

A (SOBRE)REGULAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU SOBRE ATIVIDADES-FIM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: ANÁLISE DO JULGAMENTO DAS BANDEIRAS TARIFÁRIAS À LUZ DO TRILEMA REGULATÓRIO

The (Over)Regulation of the Federal Court of Accounts - FCA on Regulatory Agencies' core activities: analysis of the judgment of the Tariff Flags in light of Regulatory Trilemma

Submetido(submitted): 05/12/2019
Parecer(revised): 16/12/2019
Aceito(accepted): 30/12/2019

Francisco Moreira da Silva Junior*

Abstract

Purpose – *The study aims to analyze whether the application of FCA's practice in the control of regulatory agencies' core activities represents a regulatory failure – overregulation, under the criteria of the Regulatory Trilemma.*

Methodology/approach/design – *A dogmatic and socio-juridical approach is adopted, based on the theory of law as an autopoietic system, proceeding to the doctrinal, normative and jurisprudential overview. The article conducts a critical examination of reflexivity regarding the FCA commands directed to Regulatory Agencies' core activities. The empirical examination is adopted by electing a recent case, the FCA's judgment of the Tariff Flags.*

Findings – *The article concludes that FCA's commands to Regulatory Agencies in controlling end-activities imply a regulatory failure in the form of over-regulation, under the perspective of Regulatory Trilemma.*

Practical implications – *The research result offers a theoretical basis for the revision of FCA's practice regarding the control of the regulatory agencies' core activities.*

Originality/value – *The article establishes an argumentative basis for reorienting the practice of FCA's operational control over regulatory agencies, so that the results of the control of the auditing body are reported to the National Congress, extinguishing direct commands to the agencies, either in the form of recommendations, or determinations.*

Keywords: *Control. TCU. Regulatory agencies. Regulatory trilemma. Tariff flags.*

Resumo

* Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais em 1999. Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho (2001) e em Direito Ambiental e Urbanístico pela Universidade Anhanguera (2012). Procurador Federal desde 2002, atua no contencioso judicial da Procuradoria Federal junto à ANEEL. E-mail: franciscosilva@aneel.gov.br.

SILVA JUNIOR, F. M. da. *A (Sobre)Regulação do Tribunal de Contas da União - TCU sobre Atividades-fim das Agências Reguladoras: análise do julgamento das Bandeiras Tarifárias à luz do Trilema Regulatório*. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 6, n° 1, p. 21-49, maio 2020.

Propósito – O estudo pretende analisar se os comandos do TCU dirigidos diretamente às agências reguladoras no controle das suas atividades-fim representa falha regulatória (sobre-regulação), à luz do Trilema Regulatório.

Metodologia/abordagem/design – Adota-se uma abordagem dogmática e sócio-jurídica, baseada na teoria do direito como sistema autopoiético, procedendo-se à seleção doutrinária, normativa, jurisprudencial, e ao estudo empírico de caso - julgamento das Bandeiras Tarifárias pelo TCU. O artigo realiza o exame crítico das normas constitucionais na condição de acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político em relação aos comandos do TCU dirigidos às Agências Reguladoras no controle de atividades-fim.

Resultados – O artigo conclui que os comandos do TCU às Agências Reguladoras no controle de atividades-fim enquadram-se como falha regulatória na forma de sobre-regulação na perspectiva do Trilema Regulatório.

Implicação prática – O resultado da pesquisa oferece um argumento teórico para revisão da jurisprudência do TCU voltada ao controle dos atos inerentes ao exercício das atividades-fim das agências reguladoras.

Relevância do texto – O artigo estabelece uma base argumentativa para reorientar a prática do controle operacional do TCU sobre as agências reguladoras, para que os resultados do controle do órgão de contas sejam informados ao Congresso Nacional, extinguindo-se os comandos diretos para as agências, seja na forma de recomendações, ou de determinações.

