniária contratual e facultativa, paga diretamente pelo usuário ao respectivo prestador do serviço. Nesse sentido, seriam receitas recebidas pelos particulares prestadores dos serviços públicos (distribuidoras de energia elétrica, mediante pagamento da Tarifa de uso do Sistema de Transmissão – TUST) e não se constituiriam em recursos públicos.

Todavia, o modelo de aporte de recursos ao ONS deve ser avaliado – para se afirmar a jurisdição do TCU – segundo a sua característica parafiscal, no sentido de que esses recursos são buscados compulsoriamente junto aos associados do sistema elétrico e têm por fim o financiamento de uma atividade pública.

Com efeito, a Aneel impõe, nos contratos de concessão, cláusula sobre a obrigatoriedade de custeio do ONS. Assim, nos Contratos de Uso do Sistema de Transmissão, há previsão para a cobrança mensal de Encargos de Uso do Sistema de Transmissão e de emprego de recursos dessa fonte no pagamento ao ONS pelos serviços de coordenação e controle da operação dos sistemas interligados e de administração dos serviços de transmissão por ele prestados, conforme já explicitado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica em suas instruções de peças 19 e 28.

A compulsoriedade da busca de recursos para a operação e funcionamento do ONS imprime a esses valores um componente de parafiscalidade, na medida em que a arrecadação desses valores junto aos associados do sistema – seja via canalização de tarifas, seja via contribuição direta dos agentes concessionários e permissionários – tem por intuito manter atividade específica desenvolvida por entidade de direito privado, mas voltada para relevante interesse social, como é o caso das atribuições a cargo do Operador Nacional.

Sobre o assunto, é oportuno apresentar importantes considerações sobre o fenômeno da parafiscalidade, conforme formuladas por Roque Antonio Carrazza (Curso de Direito Constitucional Tributário):

Também as 'contribuições parafiscais' não se constituem numa nova modalidade de tributos. São, simplesmente, tributos.

Conforme já afirmamos, os tributos quase sempre são arrecadados pela pessoa que os instituiu. Como, porém, a capacidade tributária ativa é delegável por lei, nada obsta a que uma pessoa, diversa daquela que criou a exação, venha, afinal, a arrecadá-la. Para tanto, basta, fundamentalmente, que a pessoa beneficiada persiga finalidades públicas ou, pelo menos, de interesse público, isto por

exigência do princípio da destinação pública do dinheiro arrecadado mediante o exercício da tributação.

Ora bem, quando uma pessoa, que não aquela que criou o tributo, vem a arrecadá-lo, para si própria, dizemos que está presente o fenômeno da parafiscalidade. E, de modo mais ou menos invariável, o tributo assim cobrado ganha o nome de 'contribuição parafiscal'.

Nos termos do art. 14 da Lei 9.648/1998, cabe ao Poder Concedente definir as regras de organização do ONS e implementar os procedimentos necessários ao seu funcionamento, o que abrange, por certo, como serão obtidos os recursos que manterão o Operador Nacional.

Não são, portanto, prestações efetuadas voluntariamente, mas compulsoriamente, por decorrência de ato de poder público em sentido amplo, em que se manifesta uma capacidade do poder concedente sobre atividade reservada à União, o que lhe imprime o caráter de parafiscalidade.

A meu ver, o fundamento constitucional do modelo de aporte de recursos ao ONS, por parte dos agentes econômicos que dependem da atuação daquela entidade para exercerem suas atividades na prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica, advém do disposto no art. 149 da Constituição Federal:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir **contribuições sociais**, de intervenção no domínio econômico e **de interesse das categorias** profissionais ou **econômicas**, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. (Grifos constam do original).

Ora, as contribuições compulsórias que os associados do sistema (via taxa ou via contribuição direta) são obrigados a pagar para o funcionamento do ONS, segundo meu entendimento, encaixam-se perfeitamente na natureza jurídica definida constitucionalmente como sendo uma contribuição de interesse de categoria econômica específica (os agentes concessionários e permissionários do sistema elétrico), necessário ao desenvolvimento de uma atividade essencialmente pública, qual seja, a coordenação e controle da operação do sistema elétrico

(...)

É cediço que o caráter tributário de contribuições parafiscais tais como as aqui analisadas, independem do *nomem iuris* de que se revestem (art. 4º, inciso I, do CTN). Assim, para a caracterização jurídica da natureza dos recursos que irrigam o ONS, é irrelevante discutir se se tratam de tarifas pagas em razão de contraprestação pecuniária contratual. Basta reconhecer seu caráter compulsório e sua destinação à finalidade pública.

O fato de os agentes incumbindo da manutenção do ONS, mediante aporte de recursos que lhes são compulsoriamente exigidos, serem compensados por

cobertura tarifária, nos moldes hoje definidos pela Aneel, é uma questão assessória que não desnatura o fundamento de que essa receita tem destinação pública certa. Ou seja, embora na relação jurídica que se estabeleça entre concessionárias e consumidores de energia esses valores se configurem como contraprestação de serviço privado, quando há o repasse obrigatório desses mesmos valores para o ONS, se qualificam como recursos de caráter parafiscal, subsumindo-se, portanto, à hipótese de incidência da jurisdição do TCU prevista no art. 5º, inciso V, da Lei nº 8.443/1992:

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

...

V – os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

Detêm, esses recursos, a mesma natureza das contribuições destinadas aos serviços sociais autônomos e aos conselhos de fiscalização profissional, que, sabida e pacificamente, sujeitam-se à jurisdição do TCU.

(Destaques constam do original)

Por meio do voto condutor do Acórdão 2.661/2019-TCU-Plenário, através do qual se julgou-se o pedido de reexame do Acórdão 798/2016-TCU-Plenário, A Ministra-Relatora Ana Arraes apresentou as diferenças entre os recursos recebidos pelo ONS e pelos demais concessionários do SEB, nos seguintes termos:

45. Em síntese, meu posicionamento é de que: (...)

c) o ONS é mantido por receita pública advinda de pagamentos compulsórios devidos pelos agentes do setor elétrico em decorrência de obrigações impostas por atos em que se manifesta a capacidade do poder público concedente sobre atividade reservada à União;

d) o ONS está sujeito à jurisdição do TCU por força do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e do art. 5º, inciso I, da Lei 8.443/1992.

(...)

71. Com base nas deliberações do STF na ADC 9 e no RE 541.511, é correto concluir que a tarifa paga pelos consumidores aos concessionários não constitui receita pública.

72. No entanto, a obrigação original de pagamento ao ONS decorrente, como já exposto, de relação de direito público não deve ser confundida com permissão para que os concessionários sejam compensados por essa despesa, mediante repasses de valores para a tarifa cobrada aos consumidores. Portanto, as diferenças entre a situação de fato objeto deste processo e aquela examinada pelo STF por meio do citado RE 541.511 afastam o emprego de analogia.

73. A possibilidade de cobertura tarifária para obrigação de pagamentos ao ONS somente reforça as considerações anteriores sobre as atividades do Operador serem essenciais à prestação dos serviços de energia elétrica, atividade reservada à União e, portanto, legitimadora de que os agentes incumbidos de sua manutenção sejam compensados pela via da cobertura tarifária.

Divergindo do posicionamento da Ministra-Relatora e concordando com a Serur, o Ministro Bruno Dantas apresentou voto revisor, se manifestando no sentido de que os recursos do ONS não se constituiriam tributo da espécie contribuição parafiscal. Isso porque, diferentemente das entidades do “Sistema S”, seus recursos não decorreriam diretamente da lei, nos termos abaixo:

25. Os bens do Operador Nacional do Sistema Elétrico são privados. É certo que eles decorreram originalmente de transferência de bens da Eletrobrás, como afirmou o Parquet. No entanto, depois de transferidos em caráter definitivo à pessoa jurídica de direito privado, conforme disposto no art. 15, § 1º, da Lei 9.648/1998, passaram a ser bens privados, tanto que não se submetem ao regime jurídico dos bens públicos. Podem ser alienados sem necessidade de autorização legislativa, conforme art. 17, XIII, do estatuto da entidade e não se encontram contabilizados como bens da União ou de outra entidade da Administração Pública Federal.

26. Também no que se refere às receitas do ONS, não vislumbro a natureza pública. As receitas do Operador não constituem contribuição parafiscal.

27. Sabe-se que as contribuições parafiscais são espécies de tributo prevista no art. 149 da Constituição Federal. Como qualquer tributo, elas têm como característica a instituição por meio de lei, consoante preconiza o art. 3º do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

28. No caso do ONS, suas receitas encontram-se previstas no estatuto, a saber:

Art. 34 Até o final de abril de cada ano, o ONS deve encaminhar à ANEEL a proposta de orçamento para o próximo ciclo, devidamente aprovada pelo seu Conselho de Administração.

Parágrafo único. São fonte de recursos do ONS:

I - Contribuições de seus membros associados, proporcional ao número de votos na Assembléia-Geral, incluídas na Parcela “A” para fins de repasse tarifário e as recolhidas por outros associados e agentes do setor elétrico que não estão sujeitas a repasse tarifário;

II – Recursos decorrentes do orçamento elaborado pelo ONS e aprovado pela ANEEL:

- a) repassados pelos associados e agentes do setor elétrico conectados à Rede Básica, cujos valores são incluídos na Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão - TUST e na Parcela “A” das Tarifas do Serviço de Energia Elétrica;
- b) recolhidos por outros associados e agentes do setor elétrico que não estão sujeitos a repasse tarifário; e
- c) outras receitas autorizadas pela ANEEL.

29. Diferente é o caso dos conselhos profissionais ou dos serviços sociais, cujas contribuições estão previstas em lei. Cito, por exemplo, a contribuição do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac), estipulada no art. 4º do Decreto-Lei 8.621/1946:

Art. 4º Para o custeio dos encargos do SENAC, os estabelecimentos comerciais cujas atividades, de acordo com o quadro a que se refere o artigo 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, estiverem enquadradas nas Federações e Sindicatos coordenados pela Confederação Nacional do Comércio, **ficam obrigados ao pagamento mensal de uma, contribuição equivalente a um por cento sobre o montante da remuneração paga à totalidade dos seus empregados.** (grifos constam do original).

30. Anote-se que a previsão por meio de estatuto é bem mais flexível do que a previsão legal, o que seria algo incompatível com as características de um tributo. Além disso, no caso do ONS, os valores por ele cobrados também sofrem o controle da agência reguladora, o que não ocorre no caso dos conselhos profissionais e das entidades do sistema S.

31. Entendo que as receitas do ONS se assemelham muito mais às características de contribuições associativas e de preço, como os regulados para os concessionários e permissionários de serviço público, do que às de contribuições parafiscais. Assim, não caberia fundamentar sua sujeição ao TCU no art. 5º, V, da Lei 8.443/1992, que se refere a “responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social”.

Dissentindo do Ministro Bruno Dantas e concordando com a Ministra-Relatora, o Ministro Walton Alencar apresentou Declaração de voto, defendendo que os recursos do ONS advém de pagamentos compulsórios impostos pelo Poder Público, sendo irrelevante que esses recursos sejam cobertos posteriormente pelos consumidores mediante cobertura tarifária.

Por fim, em voto complementar, a Ministra-Relatora finaliza:

No tocante ao financiamento do ONS, observo que parcela dos recursos é decorrente de obrigação derivada de relação de direito público. De fato, a Agência Nacional de Energia Elétrica impõe, nos contratos de concessão,

cláusula sobre a obrigatoriedade de pagamentos ao operador, o que evidencia o caráter compulsório da prestação pecuniária, cuja natureza se distancia do conceito de “preço” defendido pelo ilustre revisor.

Apesar disso, a Ministra-Relatora do pedido de reexame salienta que o Acórdão 798/2016-TCU-Plenário, objeto do pedido de reexame, “se limitou a considerar o Operador Nacional do Sistema Elétrico como ente jurisdicionado ao Tribunal, sem estabelecer a forma como o controle externo será exercido, matéria que ainda será analisada nas ações de controle específicas”. A Ministra Ana Arraes acrescentou que o debate mais aprofundado sobre a natureza jurídica das fontes de recurso do ONS deveria “ficar para outra oportunidade, na qual se estabelecerá qual o modelo de controle será exercido sobre a entidade jurisdicionada”.

Diante de todas as nuances do caso, a Ministra-Relatora deixou assente que o TCU não se manifestou de forma conclusiva sobre a natureza dos recursos do ONS, de modo que, em consequência disso, não restou, da mesma forma, definida a forma de controle a ser exercido pelo Tribunal sobre o operador.

Diante de todo o exposto, é possível concluir que, assim como a natureza jurídica do ONS, seus recursos possuem características *sui generis*, que os diferenciam dos demais tipos de recursos que financiam atividades de interesse público, sejam elas prestadas por entidades públicas ou privadas.

As receitas do ONS advém primordialmente dos valores pagos a título de encargos de uso do sistema de transmissão (Eust), pagos por meio da Tarifa de uso do Sistema de Transmissão (TUST), com base nos Contratos de Uso do Sistema de Transmissão (CUST) celebrados compulsoriamente entre os usuários da rede básica (Geradores, Distribuidores e Consumidores livres conectados diretamente à rede de transmissão), e o ONS (representado as Transmissoras).

Esses valores, assim como os demais encargos setoriais (a exemplo da Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica – TFSEE), são repassados aos consumidores finais pelas distribuidoras, conforme disposto no submódulo 3.4 dos Procedimentos de Regulação Tarifária⁴⁸ (Proret), o qual define esses encargos setoriais como “custos não gerenciáveis suportados pelas concessionárias de distribuição, instituídos por Lei, cujo repasse aos consumidores é decorrente da garantia do equilíbrio econômico-financeiro contratual”.

⁴⁸ Disponível em <https://www.gov.br/aneel/pt-br/centrais-de-conteudos/procedimentos-regulatorios/proret>. Acesso em 13/06/2023.