Palavras-chave: Controle. TCU. Agências reguladoras. Trilema regulatório. Bandeiras tarifárias.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento contemporâneo de um modelo típico de intervenção estatal na economia revelado por meio do Estado Regulador vem acompanhado de uma série de questões a desafiar o funcionamento das instituições. O redirecionamento em relação aos objetivos do Estado que decorre, especialmente, da complexidade social e do modo de os perseguir, cria fricções entre autoridades, órgãos e entidades. Isso ocorre, muitas vezes, pela incompreensão quanto às competências institucionais relativas ao novo desenho estatal, a comprometer as estratégias e a eficiência em sua atuação.

Nesse cenário, a autonomia das agências reguladoras em suas atividades-fim, é dizer, sua autonomia funcional, apresenta-se como uma das maiores dificuldades de adaptação das estruturas tradicionais ao novo modelo de Estado Regulador (MAJONE, 2006, p. 91). O Trilema Regulatório de Gunter Teubner, desenvolvido no contexto da teoria do direito como sistema autopoiético (TEUBNER, 1986, p. 299-326), ao observar espécies de falhas regulatórias, pode contribuir na identificação da tensão entre entes e órgãos estatais e seus

efeitos na regulação. A partir dessa identificação, a possibilidade de saneamento da falha regulatória é inferida por meio da indicação de restauração dos limites de operação dos subsistemas envolvidos na atividade regulatória.

Com base nessa teoria, analisar-se-á o controle do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim das agências reguladoras, avaliando os comandos – expressos na forma de recomendações e determinações – criados a partir de sua jurisprudência e dirigidos diretamente às agências reguladoras.

No primeiro capítulo, apresenta-se a noção de Estado Regulador a fim de se compreender a origem das agências reguladoras e os contornos da sua autonomia; segue-se, ainda no primeiro capítulo, à exposição da teoria do direito como sistema autopoiético, no bojo da qual é desenvolvido o Trilema Regulatório, explorado no final dessa primeira parte.

Ao segundo capítulo reservou-se a análise do controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo TCU, discorrendo-se sobre a sua base normativa e a construção jurisprudencial de comandos dirigidos diretamente às agências, avaliando-se, com base na teoria exposta no primeiro capítulo, se se enquadram na categoria “sobre-socialização” do direito (sobre-regulação) no Trilema Regulatório de Teubner.

Por fim, inicia-se a análise de caso com vistas a identificar a ocorrência de comandos do TCU dirigidos à ANEEL ao julgar as Bandeiras Tarifárias, instrumento regulatório implementado pela Agência, avaliando se o órgão de controle incorreu em sobre-regulação.

ESTADO REGULADOR SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO: TRILEMA REGULATÓRIO E SOBRERREGULAÇÃO

O Estado Regulador e a Autonomia das Agências Reguladoras

Antes de adentrarmos no estudo do Trilema Regulatório, faz-se necessário elucidar os traços do Estado Regulador e a adoção desse modelo na experiência brasileira. Indispensável, nesse sentido, uma breve exposição quanto às características marcantes das formas de Estado que antecederam o Estado Regulador, a saber, o Estado Liberal e o Estado de Bem-estar Social.

Quando se estuda o Estado moderno com foco na relação entre o poder estatal e o mercado, pode-se identificar três modelos fundamentais, que apresentam variações, sobretudo, quanto à forma, à intensidade e aos instrumentos de intervenção do Estado no meio econômico: o Estado Liberal, o Estado de Bem-estar Social e o Estado Regulador.

O Estado Liberal surgiu dos movimentos que culminaram com as revoluções americana e francesa, no final do século XVIII, em reação ao

paradigma absolutista, propugnando, no campo econômico, o livre mercado (liberdade de contratar e liberdade de comércio), e defendendo que a eficiência do mercado decorreria naturalmente da atuação dos agentes, por isso restringindo a atuação do Estado, nessa seara, à proteção da propriedade e à manutenção da segurança nos contratos. Esse modelo propõe a “[...] *contenção interna do poder e do governo, levando em conta que, pela ideologia, o governo deveria ser frugal para moldar-se ao mercado, regido por leis quase-naturais*” (LOPES, 2018, p. 79).