No que se refere ao valor devido ao ONS, o referido submódulo assim o descreve:

18. As Leis nº 9.648/1998 e nº 10.848/2004 e o Decreto nº 5.081/2004, definem as regras de organização e os procedimentos necessários ao funcionamento do Operador Nacional do Sistema (ONS). Tal assunto encontra-se disciplinado pelas Resoluções ANEEL nº 351/1998 e nº 373/1999, ou o que vier a sucedê-la, e Resolução Autorizativa nº 772/2006, e alterações supervenientes.

19. Com base no orçamento anual do ONS aprovado pela ANEEL, as distribuidoras pagam mensalmente valores relativos ao custeio das atividades de coordenação e controle da geração e da transmissão de energia elétrica do SIN.

Esse encargo atribuído ao operador é denominado, no submódulo, como “contribuição ao ONS”. Corriqueiramente, pelo mercado, é descrito como “taxa do ONS⁴⁹”. Contribuições e taxas são espécies de tributo. Todavia, não é o nome do encargo que define a natureza jurídica específica do tributo, mas sim o fato gerador da obrigação (e suas características), conforme art. 4º do CTN.

Ao confrontar as características do encargo repassado ao ONS com os requisitos previstos no art. 3º do CTN, verifica-se que se configura como prestação pecuniária compulsória a ser paga pelos usuários da Rede Básica, a qual deve ser paga em dinheiro, não constituindo sanção por ato ilícito, sendo cobrada mediante atividade administrativa vinculada. Todavia, falta-lhe um requisito essencial para que seja considerado um tributo: não é instituído nem tem seu fato gerador definido em lei, apesar de dela decorrer, haja vista que o Estatuto do ONS, que regulamenta a forma de obtenção desses recursos, foi elaborado com fundamento no art. 14 da Lei 9.684/1998.

Veja-se, por exemplo, que os recursos a serem repassados aos Conselhos de Fiscalização Profissional e às entidades do Sistema S (que teriam similaridades com o modelo de organização do ONS) tem origem em obrigação prevista diretamente da lei *stricto sensu*, a exemplo das Leis 12.514/2011 e 8.706/1993, respectivamente. Outro exemplo é a TFSEE, cobrada pela Aneel, cuja criação e parâmetros encontram-se nos arts. 12 e 13 da Lei 9.427/1996.

Portanto, apesar das diversas similaridades, os encargos repassados ao ONS para executar suas atividades decorrem de normas infralegais emanadas pela Aneel e dos CUSTs celebrados com os usuários da Rede Básica (ainda que indiretamente sejam

⁴⁹ A exemplo de https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/be/b2/beb2917c-d4df-476f-b8fe-9d4c5a15268a/id_236527_encargos_do_setor_eletrico_web_1.pdf e <https://www.agenciainfra.com/blog/governo-se-sensibilizou-com-a-bandeira-da-reducao-tarifaria-diz-pepitone-sobre-mp/>. Acesso em 05/06/2023.

decorrentes do art. 14 da Lei 9.684/1998), de modo que não se caracterizam como tributo, conforme analisado pelo Ministro Bruno Dantas.

Todavia, existem outras receitas não tributárias na composição do orçamento e, ainda, receitas que sequer transitam pelo orçamento, o que não retira a natureza pública desses recursos.

Conforme disposto na Lei 14.436/2022 (LDO 2023):

Art. 6º Os Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social compreenderão o conjunto das receitas públicas e das despesas dos Poderes, do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União, de seus fundos, órgãos, autarquias, inclusive especiais, e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e que dela recebam recursos do Tesouro Nacional (...).

§ 1º Ressalvada a hipótese prevista no § 3º, ficam excluídos do disposto no caput:

I - os fundos de incentivos fiscais, que figurarão exclusivamente como informações complementares ao Projeto de Lei Orçamentária de 2023;

II - os conselhos de fiscalização de profissão regulamentada; e

III - as empresas públicas e as sociedades de economia mista que recebam recursos da União apenas em decorrência de:

- a) participação acionária;
- b) fornecimento de bens ou prestação de serviços;
- c) pagamento de empréstimos e financiamentos concedidos; e
- d) transferência para aplicação em programas de financiamento, nos termos do disposto na alínea “c” do inciso I do caput do art. 159 e no § 1º do art. 239 da Constituição.

(...)

Art. 158. A elaboração e a aprovação dos Projetos de Lei Orçamentária de 2023 e dos créditos adicionais, e a execução das respectivas leis, deverão ser realizadas de acordo com os princípios da publicidade e da clareza, além de promover a transparência da gestão fiscal e permitir o amplo acesso da sociedade a todas as informações relativas a cada uma dessas etapas.

§ 1º Serão divulgados em sítios eletrônicos:

(...)

o) até o vigésimo dia de cada mês, a arrecadação mensal, realizada até o mês anterior, das **contribuições a que se refere o art. 149 da Constituição, destinadas aos serviços sociais autônomos** e a sua destinação por entidade beneficiária;

(...)

Art. 161. As entidades constituídas sob a forma de **serviço social autônomo e destinatárias de contribuições dos empregadores incidentes sobre a folha de salários deverão** divulgar, trimestralmente, nos respectivos sítios eletrônicos, em local de fácil visualização:

I - os valores arrecadados com as referidas contribuições, com a especificação do montante transferido pela União e do arrecadado diretamente pelas entidades;

II - as demonstrações contábeis;

III - a especificação de cada receita e de cada despesa constantes dos orçamentos, discriminadas por natureza, finalidade e região, com destaque para a parcela destinada a serviços sociais e formação profissional; e

IV - a estrutura remuneratória dos cargos e das funções e a relação dos nomes de seus dirigentes e dos demais membros do corpo técnico.

§ 1º As entidades a que se refere o caput divulgarão também em seus sítios eletrônicos:

I - seus orçamentos para o ano de 2023;

II - demonstrativos de alcance de seus objetivos legais e estatutários e de cumprimento das respectivas metas;

III - resultados dos trabalhos de auditorias independentes sobre suas demonstrações contábeis; e

IV - demonstrativo consolidado dos resultados dos trabalhos de suas unidades de auditoria interna e de ouvidoria.

(...)

3º O disposto neste artigo **aplica-se aos conselhos de fiscalização de profissão regulamentada.**

(destaques inseridos)

Da análise da Lei de Diretrizes Orçamentárias, verifica-se que os conselhos de fiscalização profissional e as entidades do Sistema S são custeadas, pelo menos em parte, por contribuições parafiscais (contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas). Para os conselhos, resta claro no art. 6º, inciso II, da LDO 2023 que esses recursos não devem constar do orçamento federal. Para as entidades do Sistema S, há um regime híbrido, onde parte das contribuições são arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (Contribuição Indireta), conforme Lei 11.457/2007, e outra parte das contribuições é recolhida diretamente aos departamentos regionais do serviço social a que se vincula (Contribuição Direta)⁵⁰. Cite-se como exemplo o orçamento de 2022 do Senai-SP onde as contribuições diretas representam

⁵⁰ Mais informações na página <https://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/contribuente/sobre-a-contribuicao-compulsoria/tipos-de-contribuicao/>. Acesso em 03/06/2023.

33,5% e as indiretas 35,6% do total de receitas a serem recebidas, sendo o restante complementado basicamente por receitas financeiras e de serviços⁵¹.

Nesses casos, considerando a natureza pública dos recursos, apesar da parafiscalidade, a LDO prevê mecanismos para dar publicidade e clareza a esses valores por meio da obrigação dessas entidades publicarem em seus sítios eletrônicos diversos dados e informações sobre seus orçamentos, devendo suas demonstrações contábeis ser analisadas por auditores independentes. Além disso, cuida-se do controle finalístico dessas entidades, uma vez que estas devem publicar “demonstrativos de alcance de seus objetivos legais e estatutários e de cumprimento das respectivas metas”.

Quanto a essas entidades, o TCU já se manifestou no sentido de que, apesar de sujeitarem-se a regimes menos rígidos no âmbito de compra de bens e contratações de serviços e de pessoal, estão sujeitas aos princípios da Administração Pública previstos no art. 37 da CF88, quais sejam, Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

Ao analisar as características e a forma de gestão dos recursos financeiros utilizados pelo ONS, constata-se que são muito semelhantes aos do Sistema S e dos Conselhos Profissionais (conforme detalhado pelo Subprocurador Lucas Rocha Furtado), à exceção de sua caracterização como tributo, senão vejamos:

- a) O ONS também está sujeito a diversos princípios da Administração na gestão dos recursos, tais como “isonomia, transparência, integridade, representatividade, flexibilidade, razoabilidade, proporcionalidade e economicidade”, além de zelar pela eficiência e eficácia na sua atuação (art. 5º, *caput* e § 1º, da REN 1.017/2022);
- b) Deve adquirir bens e contratar serviços “mediante processos competitivos, tais como leilões e tomada de preços” (art. 5º, § 1º, inciso V, da REN 1.017/2022);
- c) Ao tomar conhecimento irregularidades envolvendo bens, serviços ou pessoas do ONS, os membros dos Conselhos de Administração e Fiscal devem “denunciar os fatos aos órgãos da Administração Pública e à Auditoria Interna, sob pena de responderem, subsidiariamente, por tais condutas” (art. 5º, § 4º, da REN 1.017/2022); e
- d) É obrigatória a publicação na página da entidade da sua prestação de contas, com as devidas demonstrações contábeis, devidamente analisadas por

⁵¹ Orçamento disponível em <https://transparencia.sp.senai.br/orcamento-execucao-orcamentaria/execucao-orcamentaria>. Acesso em 03/06/2023.

auditor independente, dando transparência à execução de seu orçamento (art. 9º da REN 1.017/2022).

Além disso, a obrigação e as regras sobre a prestação de contas dos recursos financeiros administrados pelo ONS muito se assemelha às regras das entidades privadas na gestão de recursos recebidos do Poder Público, os quais, apesar de transferidos, não perdem a sua natureza pública. Nessa linha defendeu o MPTCU, ao relacionar o ONS com as Organizações Sociais (OS) previstas na Lei 9.637/1998. Para o procurador do *Parquet* de Contas, o ONS não pode se enquadrar como OS somente em razão de suas atividades não estarem previstas no art. 1º da referida lei.

De acordo com a definição constante da página do Ministério da Justiça e Segurança Pública⁵² sobre convênios e transferências voluntárias:

Convênios são acordos, ajustes ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos públicos entre órgãos públicos e outras instituições, públicas ou privadas, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

Por sua vez, o TCU, em publicação sobre o assunto, define convênio como⁵³:

todo e **qualquer instrumento formal que discipline a transferência de recursos financeiros dos orçamentos da União** para um órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda entidade filantrópica sem fins lucrativos na área da saúde (§1º do art. 199 da CF/1988). Sua finalidade é a execução de programa de governo envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

(destaque inserido)

No recentíssimo Decreto 11.531, de 16/05/2023, convênio é definido como “instrumento que (...) dispõe sobre a transferência de recursos financeiros provenientes **do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União** para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco e em regime de mútua colaboração”, na ausência de legislação específica.

Ainda na referida publicação do TCU são mencionados outros instrumentos similares/congêneres, como os contratos de repasse, os termos de parceria (Oscip) e os mais recentes termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação,

⁵² <https://www.gov.br/mj/pt-br/aceso-a-informacao/convenios>. Acesso em 25/06/2023.

⁵³ Disponível em: https://www.gov.br/plataformamaisbrasil/pt-br/manuais-e-cartilhas/arquivos-e-imagens/copy_of_Convnios_e_outros_repases_6_edio.pdf. Acesso em 13/05/2023.

previstos na Lei 13.019/2014, que instituiu normas gerais para as “parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos”.

Como aspecto comum nesses instrumentos, temos, da parte concedente (Poder Público), a obrigação de repassar o recurso público e, da parte conveniente, a obrigação de aplicar os recursos conforme acordado, a fim de realizar o objeto do convênio, com a obrigação de prestar contas e dar transparência sobre os gastos realizados.

Ora, O ONS atua em regime de mútua cooperação com os demais agentes públicos e privados responsáveis pelo bom funcionamento do SEB. Tem como seu objeto executar as atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão. Com a otimização da operação do SIN (eficiência), serão obtidos menores custos (economicidade) para o SEB e a confiabilidade do SIN (segurança energética). Além disso, o ONS visa garantir que todos os agentes do setor elétrico tenham acesso à rede de transmissão de forma não discriminatória (imessoalidade e disponibilidade) e auxilia no planejamento para a expansão do SIN. Por fim, o operador deve prestar contas à Aneel e publicar suas demonstrações em sua página da Internet (publicidade). Além disso, deve coordenar os despachos visando sempre otimizar o sistema, sem tomar base questões financeiras que podem afetar contratos privados de energia (supremacia do interesse público). Assim, verifica-se que as finalidades do ONS se coadunam com o Interesse Público do Poder Concedente e de toda a coletividade beneficiada pelo seu bom desempenho.

Vê-se, dessa forma, bastante semelhança entre as regras relativas aos recursos do ONS e das entidades da sociedade civil, das OS, das Oscips e das demais entidades privadas sem fins lucrativos que celebram convênios e instrumentos congêneres para realização de atividades de interesse público. Todavia, diferentemente dessas, os recursos não são originários do Orçamento do Poder Público.

No caso, como já analisado, o ONS é “sustentado” majoritariamente por meio de encargo cobrado na TUST, o qual, uma vez que tem seu custo repassado às tarifas dos consumidores, é por estes indiretamente financiado. Sendo valores cobrados de toda a coletividade, há, sem dúvida, claro interesse público de que esses recursos sejam bem administrados e na forma regularmente concebida pela Aneel.

Outra divergência é que a transferência desses recursos para o ONS não é voluntária, mas sim, obrigatória, independentemente da vontade dos usuários da rede

básica e dos consumidores finais de energia elétrica. É que, assim como no caso de sua criação, o Poder Concedente, por meio da Aneel, e com base na lei de criação do operador, normatizou todo o funcionamento do ONS de forma unilateral, incluindo a sua forma de funcionamento, a origem de seus recursos e a necessidade de que os gastos deles decorrentes sejam transparentes e atendam a diversos princípios da Administração, dentre os quais, o dever de prestar contas, dado o seu caráter primordialmente público.