A desmedida liberdade do mercado, com a ausência de atuação direta do Estado, revelou distorções que culminaram em graves problemas sociais. A atuação livre dos agentes, ao contrário de trazer eficiência, gerou problemas que impuseram a atuação do Estado para fazer frente às forças crescentes do poder econômico, dominando progressivamente os mercados, e responder às tensões sociais surgidas, notadamente, nas relações de trabalho. Houve uma reconsideração quanto ao papel estatal, desencadeando uma atuação direta. Essa postura ativa do Estado no mercado é que o designou como Estado de Bem-estar Social (Estado Providência), pois além de intervir nas relações, em especial nas relações econômicas, passa a adotar políticas de prestações compensatórias. O modelo foi incrementado, especialmente, na Europa pós-Segunda Guerra Mundial, com o Plano Marshall, proposta de reconstrução europeia estabelecida pelos EUA nos anos seguintes à guerra.

É oportuno realçar que a abordagem histórica dos modelos de Estado tem como base, notadamente, o contexto europeu, cuja modelagem repercutiu indiscutivelmente no Brasil, porém, com reservas em sua assimilação, em consequência das diferentes realidades (LOPES, 2018, p. 73). Feita essa ressalva, que se aplica também ao Estado Regulador, adentramos no estudo desse novo paradigma de Estado, podendo considerá-lo, em certo sentido, como síntese dos modelos antecedentes, a propor uma terceira via em relação aos ideais do Estado Liberal e do Estado de Bem-estar Social. É que o Estado Regulador não propõe sua completa omissão, abstendo-se de intervir no mercado, porém afasta-se da tese de uma intervenção direta como Estado empreendedor ou provedor, a indicar, de fato, uma intervenção indireta por intermédio da normatização.

O Estado Regulador, nessa linha, estabelece uma forma própria de intervenção na economia, sob o signo da regulação econômica, através de instrumentos que não determinam a prestação direta de serviços pelo Estado, tampouco a simples abstenção de sua atuação, a confiar na regulação independente e autônoma dos agentes. Os instrumentos de intervenção do Estado Regulador incidem indiretamente por meio da regulação normativa, consistente em ações de orientação e coordenação, a combinar formas de

coerção, persuasão e incentivos. Considera-se que a origem desse desenho estatal está ligada à forma de atuação dos EUA, em resposta a falhas do mercado por meio da ação de agências reguladoras¹, sendo adotado na Europa após o desgaste e a superação do Estado de Bem-estar Social, inspirado na onda de privatizações e de “desregulação”² do final dos anos 1970 (MAJONE, 2006, p. 56-57).

As falhas de mercado, reveladas por meio de domínios econômicos privados e pela ineficiência da prestação de serviços diretamente pelo Estado, explicam, portanto, a alteração do modelo estatal para que os serviços prestados pelo Estado sejam atribuídos à iniciativa privada, porém sujeitos à normatização implementada por agências independentes ou autônomas³.

A autonomia das agências incumbidas de implementar a regulação nos setores privatizados está ligada à garantia de credibilidade, segurança e estabilidade da regulação, buscando protegê-la de pressões políticas e sociais, a contribuir para um ambiente que possibilite decisões com orientações voltadas para fundamentações mais técnicas e jurídicas. As ações nesses setores envolvem, via de regra, considerações sobre fatores de médio e longo prazo, exigem conhecimentos especializados e, por vezes, respostas rápidas – especialmente com os impactos do avanço tecnológico.

Portanto, a condição temporária dos mandatos eletivos dos governantes, representantes políticos, somada ao não conhecimento dos elementos técnicos exigidos na regulação de setores altamente especializados e a impossibilidade de as leis formais, votadas nos parlamentos, acompanharem os fatos sociais, sobretudo em face da complexidade da sociedade moderna, reforçam a necessidade de atuação autônoma das agências com poder normativo em nome da eficiência regulatória.