Apesar das divergências apresentadas, constata-se que os recursos do ONS em muito se assemelham às contribuições parafiscais e àqueles transferidos voluntariamente pelo Poder Concedente a entidades privadas sem fins lucrativos para o atendimento de uma finalidade pública. Em todos os casos, há necessidade de prestação de contas dos recursos recebidos, dada sua natureza majoritariamente pública.

Afasta-se ainda eventual natureza privada dos recursos do ONS, em razão de que este sequer pode definir os valores anuais de seu orçamento, mas apenas propô-los, tendo em vista que a aprovação e a definição final dos valores competem à Aneel. Além disso, a obrigação de prestar contas desses recursos distancia ainda mais o caráter privado desses valores, tendo em vista que os particulares, com seus recursos próprios, podem deles livremente dispor, o que não é o caso do ONS, mas sim dos concessionários do SEB, cujo regime constitucional de prestação do serviço é diferente daquele que regula o ONS, conforme já analisado.

Reforça-se a natureza pública dos bens e recursos do ONS na Resolução 1.017/2022, ao prever diversos mecanismos que denotam que esses recursos pertencem à coletividade, devendo eventuais economias serem repassadas às tarifas, de modo a contribuir para a modicidade tarifária. Além disso, eventuais irregularidades cometidas pelo ONS que denotem prejuízo, devem ser suportadas pelos seus associados e não pelos consumidores por meio do repassasse tarifário, conforme dispositivos abaixo:

Art. 5º (...)

§ 4º Tendo conhecimento de irregularidades envolvendo bens, serviços ou pessoas do ONS, os membros do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal devem tempestivamente denunciar os fatos aos órgãos da Administração Pública e à Auditoria Interna, sob pena de responderem, subsidiariamente, por tais condutas.

§ 5º Os membros associados do ONS respondem, subsidiariamente, pelas obrigações assumidas pelo ONS.

(...)

Art. 6º (...)

§ 3º Será vedado o repasse tarifário de valores ineficientes e imprudentes, de benefícios e salários superiores aos praticados no setor elétrico, bem como de multas aplicadas ao ONS.

(...)

§ 5º A economia de recursos orçamentários será revertida à modicidade tarifária quando das revisões orçamentárias periódicas.

(...)

Art. 7º (...)

§ 2º As receitas líquidas decorrentes das contribuições associativas e do sistema de cobrança de que trata o inciso VI do § 1º do art. 5º deverão ser anualmente revertidos à modicidade tarifária quando do cálculo da TUST.

(...)

Art. 11 As multas aplicadas ao ONS deverão ser devidamente divulgadas aos seus associados e pagas dentro do prazo estipulado pela Resolução Normativa nº 846, de 2019, ou pela norma que a substitua, mediante contribuição associativa, sendo vedado o repasse tarifário.

(...)

Art. 15 (...)

§ 1º A desvinculação de bens móveis tem, preferencialmente, que ser realizada através de alienação (venda), sendo que o produto das respectivas alienações, deverá ser depositado em conta bancária vinculada, aberta para esse fim, controlada contabilmente em nível de registro suplementar, até sua posterior utilização enquanto parcela dedutível da necessidade de recursos prevista para o ciclo orçamentário vigente ou subsequente.

Assim, concorda-se com as conclusões a que chegou a Ministra Ana Arraes, relatora do Acórdão 2.661/2019-TCU-Plenário, de que quase a totalidade dos recursos do ONS é decorrente de obrigação derivada de relação de direito público. Além disso, considerando a obrigatoriedade, imposta pela Aneel, de que conste, nos contratos de concessão, cláusula sobre a obrigatoriedade de pagamentos ao operador, denota-se o caráter compulsório dessa prestação pecuniária, distanciando-se do conceito do preço público pago às concessionárias que prestam serviços públicos e aproximando-se da taxa, tributo por meio do qual a obrigação do pagamento pecuniário decorre da utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Diante do exposto, conclui-se que o ONS é mantido majoritariamente por receita de natureza predominantemente pública advinda de pagamentos compulsórios devidos

pelos agentes do setor elétrico em decorrência de obrigações impostas por atos em que se manifesta a capacidade do Poder Público Concedente sobre atividade reservada à União. Diante disso, o ONS está sujeito à jurisdição do TCU por força do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e do art. 5º, inciso I, da Lei 8.443/1992.

5.3. A jurisdição do TCU sobre o ONS

5.3.1. Análise do processo do TCU que justificou a presente pesquisa

O debate sobre a natureza dos recursos do ONS no âmbito do TC 006.113/2014 já foi realizada no tópico anterior. Quanto à atividade do operador e à sua sujeição ao controle externo do TCU, este Tribunal se manifestou no sentido de que, apesar de tratar-se de entidade privada sem fins lucrativos, o ONS sujeita-se à jurisdição do Tribunal, por força do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 e do art. 5º, inciso I, da Lei 8.443/1992, conforme debatido no âmbito do TC 006.113/2014-1 e decidido nos Acórdãos 798/2016-TCU-Plenário (análise de mérito; rel. Min. Vital do Rêgo), 1.407/2016-TCU-Plenário (análise dos embargos de declaração; rel. Min. Vital do Rêgo) e 2.661/2019-TCU-Plenário (análise do pedido de reexame; rel. Min. Ana Arraes).

Contudo, conforme destacado no voto complementar da Ministra-Relatora do pedido de reexame, o Acórdão 798/2016-TCU-Plenário “se limitou a considerar o Operador Nacional do Sistema Elétrico como ente jurisdicionado ao Tribunal, sem estabelecer a forma como o controle externo será exercido, matéria que ainda será analisada nas ações de controle específicas”. A Ministra Ana Arraes acrescentou que o debate mais aprofundado sobre a natureza jurídica das fontes de recurso do ONS deveria “ficar para outra oportunidade, na qual se estabelecerá qual o modelo de controle será exercido sobre a entidade jurisdicionada”.

Ou seja, os acórdãos acima mencionados apenas situam o ONS como jurisdicionado a este Tribunal, mas não definem o alcance do controle a ser exercido sobre o operador. De fato, conforme debatido no âmbito do TC 006.113/2014-1, o operador se trata uma entidade *sui generis*, abrangendo aspectos de Direito público e privado na sua constituição, financiamento e atividade.

O assunto não é simples. Os Ministros Brunos Dantas e Benjamin Zymler, seguindo a proposta da Secretaria de Recursos do Tribunal (Serur), votaram no sentido de que o ONS sequer seria jurisdicionado do TCU. Contudo, prosperou a tese do Ministério Público de Contas do TCU (MPTCU), de submissão do operador ao controle da Corte de Contas, à qual se alinhou a Ministra-Relatora, seguida, à exceção dos anteriores, pelos demais Ministros participantes da sessão ordinária de 30/10/2019 do Plenário.

Os fundamentos para a tese vencedora são resumidos no voto complementar da Ministra-Relatora do Acórdão 2.661/2019-TCU-Plenário:

- a) o Operador Nacional do Sistema Elétrico presta serviço público de competência exclusiva da União ao realizar atividade essencial para o funcionamento do sistema elétrico interligado: coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, nos termos do art. 13 da Lei 9.648/1998;
- b) o ONS realiza gestão de bens públicos pertencentes à União, quais sejam, os potenciais de energia hidráulica (art. 20, inciso VIII, da Constituição Federal), assegurando que a oferta de energia seja suficiente, garantida em determinado horizonte temporal e com o menor custo possível;
- c) o ONS é mantido por receita advinda de pagamentos compulsórios devidos pelos agentes do setor elétrico em decorrência de obrigações impostas por atos em que se manifesta a capacidade do poder público concedente sobre atividade reservada à União.

Apesar de a forma de controle a ser exercido sobre o ONS não ter sido definida no âmbito do TC 006.113/2014-1, há elementos nas peças a ele juntadas que indicam o caminho para a atuação do TCU ou, pelo menos, quando a Corte de Contas não deveria atuar, especialmente no debate que antecede a prolação do Acórdão 2.661/2019-TCU-Plenário.

Para o Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado:

Entendo perfeitamente aplicável o raciocínio acima delineado [sobre as organizações sociais] ao Operador Nacional do Sistema Elétrico, devendo o TCU pautar-se por um controle finalístico, buscando avaliar a sistemática dos programas, projetos e atividades insertos na esfera de atuação do ONS.

(...)

(...) a sujeição do ONS à jurisdição do TCU deve se pautar por uma relação distinta daquela formada com os órgãos da Administração Pública Federal

em geral.

Há que se ter uma especificidade do controle exercido sobre o ONS, **segundo uma orientação finalística.**

O escopo normativo a fundamentar esse tipo de controle encontra arrimo no art. 71, inciso IV, da CF/88, em que é previsto a realização de auditorias de natureza **operacional**, quer dizer, para além do enfoque na regularidade formal dos atos de gestão de cunho contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial.

O que se cogita, dada as especificidades do ONS fartamente comentadas ao longo deste parecer, é que o TCU empreenda avaliações de caráter operacional tendo por objetivo focar a economicidade, eficiência, eficácia e efetividade da organização, avaliando os programas e atividades de relevante interesse público sob sua responsabilidade, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão da sua atividade fim: **a coordenação e controle da operação do sistema elétrico nacional.**

(...)

Ante o exposto, renovando vênias por dissentir do posicionamento da Serur, manifesto-me no sentido de que o Tribunal conheça do recurso e lhe dê parcial provimento, para:

(...)

deixar assente que a sujeição do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) à jurisdição do TCU tem por escopo propiciar o exercício do controle finalístico da entidade, mediante avaliação de seu desempenho, com o objetivo de garantir a entrega de bons serviços à sociedade.

(destaques constam do original)

Por sua vez, a Ministra-Relatora Ana Arraes, em seus votos, inicial e complementar, do Acórdão 2.661/2019-TCU-Plenário entendeu que:

Voto inicial

74. Outro aspecto abordado neste recurso se refere à competência deste Tribunal para fiscalizar o ONS. Entendo que tal competência deriva diretamente da Constituição Federal e, pela própria natureza das competências constitucionais e legais, **as atividades de fiscalização do TCU junto ao ONS têm natureza distinta daquelas exercidas pela Aneel.**

75. Esta Corte **tem atuado de forma cooperativa e suplementar** na fiscalização desta prestação de serviço público delegado. Exerce o controle externo, **como poder distinto dos Poderes Concedente e Regulador**, e se concentra nas dimensões da legalidade, da legitimidade, da economicidade e da eficiência dos bens e serviços públicos tutelados.

76. Não obstante, como já ressaltado pelo ministro-relator Walton Alencar Rodrigues no Acórdão 556/2005-Plenário, **devem ser observados limites**

constitucionais da atuação do TCU em confronto com as competências legalmente atribuídas às agências reguladoras, não podendo o Tribunal nem estabelecer o conteúdo do ato regulatório que vai ser editado pelo órgão competente, nem impor a adoção de medidas que entender adequadas salvo quando verificadas considerações de legalidade ou omissão da autarquia em dar fiel cumprimento à lei. No entanto, a competência da agência reguladora não implica completa e absoluta inviabilidade do exercício do controle por esta Corte sobre o ONS.

77. Desse modo, ainda que não se pretenda esgotar a discussão sobre a forma de atuação do Tribunal no caso concreto, o que não é objeto deste recurso, e considerando que o Operador Nacional do Sistema Elétrico, embora não seja entidade da Administração Pública, exerce atividade pública delegada e administra bens e recursos públicos, cabe ao TCU, no exercício de sua jurisdição, identificar eventuais normas de direito público que devam ser observadas pelo ONS e esclarecer aquelas a disciplinar a atividade de controle externo na referida unidade.

Voto complementar

6. Pedindo vênias ao revisor, mantenho o meu entendimento pelas razões já expostas, levando em conta, ainda, **que o acórdão recorrido se limitou a considerar o Operador Nacional do Sistema Elétrico como ente jurisdicionado ao Tribunal, sem estabelecer a forma como o controle externo será exercido, matéria que ainda será analisada nas ações de controle específicas.**

7. Esta Corte de Contas, a propósito, tem atuado de forma cooperativa e suplementar na fiscalização da prestação do serviço público delegado. **Exerce o controle externo, como poder distinto dos poderes concedente e regulador, sem estabelecer o conteúdo do ato regulatório.**

8. Nada obstante, a competência da agência reguladora não implica completa e absoluta inviabilidade do exercício do controle por este Tribunal sobre o ONS. **Apenas a título de ilustração, vislumbro, desde já, o exercício do controle externo sob o aspecto operacional no Operador**, tendo por objeto a eficiência da sua gestão da exploração dos potenciais hidráulicos, fonte da maior parte da energia elétrica produzida no Brasil.

(destaques inseridos)

Em seu voto revisor, o Ministro Walton Alencar, seguindo a relatora, aponta que:

No que toca à eventual sobreposição de controles, não vejo razão para temê-la. A história recente demonstra que, em diversas situações, isso foi altamente benéfico, pois a fiscalização da Aneel não conseguiu evitar a

ocorrência de gravíssimos problemas, somente detectados graças à ação fiscalizatória do TCU.

(...)

Não creio que a atuação do controle externo, estritamente dentro dos esquadros traçados pela Constituição, possa desequilibrar o sistema. Pelo contrário, **o TCU atua sempre de forma ponderada e refletida, exercendo supervisão independente e equilibrada do setor elétrico.**

Relativamente aos argumentos da autocontenção, entendo, com a Relatora, que isso deve ser avaliado em cada caso concreto. Não pode o TCU, antecipadamente, abdicar de exercer o controle finalístico do Setor Elétrico, tarefa esta que não pode ser efetivamente exercida sem a permanente jurisdição sobre o ONS (...)

(...)

A jurisprudência do TCU demonstra a absoluta imprescindibilidade da fiscalização do ONS. A partir da verificação das interrupções sistêmicas no fornecimento de energia elétrica, foi instaurado o TC-029.389/2013-5, da relatoria do E, Ministro José Jorge. Na auditoria, o TCU avaliou a atuação dos órgãos do setor, no que toca à “confiabilidade e continuidade do suprimento de energia elétrica na Rede Básica do Sistema Interligado Nacional”, diante do histórico de grandes blecautes, intitulados de “apagões”, ocorridos no período 2009-2013, afetando as diversas regiões do País.