Busca-se garantir a autonomia das agências principalmente por intermédio da forma de escolha dos dirigentes, indicados pelo Chefe do

¹A criação da *Interstate Commerce Commission* (ICC) em 1887, agência surgida com objetivo de regular ferrovias e garantir tarifas justas, tem sido considerado o marco inicial da regulação econômica nos EUA, pois teria dado origem à sequência de outras agências, marcando o típico modelo de regulação norte-americano. Há, porém, quem defenda que a regulação como técnica de governança pública já estava presente em práticas políticas e econômicas nos EUA desde o séc. XVIII, como uma lógica de governo que surge, na verdade, com sua independência (NOVAK, 2014, p. 34).

²Como adverte Majone, a “desregulação” nesse contexto é compreendida como novas formas de regulação, e não como a pura retirada da regulação na proposta do *laissez-faire*” (NOVAK, 2014, p. 59).

³Embora os termos sejam utilizados muitas vezes como sinônimos, referindo-se ao objetivo de atribuir às agências uma atuação autônoma em relação ao Poder Executivo, concordamos com Sundfeld (2002, p. 24) ao afirmar que, no mundo jurídico, a expressão “autônoma” é preferível, pois retrata melhor o tratamento recebido pelas agências no direito brasileiro.

Executivo e aprovados pelo Legislativo, e da garantia de mandatos fixos, impedindo-se a livre destituição, importando na estabilidade dos cargos diretivos.

Outro ponto relevante no estudo da autonomia das agências refere-se à sua legitimidade. Pode-se abordar a questão sob o prisma procedimental e substancial. Do ponto de vista procedimental, registra-se que, no Brasil, as agências são criadas por leis, que as instituem e definem suas esferas de competências, atribuindo-lhes poder normativo⁴, além de estabelecer regras formais para a tomada de decisão, sujeitando sua atuação ao controle judicial (legitimidade procedimental). A legitimação substantiva, por sua vez, relaciona-se à credibilidade de sua atuação, revelada através dos critérios de consistência, conhecimento, profissionalismo e habilidade para a resolução dos problemas específicos do setor regulado (MAJONE, 2006, p. 65).

O Estado Regulador é a configuração que se pretende implementar no Brasil com as reformas realizadas a partir do final da década de 1990, ao promover o início das privatizações de setores da infraestrutura, com adoção do modelo de regulação por intermédio de agência reguladoras⁵.

Nesse contexto, surgiram as primeiras agências brasileiras de regulação no âmbito federal, com competências específicas nos setores privatizados e dotadas de autonomia funcional: a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei Federal n. 9.427, de 16 de dezembro de 1996), a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei Federal n. 9.472, de 16 de julho de 1997) e a Agência Nacional de Petróleo (Lei Federal n. 9.478, de 06 de agosto de 1997). Seguiram-se também agências em outras áreas, fora dos serviços privatizados, como a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei Federal n. 9.656, de 3 de junho de 1998) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei Federal n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999), além de agências multisetoriais nos Estados, como a Agência de Regulação do Estado do Rio Grande do Sul (AGERGS, Lei Estadual 10.931, de 9 de janeiro de 1997). O processo de criação de agências seguiu-se tanto no âmbito federal como no

⁴Justificando a atribuição de poder normativo às agências, ensina Sundfeld (2006, p. 27), ao destacar o alto grau de abstração e generalidade das leis, que: “[...] segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado”.

⁵A fundamentação teórica da reforma foi exposta pelo então Ministro de Estado Luiz Carlos Bresser Pereira, defendendo, dentre outras medidas, a implementação de agências autônomas no âmbito da descentralização administrativa (PEREIRA, 1996, p. 24).

estadual, e até em municípios é possível verificar a presença de agências com competência regulatória.