(...)

Via de regra, no entanto, a fiscalização do TCU não intervém em decisões discricionárias do ONS. **Procura, simplesmente, obter informações sobre a segurança do Setor Elétrico e atuar com vistas a garantir que ela seja preservada.**

(destaques inseridos)

A sobreposição de controles a que se refere o Ministro Walton Alencar é mencionada no voto revisor (vencido) do Ministro Bruno Dantas:

10. Também em relação às conclusões sobre a forma de atuação do TCU, há discrepâncias. Para alguns, o controle a ser exercido pelo TCU deve ser de segunda ordem, via controle da agência reguladora; para outros, o controle deve ser finalístico, mediante avaliação do desempenho da entidade, a fim de garantir a qualidade dos serviços públicos. Ou ainda, não seria a hora de delinear esse controle, “cabendo ao TCU, no exercício de sua jurisdição, identificar eventuais normas de direito público que devam ser observadas pelo ONS e esclarecer aquelas a disciplinar a atividade de controle externo na referida unidade”, conforme consignado pela Relatora.

11. No meu entender, o posicionamento da Serur, explicitado na instrução à peça 73, é o que deve prevalecer. Em síntese, reputo que o ONS não se sujeita, em princípio, à jurisdição do TCU e que a atuação desta Corte para garantir ou aperfeiçoar a qualidade dos serviços públicos por ele prestados deve ser realizada via fiscalização da agência reguladora ou do poder concedente, como é no caso de serviços prestados por concessionários ou permissionários de serviço público.

12. Na interpretação das normas que regem a competência do TCU é importante ter em mente o que propõe o ordenamento jurídico como um todo, a fim de que a atuação desta Corte possa se dar da forma mais benéfica possível para o funcionamento da Administração Pública. Nesse sentido, considerando a maneira como o sistema de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica se organiza, **não vejo como ele possa comportar um controle direto do TCU no ONS, paralelo à atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).**

(...)

18. Conforme explicitamente previsto no art. 13 da Lei 9.648/1998, **cabe à Aneel fiscalizar e regular o Operador Nacional do Sistema Elétrico. Essa fiscalização engloba a qualidade dos serviços públicos por ele oferecidos. Assim, entender que o Tribunal deva exercer controle finalístico no ONS, para fiscalizar seu desempenho, a fim de “garantir a entrega de bons serviços à sociedade”, é o mesmo que considerar que o Tribunal deva realizar, em paralelo, o controle atribuído legalmente à Aneel.**

19. **Tal sobreposição de controles é claramente temerária, pois pode levar a decisões e orientações divergentes, que desestabilizariam o funcionamento do sistema.** A legislação de competência do TCU deve ser interpretada em conjunto e em confronto com a legislação de competência da agência reguladora. Não é à toa que esta Corte tem se posicionado no sentido de que a fiscalização de serviços públicos delegados se dá de modo indireto por este Tribunal, mediante fiscalização do poder concedente e da agência reguladora (exs.: Acórdãos 909/2015 e 2.527/2015 – Plenário e 4.773/2016 – Primeira Câmara).

(...)

22. Assim, do ponto de vista finalístico, o TCU não deve fiscalizar diretamente o ONS, pois é a Aneel que tem atribuição para tanto. O argumento de que o ONS presta serviço público não é suficiente para atrair essa fiscalização, pois os permissionários e os concessionários de serviço público também o prestam e não sofrem a atuação direta desta Corte.

(destaques inseridos)

Relembre-se que o voto do Ministro Bruno Dantas foi vencido em razão de o ONS

ter sido reconhecido, conforme acórdãos precedentes, como jurisdicionado do TCU. Entretanto, sobre a forma de fiscalização a ser adotada no operador, não houve decisão por parte desta Corte de Contas, o que deveria ser decidido ao longo de processos específicos do TCU que viessem a ser autuados.

Conforme apontado pela Ministra Ana Arraes, pelo Ministro Walton Alencar e pelo Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado, a atuação do TCU deveria ter enfoque na questão finalística do ONS. Ou seja, o Tribunal poderia examinar em que medida a atuação do operador estaria atendendo às suas responsabilidades legais e normativas. Mais que isso, poderia esta Corte de Contas, primordialmente por meio de auditorias operacionais, detectar problemas no setor e contribuir para o aperfeiçoamento da atuação do ONS com vistas a aprimorar o SEB como um todo.

Conforme visto, a Corte de Contas Federal vem atuando de “forma ponderada e refletida”, além de “cooperativa e suplementar na fiscalização (...) de serviço público delegado” ao ONS. Dessa forma, devem “ser observados limites constitucionais da atuação do TCU em confronto com as competências legalmente atribuídas às agências reguladoras”.

A preocupação ressaltada pelo Ministro Bruno Dantas é a suposição de que “a sobreposição de controles do TCU com a Aneel seria temerária, podendo levar a posições divergentes, que desestabilizariam o funcionamento do sistema”.

Diante das análises e conclusões constantes do TC 006.113/2014-1, confirmando-se que ONS deveria estar abrangido pela jurisdição do Tribunal, como deveria o TCU fiscalizar o ONS? Por meio de que procedimentos e instrumentos de fiscalização? Com que objetivos? Quais objetos (pessoal, governança, regras de operação, relação com a Aneel, utilização dos recursos financeiros) poderiam ser examinados? Para responder essas perguntas, mostra-se necessário realizar análise, ainda que sucinta, sobre a forma como o TCU fiscaliza pessoas físicas e jurídicas do setor privado, bem como a forma através da qual a Corte de Contas exerce o controle externo sobre as agências reguladoras, mais especificamente sobre a Aneel.

5.3.2. A fiscalização do TCU sobre pessoas físicas e jurídicas de direito privado

Conforme já debatido neste trabalho, além da Administração Direta e Indireta Federal, pessoas físicas e pessoas jurídicas de direito privado podem estar sujeitas à

jurisdição do TCU desde que: i) sejam responsáveis por recursos públicos; ii) cometam alguma irregularidade de que resulte prejuízo ao erário; iii) recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social; ou iv) por expressa disposição de lei estejam sujeitas à fiscalização da Corte de Contas Federal.

No caso, apesar de atuar primordialmente no controle externo da Administração Pública *stricto sensu*, o TCU, pode, sob certas hipóteses, exercer sua função fiscalizatória sobre particulares. Todavia, nesse último caso, é necessário que as pessoas, físicas ou jurídicas, tenham assumido a condição de agentes públicos, “exercendo uma das atividades inerentes à gestão de recursos públicos: utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiros, bens e valores públicos”, conforme redação dada pela EC 19/1998 ao parágrafo único do art. 70 da CF88 (SUNDFELD; CÂMARA; 2020). Para os autores, ao interpretar sistematicamente a LOTCU, os responsáveis seriam somente aqueles que assumem a função de gestor de recursos públicos federais, podendo ser agente público diretamente vinculado à burocracia estatal ou particular que, por delegação, tenha assumido essa função (agente público delegado).

Sobre a competência do TCU para julgar terceiros particulares que causem dano ao erário, o Tribunal, por meio de incidente de uniformização de jurisprudência, materializado no Acórdão 321/2019-TCU-Plenário, assentou o seu entendimento de que:

9.1. (...) de acordo com os artigos 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição Federal c/c os artigos 5º, inciso II, 16, § 2º, e 19 da Lei 8.443/1992 e o artigo 209, § 6º, do Regimento Interno, compete ao TCU julgar as contas de pessoa física ou jurídica de direito privado que causarem dano ao erário, independentemente da coparticipação de servidor, empregado ou agente público, desde que as ações do particular contrárias ao interesse público derivem de ato, contrato administrativo ou instrumento congênere sujeitos ao Controle Externo;

Nessa linha, estão sujeitos à jurisdição do TCU particulares contratados pela Administração Pública Federal que, em decorrência de sua atuação como contratado, contribua para causar dano ao erário, por exemplo. A previsão legal para tanto encontra-se no art. 16, § 2º, alínea “b” da LOTCU, *in verbis*:

Art. 16. As contas serão julgadas:

(...)

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

(...)

- c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;
- d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

(...)

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

a) do agente público que praticou o ato irregular, e

b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

(destaque inserido)

Todavia, não é suficiente a configuração de prejuízo ao Erário para atração da jurisdição do TCU, mostrando-se necessário que esteja conectada com a atividade da Administração Pública, conforme aponta o Procurador de Contas do MPTCU, Júlio Marcelo de Oliveira (2022):

Embora extenso o rol e com alguns conceitos abertos, há limites ontológicos para essa atuação, de modo que TCU não passe a significar Tribunal de Contas Universal. Não é qualquer perda ou prejuízo ao erário que atrai a competência do TCU, ela tem de estar conectada com a atividade administrativa do Estado. Uma colisão de trânsito envolvendo bens da União não dará ensejo à atuação do TCU. Fraudes contábeis em uma empresa privada certamente darão margem à redução no pagamento de tributos e contribuições, com prejuízo para a fazenda pública, mas também isso passa longe das competências dos tribunais de contas. São ocorrências que encontrarão tratamento adequado em outras instâncias cíveis, penais ou administrativas.

Saindo do campo abstrato para a definição das pessoas jurídicas de direito privado sujeitas à fiscalização do TCU, destacam-se os denominados Serviços Sociais Autônomos ou entidades privadas de serviço social e de formação profissional, conhecidas como “Sistema S” (Sebrae, Senai, Sest etc.). Nesse caso, por se enquadrarem perfeitamente no inciso V⁵⁴ do art. 5º da LOTCU, é pacífica a jurisdição do TCU sobre essas entidades.

As entidades do Sistema S, apesar de não integrarem a Administração Pública e possuírem regras de contratação de serviços e recrutamento de pessoal mais brandas do que órgãos e entidades públicas, devem obediência aos princípios estabelecidos no art. 37 da CF88 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e

⁵⁴ V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

sujeitam-se à jurisdição do TCU, por aplicarem recursos públicos de natureza parafiscal, conforme delineado nos Acórdãos 918/2023 e 1.770/2013, ambos do Plenário do TCU.

O TC 014.976/2021-8 é um exemplo recente de fiscalização realizada com o objetivo de avaliar as atividades desenvolvidas pelas unidades do Sistema S. Na ocasião, foram detectadas contratações irregulares de fornecedores, admissões irregulares de empregados e piora nos indicadores de desempenho em algumas entidades do Senai, dando-se ciência das falhas constatadas aos jurisdicionados, conforme Acórdão 2.007/2022-TCU-Plenário.

Outros particulares que estão sujeitos à fiscalização do TCU são “os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres (transferências voluntárias)” conforme inciso VIII do art. 5º do RITCU. A competência para fiscalizar essas pessoas físicas ou jurídicas não engloba todo o funcionamento da entidade, mas somente aquilo que se refira à aplicação dos recursos repassados voluntariamente, conforme reafirmado no inciso III do art. 249 do RITCU⁵⁵. O modelo de fiscalização, diferentemente das contas ordinárias, é mais restrito, devendo o TCU verificar se restou comprovada a boa (atingimento dos objetivos acordados) e regular (correção da aplicação dos recursos, a observância às normas legais e regulamentares pertinentes e às cláusulas pactuadas) aplicação dos recursos utilizados, conforme § 1º do art. 254 do RITCU⁵⁶.

Nessa linha corrobora Marcus Antônio Machado (2011):

Se o administrador da entidade privada dá causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, ele é submetido à jurisdição do TCU. Apesar de não ser um agente público propriamente dito, lhe são atribuídas funções típicas de um gestor de valores públicos. Nessa condição, tem a obrigação de prestar contas e a possibilidade de ser responsabilizado por prejuízos que tenha causado ao erário.

Conforme aponta Luiz Henrique Lima (2015), as entidades privadas que recebem recursos federais voluntários são as entidades do terceiro setor, como as organizações

⁵⁵ III – fiscalizar, na forma estabelecida no art. 254, a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a estado, ao Distrito Federal, a município, e a qualquer outra pessoa, física ou jurídica, pública ou privada;

⁵⁶ Art. 254. A fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, (...) a qualquer outra pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, será feita pelo Tribunal por meio de levantamentos, auditorias, inspeções, acompanhamentos ou monitoramentos, bem como por ocasião do exame dos processos de tomadas ou prestações de contas da unidade ou entidade transferidora dos recursos.

§ 1º. Para o cumprimento do disposto neste artigo deverão ser verificados, entre outros aspectos, o atingimento dos objetivos acordados, a correção da aplicação dos recursos, a observância às normas legais e regulamentares pertinentes e às cláusulas pactuadas.

sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), estando sujeitas à necessidade de prestação de contas e à fiscalização do TCU, conforme Leis 9.637/1998 e 9.790/1998, respectivamente. Essa sujeição também está prevista de uma forma geral para todas as organizações da sociedade civil que firmem parcerias com a Administração Pública com base na Lei 13.019/2014.

O autor ressalta ainda que os consórcios públicos constituídos como pessoa jurídica de direito privado⁵⁷ também estão sujeitos à fiscalização dos Tribunais de Contas, por força do art. 9º, parágrafo único da Lei 11.107/2005.

Como visto, o TCU tem competência não apenas para fiscalizar a Administração Pública Federal Direta e Indireta, mas também pessoas físicas e jurídicas de direito privado, desde atendidos os requisitos constitucionais ou legais para tanto.

Todavia, no caso de empresas privadas prestadoras de serviços públicos delegados⁵⁸ pelo Estado, como nos setores de energia elétrica e de telecomunicações, possui o TCU competência para fiscalizar diretamente essas empresas para as quais foram emitidas outorgas por meio de concessão, permissão ou autorização? Seriam elas os particulares que, por delegação, tenham assumido essa função de agente público delegado mencionado por SUNDFELD e CÂMARA (2020), conforme destacado no início deste subtópico?

De forma geral, a resposta é não. Nesse caso, via de regra (somente empresas estatais que delegatárias de serviços públicos poderiam ser fiscalizadas diretamente, por integrarem a Administração Pública Indireta, a exemplo do que ocorria com as subsidiárias da Eletrobras antes desta ser privatizada), o TCU exerce a fiscalização dos serviços públicos delegados, inicialmente, por meio do acompanhamento de desestatizações realizadas pelo Poder Concedente, diretamente ou por meio das agências reguladoras de cada setor, como é o caso da Aneel no SEB. Após a delegação do serviço ao particular, por meio de concessão ou permissão, cabe à agência reguladora responsável a regulação do mercado e a fiscalização das empresas, sendo possível ao Tribunal, no que se refere ao controle externo exercido sobre a área-fim dessas autarquias especiais, o controle indireto dos delegatários de serviços públicos, por meio do que se denomina “controle de segunda ordem” ou de segundo grau,

⁵⁷ Art. 1º, § 1º O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.

⁵⁸ CF88. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

conforme apontado nos Acórdãos 620/2008-TCU, 2.314/2014 e 2.071/2015, todos do Plenário do TCU.

5.3.3. A fiscalização do TCU sobre agências reguladoras

As agências reguladoras são, em apertada síntese⁵⁹ (BRASIL, 2019):

Autarquias federais especiais dotadas de poder regulador e dever, atribuídos institucionalmente pelo sistema legal, para atuar administrativamente dentro dos estritos limites autorizados por lei, criando regulação com parceria com os agentes regulados para a consecução de uma relação entre usuários, agentes econômicos e agências para que a sociedade possa atingir os objetivos fundamentais do Estado brasileiro. Tais agências reguladoras são órgãos democráticos, que realizam obrigatoriamente consultas e audiências públicas, canalizando conflitos existentes entre os agentes econômicos e os usuários em razão de sua especificidade e peculiaridade e atendendo a um dever de ofício ao elaborar textos que receberão críticas e sugestões da sociedade naquelas consultas ou audiências públicas.

Como Autarquias Especiais, configuram-se como Pessoa Jurídica de Direito Público Interno (sujeitas, portanto, ao controle dos tribunais de contas), sendo a elas conferida relevante independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica aos ministérios a que estejam vinculadas, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, além de autonomia financeira. Além disso, nas suas atividades finalísticas, possuem competência para “regulamentar, contratar, fiscalizar, dirimir conflitos, aplicar sanções, e zelar pelos direitos dos usuários de serviços públicos ou atividades econômicas relevantes” (ZYMLER e ALMEIDA, 2005).

Com base nisso, são realizados dois tipos de controle sobre essas instituições, quando federais, pelo TCU. No primeiro, com viés de conformidade, por serem pessoas jurídicas de direito público, sendo financiadas por recursos do orçamento da União, devem respeitar todas as regras do Direito Financeiro, que trata das receitas e despesas públicas, prestando contas à Corte de Contas Federal, em atendimento ao inciso II do art. 71 da CF88, conforme destacado por Marcio André dos Santos Albuquerque (2011).

⁵⁹ Definição constante do Vocabulário de Controle Externo do TCU.

No segundo, conforme apontado por Márcio Albuquerque (2011), considerando a competência primária das agências reguladoras para “fiscalizar se os serviços prestados pelas concessionárias estão de acordo com os preceitos legais e contratuais”, o Tribunal fiscaliza essas autarquias especiais com um viés operacional, com o objetivo de “verificar se estão sendo atingidas as finalidades decorrentes de sua criação, ou seja, se estão executando a contento as atividades de regulação e de fiscalização junto às empresas concessionárias” prestadoras de serviços públicos.

Maria Helena Diniz (2008) nos ensina que serviço público é o “conjunto de atividades estatais voltadas à consecução do bem-estar da coletividade e à realização do fim do Estado” o que pode ser executado por órgãos da administração pública direta e indireta, mas também, indiretamente, por empresas privadas sob o regime de concessão ou permissão, via de regra, por meio de licitação (atualmente também através de diálogo competitivo⁶⁰), nos termos do *caput* do art. 175 da CF⁶¹.

Essa concessão de serviço público é materializada pela transferência temporária da execução das atividades de competência do Estado para uma pessoa jurídica, majoritariamente de direito privado, a fim de que esta execute os serviços por sua conta e risco, mas no interesse público e geral da sociedade (CRETELA JÚNIOR, 2000).

No que se refere à fiscalização dos serviços delegados aos particulares, a primeira fase do controle realizada pelo TCU, como já apontado, ocorre no momento da concessão dos serviços públicos aos particulares. Uma vez que o serviço tenha sido delegado, o controle deve ser de segunda ordem (ou de segundo grau), verificando a atividade fim das agências reguladoras sobre o setor.

Em publicação realizada na página do TCU pela Secretaria de Comunicação do Tribunal em 24/10/2022⁶², resume-se bem a diferenciação dessas duas fases. Na publicação, afirma-se que:

O Tribunal de Contas da União (TCU) tem a missão de fiscalizar a atuação das agências reguladoras, em especial os contratos de concessão, os de permissão e os atos de autorização para a prestação de serviços públicos. Os prestadores

⁶⁰ Lei 8.987/1995. 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 concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; (Redação dada pela Lei nº 14.133, de 2021)

⁶¹ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

⁶² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **O Papel do TCU no controle da Regulação**. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/o-papel-do-tcu-no-controle-da-regulacao.htm>. Acesso em 22/02/2023.

de tais serviços geram bens e direitos públicos, a exemplo das rodovias e portos, e respondem pelo próprio serviço delegado, pertencente à União, titular de tais prestações.

No regime jurídico-constitucional brasileiro a fiscalização do TCU pode ocorrer prévia, concomitante e posteriormente ao ato. Todas as questões relevantes, que exijam imediata correção, são levadas ao conhecimento das agências regulatórias, a tempo para que formulem as alterações nas licitações em andamento.

Na fiscalização prévia das regras de editais e de contratos de concessão, por exemplo, a contribuição do TCU auxilia na redução dos riscos de execução e de desequilíbrios econômico-financeiros. Esses podem facilmente ser evitados por meio de medidas preventivas a partir da análise feita pelo Tribunal.

Após a concessão do serviço público, a atuação do TCU continua no acompanhamento da execução dos contratos de concessão. Mas isso não substitui o papel constitucional e legal das agências reguladoras, às quais cabe regular o mercado. O TCU age, assim, não como segunda instância ou revisor, mas como órgão constitucional de superposição e controle.

A ação do órgão regulador não é reduzida com a atuação da Corte de Contas, porque esta não escolhe, por exemplo, metodologias de cálculo, nem fixa valores. Mas limita-se, se for o caso, a apontar a impropriedade da escolha na concessão e determinar a correção da falha.

Atualmente, a norma que trata das desestatizações no TCU é a Instrução Normativa – TCU 81/2018⁶³ (IN-TCU 81/2018). Essas desestatizações, conforme art. 1º da referida norma, compreendem “as privatizações de empresas, as concessões e permissões de serviço público, a contratação das Parcerias Público-Privadas (PPP) e as outorgas de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado”.

Uma vez que os serviços tenham sido concedidos, o controle externo para ser realizado, como dito, com um viés mais operacional, com o objetivo de contribuir para o aperfeiçoamento da atuação da Administração Pública, mais especificamente das agências reguladoras, na regulação do mercado e fiscalização dos serviços delegados. Nessa linha, o TCU, embora não exerça a regulação do setor propriamente dita, trabalha como parceiro das autarquias especiais, identificando possibilidades de aprimoramento na execução da política pública, afastando-se de seu viés sancionatório e de conformidade (OLIVEIRA e LIMA, 2022).

⁶³ Os atos normativos do TCU podem ser obtidos em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/ato-normativo>.

Nesses casos, ao avaliar as organizações governamentais, os programas e as políticas públicas, o Tribunal tem se utilizado das recomendações previstas no art. 250, inciso III, do RITCU. Nessa linha, Fernando Simões dos Reis (2021) argumenta que:

Em decorrência da possibilidade de questionamento da intromissão do órgão controlador na discricionariedade administrativa, em muitas decisões o TCU tem optado pela expedição de recomendações, conforme previsão constante do art. 250, inc. III, do RI/TCU. Ao contrário das determinações, essas deliberações não possuem caráter coercitivo. Essa opção tem sido especialmente adotada no caso das auditorias operacionais, uma vez que, quando da avaliação de determinado programa ou atividade governamental, muitas vezes não resta claro se a opção adotada pelo gestor foi a mais eficiente, principalmente em virtude da complexidade de determinadas políticas públicas.

Todavia, tanto no momento da concessão dos serviços públicos como na regulação e na fiscalização dos serviços delegados pelas agências reguladoras, o TCU, uma vez detectadas irregularidades, pode vir a determinar a correção das falhas constatadas. Albuquerque aponta que, há bastante tempo (2011):

A atuação da Corte cada vez mais se mostra essencial para o aprimoramento da prestação dos serviços públicos. Não foram poucas as vezes em que o TCU demonstrou haver desequilíbrio entre o preço cobrado dos usuários e a qualidade dos serviços prestados. Por outras, o Tribunal detectou que a exploração da atividade pelas empresas delegadas não se coadunava com o que havia sido firmado entre as partes, ou seja, a concessionária descumpria cláusulas contratuais. Para sanar esses problemas, o Tribunal de Contas da União, legitimado pelo art. 71 da Constituição Federal, fixa prazo para que a irregularidade seja sanada, a fim de que o cidadão possa contar com serviço público digno e eficiente.

Nessa mesma linha, Heloisa Rodrigues da Rocha (2020), ao tratar das agências reguladoras e da discricionariedade na tomada de decisões dos gestores públicos, arremata:

Seguindo a doutrina majoritária na atualidade, o TCU entende que, embora haja uma esfera de discricionariedade para a tomada de algumas decisões pelos gestores, é imprescindível que tais atos obedeçam aos limites legais e constitucionais, caso contrário configurará desvio de finalidade, abuso de poder, motivação insuficiente, entre outras ilegalidades que ensejam a aplicação de sanções e a determinação de correção.

Uma vez entendida a forma de fiscalização do TCU sobre serviços públicos concedidos pela União a particulares, deveria o Tribunal fiscalizar o ONS da mesma forma que os demais delegatários? A resposta é negativa. Como apontado, por tratar-se de instituição *sui generis*, o operador merece, da mesma forma, ser fiscalizado de maneira específica pela Corte de Contas, pois não se trata de mero prestador de serviços públicos, possuindo papel relevante para a política elétrica e energética do país e com relações mais próximas ao Estado do que as demais instituições de direito privado com serviços por ele delegados.

5.3.4. A fiscalização do TCU sobre o ONS

Analisadas as competências, a jurisdição e os instrumentos de controle do TCU (especialmente em relação à Aneel e aos delegatários de serviço público em geral), bem como as principais características, as atividades, a natureza jurídica e os recursos do ONS, além da sua relação com o Poder Concedente e com outros agentes econômicos do SEB integrantes do SIN, é possível antever a forma como o controle externo deve ser exercido pela Corte de Contas sobre o operador.

Nessa linha, é possível vislumbrar que procedimentos e instrumentos de fiscalização poderiam ser utilizados, os objetos sobre os quais o controle deveria incidir e os objetivos das fiscalizações a serem realizadas. Para as competências descritas no subtópico 5.1 que não forem aqui mencionadas, entenda-se que não se aplicam ao controle externo a ser exercido pelo Tribunal sobre o ONS.

Inicialmente, vislumbra-se a possibilidade de responder à dúvida suscitada pelas autoridades delineadas no art. 264 do RITCU, por meio de Consulta acerca de dispositivos legais e regulamentares relacionados ao ONS. Considerando a conclusão de que o ONS é jurisdicionado ao TCU, pode este Tribunal se manifestar sobre questionamentos quanto à gestão dos recursos administrados pelo operador, bem como sobre as atividades por ele exercidas, por exemplo.

Em relação à competência para julgar as contas do ONS em sentido estrito, isto é, à prestação de contas anual a que se refere o art. 7º da Lei 8.443/1992 c/c a IN-TCU

84/2020⁶⁴, não se mostra razoável, haja vista que, conforme art. 2º, inciso II, da REN – Aneel 1.017/2022, o operador deve prestar contas anualmente à agência reguladora, a quem cabe julgá-las, sendo dever do operador publicar a prestação de contas em área de livre acesso em seu sítio eletrônico, nos termos do art. 9º da resolução mencionada.

Eventual problema na análise da prestação de contas do ONS realizada pela Aneel deve ser objeto de fiscalização da agência em si, refletindo apenas indiretamente no ONS, configurando um controle de segunda ordem. Ou seja, por meio da fiscalização da atividade finalística da Aneel consubstanciada em regular e fiscalizar o ONS (art. 13 da Lei 9.648/1998), pode o Tribunal, apenas de forma mediata, atuar no exame das contas apresentadas pelo ONS, sem interferir nas decisões técnicas da agência, exceto se eivadas de algum vício de legalidade.

Todavia, em sentido amplo, o ONS deve prestar contas ao TCU. Conforme assentado no voto-condutor do Acórdão 798/2016-TCU-Plenário, de lavra do Ministro Vital do Rêgo:

22. O mecanismo da prestação de contas não se justifica apenas sob a ótica da motivação e devida comprovação do gasto público. Prestar contas é antes de tudo possibilitar a transparência quanto aos atos e procedimentos realizados pelos entes públicos para alcançar uma determinada política.

23. Por certo, o gasto público é um instrumento de política pública, mas não é o único objeto do controle externo. O controle não pode ser entendido como um fim em si mesmo, porquanto é antes de tudo um mecanismo para evidenciar a condução da gestão pública, na medida em que possibilita ao cidadão ter acesso à informação para que este possa exercer influência nas atividades da administração pública.

24. Nesse sentido, as prestações de contas também se destinam a comprovar se a atuação de determinada entidade está em conformidade com os programas de governo ou até mesmo se as entidades privadas que atuam na esfera pública obedecem às normas de seus respectivos campos de atuação. Esse controle de enfoque mais finalístico que legalista tem como princípio verificar o cumprimento de metas e a obediência a dispositivos legais que interfiram na eficiência, eficácia e economicidade da gestão.

⁶⁴ Disponível em

<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F7197623C0171F4AB55A44585&inline=1>. Acesso em 15/07/2023.