Recentemente, foi editada a Lei Federal n. 13.848, de 25 de junho de 2019, que arrola as agências no âmbito federal e, disciplinando de forma geral a matéria, segue a tendência de assegurar a autonomia funcional das agências reguladoras, replicando, nesse aspecto, as leis que instituíram as respectivas agências:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação⁶ (grifo nosso).

Depreende-se, portanto, a preocupação com a qualidade e eficiência da regulação, que estão intimamente ligadas ao reconhecimento da autonomia das agências reguladoras para o exercício de suas competências estabelecidas legalmente e à previsão de instrumentos que garantam sua legitimidade processual e substantiva.

Cabe realçar que a autonomia das agências não significa, de forma alguma, ausência de controle, pois a mesma legislação que as institui e prevê sua esfera de atuação estabelece as formas de controle, surtindo dos princípios republicanos e democráticos, insculpidos na Constituição Federal de 1988, que *a agência reguladora é necessariamente submetida aos controles parlamentar e judicial* (SUNDFELD, 2002, p. 26).

O Trilema Regulatório, analisado a seguir, é adotado justamente para compreender os desvios na regulação que decorrem de controles realizados fora dos parâmetros normativo-constitucionais, violando a autonomia das agências.

O Direito como Sistema Autopoiético e o Trilema Regulatório

Conforme já se fez referência, o modelo teórico do Trilema Regulatório foi desenvolvido no âmbito do direito como sistema autopoiético. O estudo do sistema autopoiético foi elaborado, inicialmente, nas ciências biológicas pelos cientistas chilenos Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela, como proposta de explicação da organização dos seres vivos, destacando como atributo peculiar a capacidade de autorreprodução, o que os diferenciam do meio pela sua dinâmica própria; essa organização autopoiética, segundo os autores, é que caracteriza o ser vivo (MATURANA e VALELA, 2001, p. 55).

⁶BRASIL, 2019.

O estudo parte da concepção da vida como um processo de conhecimento. Apesar de o sistema autopoietico ser caracterizado pelo elemento da autorreprodução, a indicar uma introspecção, existem interações com o meio ou com outros sistemas que possibilitam alterações estruturais na unidade⁷, conquanto os elementos objetos da interação sejam observados e recepcionados segundo a respectiva estrutura interna, incorporando-os à sua dinâmica autopoietica, a revelar a autorreferência ou reflexividade como atributo também do sistema. Outro fato característico e relevante apresentado a partir dessas interações, é a existência do “acoplamento estrutural” surgido de uma história de alterações mútuas e concordantes entre a unidade e o meio (MATURANA e VALRELA, 2001, p. 87). Essas relações entre unidade (célula) e meio verificam-se, outrossim, em certas unidades metacelulares, formadas de agregados celulares intimamente acoplados, tidas como sistemas autopoieticos de segunda ordem, o que permite a utilização dos conceitos desenvolvidos inicialmente às unidades celulares aos sistemas mais complexos, sem distinção (MATURANA e VALELA, 2001, p. 102).

Coube a Luhmann, originariamente, aplicar a base conceitual da teoria do sistema autopoietico às ciências sociais, advertindo, entretanto, sobre a necessária transposição dos conceitos, pois a adoção direta dos modelos desenvolvidos no campo biológico pode gerar incertezas (2009b, p. 182). Nesse sentido, deve ser atendida, inicialmente, a necessidade imposta pela teoria geral dos sistemas autopoieticos de indicação da operação distintiva realizada pela autopoiese para delimitar o sistema em relação ao restante, e, em se tratando de sistemas sociais, isso ocorre mediante a “comunicação”, pois ela seria “[...] *uma operação genuinamente social (e a única, enquanto tal)*” (LUHMANN, 2009a, p. 293).

É relevante a percepção de que, na perspectiva da autopoiese, o sistema é operativamente fechado. Essa teoria parte exatamente da distinção entre sistema e ambiente através de seu fechamento