Assim, considerando que administra bens e recursos de viés claramente público, o que atrai a competência do Tribunal para fiscalizá-los, o ONS deve atender às requisições do TCU, prestando-lhe contas em sentido amplo.

No que se refere a Tomada de Contas Especial, prevista no art. 8º da LOTCU, diante das ocorrências nela previstas, poderia o Tribunal, em tese, determinar à Aneel que instaurasse a TCE para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

Todavia, nos casos em que ocorram prejuízos na administração dos recursos do ONS, os danos devem ser suportados pelos associados do ONS, sem repasse dos valores às tarifas, conforme delineado no art. 5º, §§ 4 e 5, e no art. 11 da REN Aneel 1.017/2022, de forma que não restaria configurado dano ao patrimônio público ou à coletividade, de modo que estarão ausentes os requisitos para instauração de eventual TCE, conforme se observou no TC 011.848/2016-2, o qual será objeto de análise mais adiante.

Quanto aos atos de comando, pode o TCU ordenar a prática de atos ao ONS, tomar medidas cautelares, bem como solicitar o envio de informações e documentos ao TCU. Vislumbra-se que essas atribuições do TCU poderiam ser utilizadas, também, na fiscalização da gestão administrativa no ONS, especialmente no que se refere a compras de bens e contratação de serviços e de pessoal.

Conforme apontado no voto condutor do Acórdão 798/2016-TCU-Plenário, de lavra do Ministro Vital do Rêgo:

6. A despeito de o ONS não estar jungido às normas que regem a Administração Pública, como a obrigatoriedade de seguir os ditames da Lei 8.666, de 1993, ou da Lei 4.320, de 1964, tal quais as entidades do Sistema S, que gerem recursos parafiscais, deve seguir os princípios que norteiam a pública administração. Não pode o gestor dos recursos do ONS realizar os gastos como se estivesse gerindo recursos privados, uma vez que as despesas da entidade oneram toda a sociedade, porquanto são sustentadas, em grande parte, pelos consumidores de energia elétrica. Assim, o mínimo que o gestor desses recursos deve fazer é seguir os mencionados princípios.

No caso concreto, as balizas para atuação do Tribunal encontram-se primordialmente na REN 1.017/2022, mais precisamente nos seguintes dispositivos:

Art. 5º O Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS desempenhará as suas atribuições com isonomia, transparência, integridade, representatividade, flexibilidade, razoabilidade, proporcionalidade e economicidade, realizando as

ações necessárias ao desenvolvimento tecnológico e à gestão eficiente e eficaz de seus recursos orçamentários.

§ 1º O ONS deve zelar continuamente pela eficiência e eficácia na condução de seus processos administrativos, mediante ações de gestão e de controle que promovam o uso prudente de seus recursos orçamentários nas despesas de custeio e investimentos, as quais incluem:

(...)

II – priorização da gestão centralizada nas aquisições de materiais e contratação de serviços para o escritório central e demais localidades onde possua unidades administrativas e/ou centros de operação, de forma a padronizar os produtos e reduzir custos;

(...)

V – aquisição de materiais e contratação de serviços mediante processos competitivos, tais como leilões e tomada de preços;

(...)

Art. 9º O ONS deverá publicar em área de livre acesso do seu sítio eletrônico, até o dia 30 de abril de cada ano, a prestação de contas, contendo as demonstrações financeiras, os demonstrativos da execução das despesas, com balanço orçamentário por grupo de natureza e com informações sobre as despesas previstas e realizadas, e os pareceres do Conselho Fiscal.

(...)

Art. 17. Na aquisição de bens, materiais, contratação de serviços e obras, o ONS observará, de forma permanente, às disposições da Norma Corporativa própria para essa finalidade, obrigando-se o ONS a mantê-la atualizada, no que for pertinente e encaminhar à ANEEL as atualizações após a aprovação pela Diretoria do ONS.

Os mencionados dispositivos tratam de regras e princípios que devem nortear a atuação administrativa do ONS e podem ser utilizados como critério para verificação da boa e regular atividade de gestão do operador. Nesses casos, verificada a irregularidade, pode o TCU assinar prazo para regularizar a situação (diretamente ao ONS ou indiretamente, por meio da Aneel), podendo adotar medidas cautelares quando presentes os requisitos para adoção dessas medidas. Apesar de não mencionado na norma, o ONS, nas contratações de pessoal, deve realizar processo de seleção objetiva de seus empregados (princípio da impessoalidade), a exemplo da atual seleção para técnico de sistemas de potência⁶⁵ do operador.

⁶⁵ Informações obtidas em: <https://www.ons.org.br/Paginas/sobre-ons/trabalhe-no-ons/01-vaga-Tecnico-de-Sistemas-de-Potencia-PCD-Rio-de-Janeiro.aspx>. Acesso em 25/07/2023.

Eventuais irregularidades podem ser analisadas tanto em decorrência de iniciativa do Tribunal, primordialmente por meio de auditorias de conformidade, como por terceiros, a exemplo de solicitações do Congresso Nacional e, por fim, em razão de denúncias e representações protocoladas no Tribunal, nos termos dos art. 230 a 237 do RITCU.

Por fim, a competência para ordenar o envio de informações ou documentos ao TCU é plenamente aplicável ao ONS, eis que jurisdicionado à Corte de Contas, podendo ser utilizada nos mais diversos instrumentos de fiscalização utilizados pelo Tribunal. Aliás, foi em decorrência de mensagem do operador no sentido de que não estaria obrigado a atender a esses pedidos do Tribunal que foi instaurado o TC 006.113/2014, por meio do qual o TCU confirmou a condição de jurisdicionado do ONS.

Em complemento à atribuição antecedente, destaca-se a competência do Tribunal para levantar dados e produzir informações por meio de investigações e fiscalizações. Em resumo, podem ser fiscalizados pelo TCU todos aqueles que estejam sujeitos à sua jurisdição, a exemplo do ONS. Como já explicitado, essas fiscalizações possuem basicamente dois vieses: o operacional e o de conformidade.

No caso das auditorias operacionais, não resta dúvidas sobre a possibilidade de o TCU realizar esse tipo de fiscalização no ONS, o que vem sendo feito ao longo dos anos, seja para avaliar a atividade do ONS em si, seja para avaliar um programa ou política de governo da qual o ONS participe, a exemplo do Planejamento do Setor Elétrico. Por meio delas, pode ser verificada se a atividade, o programa ou outro aspecto operacional está funcionando de acordo com os princípios da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade, bem como se há espaço para aperfeiçoamento.

Havendo espaço para melhorias na atuação do ONS, o TCU deve fazer recomendações para que a entidade avalie a sua aplicabilidade e a possibilidade de implementação do aperfeiçoamento sugerido. Aqui, destaca-se, não se trata de determinação de correção de irregularidades, mas apenas possibilidade de aperfeiçoamento na atuação do ONS. Vê-se, assim, a presença de um viés finalístico, ou seja, de verificar se os órgãos e entidades estão bem cumprindo com suas missões e atribuições correspondentes.

Por sua vez, as fiscalizações de conformidade no ONS poderiam, em tese, abranger o exame da regularidade (legalidade em sentido amplo, incluindo normas infralegais, a exemplo daquelas emanadas pela Aneel por meio de resoluções

normativas) e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial.

Em relação a esse ponto, inovando em relação ao que ficou decidido no âmbito do TC 006.113/2014-1, entende-se que é possível realizar esse tipo de fiscalização, mas com a devida cautela. O TCU, ao realizar, por exemplo, auditoria de conformidade conjuntamente na Aneel e no ONS, para verificar se o operador está cumprindo as regras dispostas na REN 1.017/2022 e na norma corporativa que trata aquisição de bens, materiais, contratação de serviços e obras (art. 17 da resolução), dever dar preferência por realizar determinações e recomendações à Aneel, como controle de segunda ordem (no ONS) sobre atividades finalísticas da agência.

Todavia, a exemplo do que ocorre com as entidades privadas sem fins lucrativos que recebem transferência voluntárias (OS, Oscip etc.) e com aquelas que administram tributos parafiscais (conselhos profissionais e entidades do Sistema S), em caso de denúncias e representações sobre irregularidades que contrariem princípios e regras que se apliquem ao ONS, poderá o Tribunal atuar diretamente sobre o ONS (mas preferencialmente em conjunto com a Aneel), determinando a correção da falha sobre o caso concreto. Todavia, como dito, nos casos em que seja preferível a correção por meio da atuação da Aneel, responsável primária pela fiscalização do ONS, as deliberações devem ser dirigidas a essa autarquia, de modo a não se sobrepor à atuação da agência.

Cite-se, como exemplo de fiscalização, o TC 019.228/2014-7, instaurado com objetivo de monitorar diversas deliberações do TCU relacionadas à política de segurança energética do país. A exemplo do que foi comentado sobre a atuação em conjunto de diversos agentes no SEB, as seguintes unidades jurisdicionadas foram fiscalizadas por meio do referido processo: Aneel, Eletrobras, EPE, Ibama, MME, MMA, ONS e Petrobras.

Ao final, determinou-se, entre outros, que a Aneel, em conjunto com o ONS e a CCEE, adotassem:

as medidas necessárias, a exemplo da representação dos dados no planejamento da operação, bem como da eventual necessidade de compatibilização entre a Resolução Normativa 440/2011 e os Procedimentos de Rede do ONS, para sanar a incompatibilidade entre a carga prevista e a carga total do sistema que, entre 2014 a 2016, apresentou diferença de 2.000 MW Médios com **impactos significativos no Custo Marginal de Operação**, e ainda que, mesmo após mudança nos procedimentos de rede recentes, apresentou

em maio/2017 divergência de 400 MW médio entre a carga projetada e a carga total do sistema.

(destaque inserido)

O Ministro Walton Alencar, ao comentar sobre esse processo em sua declaração de voto, pugnou que:

os gravíssimos dados, apurados no Acórdão 1631/2018-TCU-Plenário, (...). Nele se comprovou que a atuação do ONS, ao ordenar o despacho das usinas, transcende a simples elaboração e tradução de resultados de simulações computacionais em ordens para os agentes do setor elétrico, para atuar com amplíssima discricionariedade, que não é justificada, nos termos do Voto Conductor, contrariamente ao argumentado pela defesa do Operador.

Na prática, os cálculos matemáticos computacionais são abandonados ao descortino do agente de plantão e o custo adicional de novos e discricionários critérios é rateado entre os consumidores nacionais.

Essa linha de raciocínio, da qual partilho, leva a concluir, inequivocamente, que 'o ONS é única e fundamentalmente o responsável – não simplesmente de forma acessória – pelo gerenciamento dos potenciais de energia hidráulica', havendo disparidade em sua definição legal e as competências que de fato exerce.

Veja-se a importância de corrigir os problemas identificados. Conforme já esposto, o Custo Marginal de Operação (CMO), calculado pelo ONS, é a principal base utilizada para o cálculo do Preço de Liquidação das Diferenças (PLD) a ser utilizado pela CCEE na contabilização dos valores a pagar no mercado de curto prazo. Irregularidades nos valores de PLD utilizados pela CCEE poderiam acarretar uma grande quantidade de ações judiciais contestando valores a pagar nesse mercado.

Observa-se aqui a finalidade de corrigir a atuação do operador, que é regulado pela Aneel, mas sua atuação impacta diretamente nas atividades da CCEE. Daí a importância de uma solução conjunta por esses entes para corrigir os problemas detectados. No caso, o trabalho do TCU identificou a falha, possibilitando aos entes o debate para solução do problema.

Outro processo recente de fiscalização na atuação do ONS foi o TC 003.585/2022-0, por meio do qual o TCU realizou auditoria operacional na sistemática utilizada no planejamento da operação eletroenergética do SEB, tendo como unidades jurisdicionadas o MME, a Aneel, o ONS e a EPE.

A AudElétrica, Unidade Técnica especializada em Energia Elétrica e Nuclear, em seu relatório de auditoria (adotado como relatório do Acórdão pelo Relator, Ministro Benjamin Zymler) identificou 5 achados, quais sejam:

Achado 1: Carência de indicadores e metas relacionados aos objetivos da operação e à aderência entre o planejamento e a efetiva operação;

Achado 2: Ausência de auditorias periódicas de sistemas e de procedimentos técnicos utilizados no planejamento operacional;

Achado 3: Limitações no aprimoramento dos modelos computacionais em decorrência da participação histórica de uma única instituição desenvolvedora da cadeia de softwares utilizados no planejamento da operação;

Achado 4: Falta de clareza e transparência das deliberações para geração fora da ordem do mérito; e

Achado 5: Carência de soluções técnicas para os desafios esperados com a transição energética e as mudanças climáticas.

Diante dessas constatações, que afetam a atividade exercida pelo ONS, foi prolatado o Acórdão 922/2023-TCU-Plenário, com determinações de elaboração de planos de ação e elaboração de estudos à Aneel, MME e CMSE (do qual o ONS é membro), com o objetivo de corrigir as falhas detectadas. Além disso, realizou-se recomendação ao MME, de caráter não cogente, com o objetivo de aperfeiçoar os seus procedimentos.

Cita-se, ainda, o TC 039.604/2020-9, por meio do qual o TCU analisou representação da Unidade Técnica, em razão de possíveis irregularidades/ fragilidades na atuação do MME, da Aneel, da EPE, do ONS e da Eletronorte nos acontecimentos envolvendo a Subestação (SE) Macapá, operada e mantida pela concessionária Linhas de Macapá Transmissora de Energia (LMTE), no âmbito do Contrato de Concessão de Transmissão 9/2008, que geraram o apagão no estado do Amapá em novembro de 2020.

Na oportunidade, por meio do Acórdão 1.224/2023-TCU-Plenário, o TCU conheceu da representação e, no mérito, considerou-a procedente, haja vista a constatação de falhas na atuação da concessionária responsável pela administração da SE Macapá, na atuação do ONS e, por fim, na atuação da Aneel.

Na conclusão da instrução da Unidade Técnica, adotada como relatório pelo Relator do processo, Ministro Jorge de Oliveira, consignou-se que:

331. No que se refere à responsabilidade pelos eventos ocorridos no Amapá, a LMTE, como concessionária de transmissão, possui o dever de atender aos

requisitos de segurança, regularidade e continuidade na sua prestação de serviços. Contudo, no caso da SE Macapá, apesar do conhecimento de que a indisponibilidade do TR2 da SE Macapá demandaria tempo demasiadamente longo para reparo, não adotou medidas, seja isoladamente, seja junto à Aneel e ao ONS, com o objetivo de mitigar os riscos relacionados à confiabilidade do fornecimento de energia elétrica no estado do Amapá, tendo como consequência o apagão ocorrido na região de Macapá em novembro de 2020.

332. Diante disso, por meio do processo punitivo 48500.005799/2020-78, a Aneel aplicou multa no valor de R\$ 3.671.745,75 à LMTE em razão das irregularidades cometidas pela concessionária, conforme consubstanciado no Auto de Infração 1/2021-SFE.

333. Quanto ao ONS, apesar de sua condição de jurisdicionado ao TCU, conforme confirmado pelo Acórdão 2.661/2019-TCU-Plenário, entende-se que não cabe ao Tribunal a responsabilização do Operador no sentido punitivo, dado que a entidade está sujeita à fiscalização sancionatória da Aneel, não devendo este Tribunal se sobrepor à atuação da agência.

334. Nessa linha, diante das falhas do Operador na análise das condições de atendimento das cargas de energia demandadas, de modo a estabelecer providências operativas necessárias à confiabilidade e continuidade do atendimento energético no estado do Amapá, a Aneel instaurou o processo punitivo 48500.005956/2020-45, por meio do qual aplicou multa no valor de R\$ 5.753.387,95 ao operador, conforme consubstanciado no Auto de Infração 7/2021-SFE. Após a interposição de recurso, a multa foi reduzida para R\$ 5.701.920,03 e confirmada pela Diretoria da Aneel.

Em relação à Aneel, foram detectadas falhas em sua fiscalização, tanto em relação à concessionária como em relação ao ONS, diante do que, por meio do Acórdão 1.224/2023-TCU-Plenário, deu-se ciência à autarquia de que:

9.2.1. a ausência de monitoramento anual sistemático do Operador Nacional do Sistema (ONS) por meio de auditorias preventivas em seus sistemas e procedimentos técnicos do operador, no período de 2016 a 2020, em especial relacionada ao exame do modo como o operador analisa as condições de atendimento das cargas de energia demandadas e sobre a confiabilidade e continuidade do atendimento energético no SIN (segurança operativa), infringiu o disposto no art. 9º do Decreto 5.081/2004; e

9.2.2. a deficiência na fiscalização permanente do Contrato de Concessão 9/2008, visando à qualidade, à disponibilidade, à regularidade e à continuidade dos serviços de transmissão objeto do referido ajuste, bem como as falhas detectadas no período que antecede o blecaute de 3/11/2020 no Amapá, infringiram o disposto no art. 3º, incisos IV e XIX, da Lei 9.427/1996 c/c o art. 29,

inciso VI, da Lei 8.987/1995, e a Cláusula Oitava, Subcláusula Quarta do Contrato de Concessão 9/2008;

A justificativa detalhada para não propor punição direta ao ONS por parte do TCU foi a seguinte:

188. Na presente representação, estão sendo analisados resumidamente questões relacionadas ao: 1) planejamento do setor; 2) os meios de fiscalização existentes; 3) a responsabilidade dos agentes pelo apagão, 4) a atuação da Eletronorte no caso; e 5) os esforços empreendidos pela União para resolver a situação de calamidade que existia em novembro de 2020. As duas últimas questões não envolvem diretamente a atuação do ONS. Quanto às duas primeiras, apesar de envolverem pontos relacionados à atuação do ONS, faz-se uma análise do setor mais relacionada à questão finalística no planejamento do setor pelos agentes responsáveis pelo SEB e dos meios de fiscalização existentes para garantir seu bom funcionamento. No que tange à responsabilização do ONS e/ou de seus membros pelo ocorrido, objeto do presente tópico, faz-se necessário apresentar maiores detalhes para se chegar a uma conclusão sobre a possibilidade de atuação do TCU.

189. (...) Nessa linha estão as análises dos dois primeiros tópicos do escopo desta representação, relacionados ao planejamento e à fiscalização do SEB, mas não do ONS especificamente.

190. No caso da responsabilização do ONS, afasta-se do viés finalístico/operacional, apontado anteriormente, para aproximar-se de uma perspectiva punitiva/de conformidade.

(...)

192. (...) Para o presente caso, como deveria este Tribunal atuar se houvesse divergência quanto ao disposto no Auto de Infração 7/2021-SFE, através do qual a Aneel multou o ONS no valor de R\$ 5.753.387,95 em razão de falhas na sua atuação no caso do Amapá?

193. Parece ser o típico caso em que o TCU não deve atuar diretamente sobre o ONS. Apesar da relevância do papel do ONS para o SEB e de suas atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica serem delegadas diretamente por lei, a responsável legal direta por fiscalizar e regular sua atuação é a Aneel, conforme art. 13 da Lei 9.648/1998.

194. Veja-se que, como delegatário de serviço público do setor elétrico, além de atender aos ditames legais e ao seu decreto regulamentador, o ONS também está sujeito às normas complementares editadas pela Aneel, nos termos do art. 2º do Decreto 5.081/2004. Não só isso, a Aneel é responsável por aprovar os procedimentos de rede propostos pelo ONS (que detalha a sua forma de atuação), o estatuto social do operador (Resolução Autorizativa - Aneel

328/2004), bem como promover auditoria dos seus sistemas e procedimentos técnicos com o objetivo de avaliar os sistemas operacionais, as metodologias, os processos, os sistemas computacionais, a aderência das práticas operativas aos procedimentos de rede, entre outros (Art. 9º do Decreto 5.081/2004).

195. Por fim, o art. 1º, parágrafo único, inciso II, da Resolução Normativa 846/2019, que trata dos parâmetros e critérios para a imposição de penalidade aos agentes do setor de energia elétrica, é claro ao dispor que a ela se sujeitam ‘as entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica ou pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais’, no que se enquadra o ONS.

196. Conforme se verifica, a Aneel possui um poder-dever de fiscalizar a ONS de maneira até mais abrangente do que os delegatários usuais do serviço público, uma vez que, além do poder punitivo, é responsável por aprovar sua norma de organização (estatuto social), sua forma de atuação (procedimentos de rede) e promover auditorias detalhadas sobre os processos internos do operador.

197. No presente caso, de modo a não sobrepor a atuação punitiva da Aneel prevista na REN 846/2019, parece mais razoável a atuação do Tribunal por meio do exercício de fiscalização de segunda ordem, com o objetivo de verificar a atuação da Aneel sobre o operador, mas não do ONS diretamente, o que deverá ser realizado no subtópico 3.3.3 desta instrução.

Do exposto, constata-se um verdadeiro controle de segunda ordem sobre o ONS no caso. Em vez de se analisarem diretamente as condutas do operador, buscou-se verificar se a Aneel, responsável primária pela fiscalização do ONS, estava atuando corretamente no caso, o que foi confirmado pela Unidade Técnica ao analisar o processo da Aneel por meio do qual foi aplicada multa ao operador.

Por fim, destaca-se a representação protocolada pelo Ministro do MME, que deu origem ao TC 011.848/2016-2, a respeito de supostas irregularidades na compra de bens e contratação de serviços pelo ONS. Na ocasião, examinou-se indiretamente os gastos do ONS, por meio da análise da atuação da Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira (SFF) da Aneel sobre o caso, considerando-a diligente, de modo que se determinou, por meio Acórdão 2.340/2020-TCU-Plenário, que a autarquia informasse “ao Tribunal quando da deliberação conclusiva sobre eventuais determinações e recomendações expedidas ao Operador por ocasião da apreciação em último recurso das contas relativas ao ciclo 2013/2014”.

Ao monitorar a determinação, verificou-se que não havia “indícios de omissão ou desídia por parte da Aneel no desempenho de sua atribuição”, através da qual a

autarquia determinou que o valor corrigido de R\$ 2.748.763,42 seja coberto por contribuição associativa extraordinária e incluso no orçamento econômico do ONS, para o ciclo de janeiro de 2022 a dezembro de 2024. Diante disso, prolatou-se o Acórdão 1.622/2022-TCU-Plenário, considerando cumprida a determinação anteriormente destinada à agência, arquivando o TC 011.848/2016-6, haja vista que o processo havia cumprido o objetivo para o qual havia sido constituído, qual seja, analisar a representação apresentada pelo Ministro do MME.

Assim, a suposta temeridade do controle concomitante do TCU e da Agência não vem desestabilizando todo o sistema, dado que a Corte de Contas, conforme já assentado, vem atuando de forma ponderada e refletida, além de cooperativa e suplementar na fiscalização do ONS, observados os limites constitucionais da atuação do TCU em confronto com as competências legalmente atribuídas às agências reguladoras.

Quanto à competência para formular orientações gerais, conforme já exposto, o TCU pode realizar determinações e recomendações ao ONS, seja diretamente, seja de forma indireta por meio de deliberações destinadas à Aneel com foco na fiscalização que a autarquia exerce sobre o operador. Além disso, quando da detecção de falha mais branda, o TCU pode dar ciência ao ONS da irregularidade/impropriedade, com o objetivo de evitar a ocorrência de falhas similares no futuro.

Por fim, no que se refere à competência para representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados na atuação do ONS cuja atribuição para solução do caso e correção da situação irregular escape à competência do TCU, verifica-se que tal competência mostra-se plenamente aplicável quando de fiscalizações sobre o operador. Nessa linha, constatando-se irregularidades relacionadas ao recolhimento de tributos federais, deve-se encaminhar essas informações à SRFB. Identificadas condutas por parte dos gestores do ONS que configurem crime, mostra-se necessário cientificar o Ministério Público.

De forma similar, nas situações em que a competência para solução do caso e correção das irregularidades averiguadas estejam no âmbito da competência exclusiva da Aneel, o TCU deve, nessa hipótese, deliberar no sentido de realizar determinações ou recomendações à autarquia, ou ainda, dar-lhe ciência das falhas identificadas, a depender da natureza e da gravidade dos achados.

6. Conclusão

O Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, é responsável por acompanhar a gestão de políticas e recursos públicos federais, tendo como missão contribuir para o aperfeiçoamento da Administração Pública em benefício da sociedade. Para cumprir com sua missão, a Corte de Contas possui diversas competências a ela delegadas pela CF88 e por normas legais, especialmente a sua Lei Orgânica.

Dentre as suas competências e atribuições, destaca-se a possibilidade de investigar e fiscalizar seus jurisdicionados, os quais, em regra, são aqueles que administram recursos federais, conforme arts. 70 e 71 da CF88 e arts 4º e 5º da LOTCU e do RITCU. Nas fiscalizações, o Tribunal tem o poder de ordenar o envio de informações e documentos para que possa realizar as análises a que lhe competem.

Após os exames pertinentes, a Corte de Contas Federal:

- a) Se detectar ilegalidades e irregularidades, determina a sua correção aos órgãos e entidades a ele jurisdicionados;
- b) Se verificar a possibilidade de aperfeiçoamentos, realiza recomendações;
- c) Se a irregularidade for de baixa gravidade, dá ciência da falha a quem possui competência para solucionar o problema;
- d) Se identificar questões urgentes no andamento das fiscalizações, pode adotar medidas cautelares com o objetivo de garantir o melhor resultado ao interesse público ao final do processo;
- e) Se constatar prejuízo ao erário, poderá condenar o responsável ao pagamento da dívida atualizada, podendo aplicar-lhe multa; e
- f) Se constatar apenas irregularidades, poderá, do mesmo modo, sancionar o responsável.

Além disso, nos processos de prestação de contas e de tomada de contas especial, julgará as contas dos responsáveis, adotando as medidas acima destacadas, quando for o caso.

Por sua vez, o Operador Nacional do Sistema Elétrico (integrado por titulares de concessão, permissão e autorização do SEB e por consumidores livres conectados diretamente na rede básica de transmissão) foi criado por meio da Lei 9.648/1998 como uma instituição (associação) sem fins lucrativos e é responsável por coordenar e controlar a geração e a transmissão de energia elétrica do Brasil, por meio do Sistema

Interligado Nacional, conforme autorizado em sua lei de regência. Realiza também o planejamento dos sistemas isolados do país.

O ONS tem papel estratégico, sendo responsável por desenvolver estudos (planejamento em cooperação com a Empresa de Pesquisa Energética) e ações (operação do SIN) para gerenciar as diferentes fontes de energia (hidrelétrica, térmica, solar, eólica etc.) e a rede transmissão, visando à segurança de suprimento contínuo em todo país ao menor custo possível. Nessa linha, sua missão é garantir o suprimento de energia com qualidade, visando o menor custo para o sistema e observando os padrões técnicos e os critérios de segurança e confiabilidade constantes das normas técnicas do setor.

As competências e atribuições do ONS estão inseridas na Lei 9.648/1998, no Decreto 5.081/2004, no seu Estatuto, e em normas editadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica, por quem é regulado e fiscalizado. Possuindo natureza jurídica *sui generis*, o ONS não deve estar sujeito às mesmas regras dos demais agentes do SEB.

O ONS executa uma atividade essencial reservada, consubstanciada na operação do SIN (coordenação e controle da geração e da transmissão), mediante autorização, nos termos do art. 21, inciso XII, alínea “b” da CF88 (competete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão e permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água).

Nessa linha, considerando que o ONS planeja e programa a operação e gerencia o despacho centralizado da geração de energia elétrica, sendo os potenciais de energia hidráulica bens públicos federais (art. 20, inciso VIII, e art. 176, *caput* e § 1º, da CF88), conclui-se que, por meio de sua atividade, é o principal responsável pela gestão desses bens públicos.

Por outro lado, os agentes de Geração, Transmissão e Distribuição prestam serviço públicos de energia elétrica com fundamento no art. 175 da CF88 (incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos), sujeitos, portanto, às regras dispostas nas Leis 8.987/1995 e 9.427/1996.

Além da operação do SIN, destacam-se, em razão de sua importância, as seguintes atribuições conferidas ao ONS:

- a) Controle do acesso de geradores, consumidores e distribuidores à Rede Básica;

- b) Realização de estudos com o objetivo de subsidiar o planejamento da expansão do SIN; e
- c) Elaboração do custo marginal de operação (CMO), utilizado com base para cálculo do preço de liquidação das diferenças (PLD), que é utilizado no mercado de curto prazo pela CCEE.

Além disso, o ONS possui relações muito intrincadas com o Poder Concedente, haja vista que o tipo de personalidade jurídica do ONS, a composição, a sua estrutura orgânica, o papel das diversas esferas do poder público em face do ONS e, ainda, seus recursos e fontes de financiamento foram todos estabelecidos unilateralmente pelo Poder Público. Ademais, o Governo Federal tem forte influência na administração do operador, indicando representantes para o Conselho de Administração e a maioria dos membros da diretoria (inclusive o Diretor-Geral).

Some-se a isso a fiscalização muito mais robusta da Aneel sobre o ONS em comparação com os demais delegatários de serviços de interesse público, haja vista que é responsável por aprovar o seu estatuto, os procedimentos de rede, aprovar o orçamento anual da entidade e analisar sua prestação de contas, bem como realizar auditoria sobre os despachos realizados e sobre os sistemas e procedimentos técnicos do operador.

Além de tudo, o ONS trabalha conjuntamente com a EPE (planejamento) e com a CCEE (liquidação financeira de contratos de compra e venda de energia), por meio da celebração de acordos operacionais, bem como participa como membro do CMSE e da Cpamp. Por fim, destaca-se certa submissão dos agentes econômicos do SEB ao operador, não podendo se negar a atender às ordens de despacho emanadas pelo ONS.

Quanto aos recursos que financiam sua atividade, verifica-se que o ONS é mantido majoritariamente por receita de natureza hegemonicamente pública advinda de pagamentos compulsórios devidos pelos agentes do setor elétrico em decorrência de obrigações impostas por atos em que se manifesta a capacidade do Poder Público concedente sobre atividade reservada à União. Ademais, constatou-se que as normas que regulam a administração desses recursos possuem diversas similaridades com aquelas que regulam as transferências voluntárias da União para entidades sem fins lucrativos que realizam atividades de interesse público e com os tributos parafiscais administrados pelos conselhos profissionais e entidades do Sistema S, sujeitos à fiscalização do TCU.

Diante do exposto, conclui-se, com entendimento similar ao declarado pela Ministra Ana Arraes no voto condutor do Acórdão 2.661/2019-TCU-Plenário, que:

- i) o Operador Nacional do Sistema Elétrico presta serviço essencial de natureza reservada e de competência exclusiva da União ao realizar atividade fundamental para o funcionamento do sistema elétrico interligado: coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, nos termos do art. 13 da Lei 9.648/1998;
- ii) o ONS realiza gestão de bens públicos pertencentes à União, quais sejam, os potenciais de energia hidráulica (art. 20, inciso VIII e art. 175, *caput* e § 1º, da CF88), assegurando que a oferta de energia seja suficiente, garantida em determinado horizonte temporal e com o menor custo possível;
- iii) o ONS é mantido majoritariamente por receita de natureza predominantemente pública advinda de pagamentos compulsórios devidos pelos agentes do setor elétrico em decorrência de obrigações impostas por atos em que se manifesta a capacidade do poder público concedente sobre atividade reservada à União; e
- iv) o ONS está sujeito à jurisdição do TCU por força do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e do art. 5º, inciso I, da Lei 8.443/1992.

Diante de sua sujeição à jurisdição do TCU e das competências constitucionalmente atribuídas a essa Corte de Contas, pode o Tribunal fiscalizar diretamente o ONS, de forma isolada ou conjuntamente com outros agentes do SEB, em especial o MME, a Aneel, a EPE e a CCEE. Pode ainda fiscalizá-lo de forma indireta, através do controle de segunda ordem, ao fiscalizar a Aneel sobre suas atividades finalísticas de regular e fiscalizar o operador. De forma a possibilitar essas fiscalizações, o TCU tem competência para requisitar documentos e informações do operador, o que não lhe pode ser negado, sob pena de aplicação de multa ao responsável.

Considerando-se o viés público dos recursos do ONS, o TCU pode realizar fiscalização (auditoria, inspeção, acompanhamento, monitoramento e levantamento) com um viés não apenas finalístico ou operacional, mas também com aspectos de conformidade e verificação da regularidade na administração dos recursos do ONS. O Tribunal pode também ser provocado por terceiros, por meio de denúncia ou representação, para apurar irregularidades na atuação do ONS.

No caso das auditorias operacionais, não resta dúvidas sobre a possibilidade de o TCU realizar esse tipo de fiscalização no ONS, o que vem sendo feito ao longo dos anos, seja para avaliar a atividade do ONS em si, seja para avaliar um programa ou

política de governo da qual o ONS participe. Havendo espaço para melhorias na atuação do ONS, o TCU deve fazer recomendações para que a entidade avalie a aplicabilidade e a possibilidade de implementação do aperfeiçoamento sugerido.

Por sua vez, as fiscalizações de conformidade no ONS poderiam, em tese, abranger o exame da regularidade e da legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis pela gestão dos recursos do ONS.

Quanto a esse ponto, inovando em relação ao que ficou decidido no âmbito do TC 006.113/2014-1, é necessário realizar esse tipo de fiscalização com cautela. Ao realizar, por exemplo, auditoria de conformidade conjuntamente na Aneel e no ONS, para verificar se o operador está cumprindo as regras dispostas na REN 1.017/2022 e na norma corporativa que trata aquisição de bens, materiais, contratação de serviços e obras (art. 17 da resolução), dever-se dar preferência por realizar determinações e recomendações à Aneel, como controle de segunda ordem sobre suas atividades finalísticas.

Todavia, a exemplo do que ocorre com as entidades privadas sem fins lucrativos que recebem transferência voluntárias (OS, Oscip etc.) e com aquelas que administram tributos parafiscais (conselhos profissionais e entidades do Sistema S), em caso de denúncias e representações sobre irregularidades que contrariem princípios e regras que se apliquem ao ONS, poderá o Tribunal atuar diretamente sobre o ONS (mas preferencialmente em conjunto com a Aneel), determinando a correção da falha sobre o caso concreto. Entretanto, nos casos em que seja preferível a correção por meio da atuação da Aneel, responsável primária pela fiscalização do ONS, as deliberações devem ser dirigidas a essa autarquia, de modo a não se sobrepor à sua atuação.

Diante da ocorrência das situações prevista no art. 8º, o TCU pode, em tese, determinar à Aneel que apure os fatos, identifique os responsáveis e quantifique o dano. Essa situação não se aplica se os prejuízos forem suportados pelos associados do ONS.

Diversos foram os processos em que o Tribunal já fiscalizou a atuação do ONS, direta ou indiretamente, em conjunto com outros agentes do SEB, a exemplo das fiscalizações/representações para analisar a política de segurança energética, a sistemática utilizada no planejamento da operação eletroenergética do SEB, o apagão do Amapá em novembro de 2020 e, ainda, irregularidades na compra de bens e contratação de serviço pelo ONS.

Em todos esses casos, o Tribunal contribuiu para detecção e correção de irregularidades ou com proposições visando ao aperfeiçoamento dos agentes responsáveis pelo bom funcionamento do SEB.

Assim, não se vislumbraram indícios para temer que o controle concomitante do TCU e da Agência sobre o ONS possam desestabilizar todo o sistema com eventuais entendimentos e decisões divergentes. Isso porque, como visto, a Corte de Contas vem atuando de forma ponderada e refletida, além de cooperativa e complementar na fiscalização do ONS, observado os limites constitucionais da atuação do TCU em confronto com as competências legalmente atribuídas à Aneel.

Nesse sentido, possibilitar a atuação mais abrangente de controle do TCU sobre o ONS só vem a somar os esforços para aperfeiçoar as relevantes atividades de interesse público desempenhadas pelo operador do sistema elétrico, por meio do que o Tribunal concretiza a sua missão de aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade, por meio do controle externo.

Referências Bibliográficas

AGUIAR, Simone Coêlho de. Origem e Evolução dos Tribunais de Contas. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE. 2013. São Paulo. **Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do Direito na contemporaneidade**. São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2013. p. 314-337. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=25>. Acesso em 12/03/2023.

ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de. **O papel do Tribunal de Contas da União no controle dos serviços públicos delegados**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 1, n. 1, p. 83-112, jan.-jun. 2011.

BARROSO, Elusa Moreira, Natureza jurídica sui generis do ONS, in: DA ROCHA, Fabio Amorim (Org.), **Temas relevantes no direito de energia elétrica (vol. II)**. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

BASTOS, Bruno Abreu. A regulação pública não estatal realizada pelo operador nacional do sistema elétrico. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Teoria do Estado Regulador**: Volume III. Curitiba: Juruá, 2017. p. 149-178.

BASTOS, Bruno Abreu. **O espaço regulatório do setor elétrico brasileiro**. Dissertação para obtenção de grau de mestre apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2018.

BRANDÃO, Gabriela da Silva. **Pessoas Jurídicas de Direito Privado no Setor: o Papel e a Natureza Jurídica do Operador Nacional do Sistema - ONS e da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE**. Instituto Brasiliense de Direito Público, 2013:

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Boletim do Tribunal de Contas da União especial – Ano. 37, n. 24 (2018)**: Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/conhecendo-o-tribunal.htm>. Acesso em: 5 de maio de 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Boletim do Tribunal de Contas da União Especial – Ano. XLIII, n. 2 (2010)**: Padrões de Auditoria de Conformidade. Brasília: TCU, 2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/contas-e-fiscalizacao/controle-e-fiscalizacao/auditoria/normas-de-fiscalizacao/auditoria-de-conformidade.htm>. Acesso em: 5 de maio de 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Boletim do Tribunal de Contas da União Especial – Ano. 39, n. 29 (2020)**: Manual de Auditoria de Conformidade. Brasília: TCU, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/73/02/68/7335671023455957E18818A8/Manual_a_uditoria_operacional_4_edicao.pdf. Acesso em: 5 de maio de 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Conhecendo o Tribunal**. 8ª edição: Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2022. Disponível em:

<https://portal.tcu.gov.br/regimento-interno-do-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>. Acesso em: 5 de maio de 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Vocabulário de Controle Externo do Tribunal de Contas da União**. 6ª edição: Brasília: TCU, Instituto Serzedello Correa, Centro de Documentação, 2019. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/vocabulario-de-controle-externo-do-tribunal-de-contas-da-uniao-vce.htm>. Acesso em 12/09/2022.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário das Licitações Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008).

FERREIRA, Simone Servato. **Análise exploratória sobre os tipos de auditoria desenvolvidos no Tribunal de Contas da União**. Monografia para obtenção do título de Especialista pelo curso de Especialização em Auditoria do Setor Público do Instituto Serzedello Corrêa – Escola Superior do Tribunal de Contas da União. Brasília, 2019.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Instituições de Direito da Energia Elétrica: Propedêutica e Fundamentos**. v. 1. ed. 2. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CALABRIA, Felipe Alves. Capítulo XI - O Operador Nacional do Sistema e o Serviço de Operação do Sistema Interligado Nacional (texto sem revisão). In: **Instituições de Direito da Energia Elétrica**. v. II. 2023⁶⁶. Disponível em https://www.academia.edu/41856012/Cap%C3%ADtulo_XI_Volume_II_O_Operador_Nacional_do_Sistema_ONS_e_a_operac%C3%A7%C3%A3o_do_Sistema_Interligado_Nacional_SIN. Acesso em 13/06/2023.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; DIAS, Fabio Henrique di Lallo; SENA, Barbara Bianca; RAMALHO, Eduardo Estevão Ferreira; SOUZA, Luiz Felipe Falcone de. **Manual de Direito da Energia Elétrica**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

MACHADO, Marcus Antônio. **Responsabilidade de entidades privadas perante o Tribunal de Contas da União**. Brasília, 2011. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/responsabilidade-de-entidades-privadas-perante-o-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>. Acesso em 22/02/2023.

OLIVEIRA, Igor Ferreira; LIMA, Bruno Martinello. Agências reguladoras federais sob o controle de segunda ordem: evolução da qualidade das deliberações do Tribunal de Contas da União (TCU) nos setores de transportes aquaviário e terrestre. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, n. 150, p. 285-311, jul-dez 2022, 2022. Disponível em <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/103>. Acesso em 25/04/2023.

⁶⁶ Livro ainda não publicado, sendo adotado o ano atual como referência.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. **Os limites da jurisdição dos tribunais de contas**. 2022. Disponível em <https://congressoemfoco.uol.com.br/blogs-e-opinioao/forum/os-limites-da-jurisdicao-dos-tribunais-de-contas>. Acesso em 28/05/2023.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**: completo. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

REIS, Fernando Simões dos. **Direito da energia e os tribunais de contas**: o controle externo para sustentabilidade da matriz elétrica. Curitiba: Juruá, 2021.

ROCHA, Heloisa Rodrigues da. Limites do controle do TCU sobre os atos discricionários das agências reguladoras. **Revista Digital de Direito Administrativo da FDRP/USP**. V. 7, n. 2, p. 37-59, 2022. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdda/issue/view/11573>. Acesso em 23/03/2023.

ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União**: Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle. 1ª ed. São Paulo. Quartier Latin, 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. (2019). **Limites da jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares**. Revista Justiça Do Direito, v. 33, n. 2, p. 198-221, maio-ago. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. (2020). Limites da Jurisdição dos Tribunais de Contas sobre Particulares. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org). **Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 59-78)

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. São Paulo: Almedina, 1ª ed., 2020.

TOLMASQUIN, Maurício. **Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

VELOSO, Vitor Lanza. **A Natureza Jurídica da Atividade de Coordenação e Controle da Operação do Sistema Interligado Nacional**: uma análise à luz da Constituição de 1988. Monografia Final de conclusão de curso de graduação apresentada como requisito parcial à obtenção de título de bacharel em Direito Pela Universidade de Brasília. Brasília, 2011.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

Missão

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

Visão

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável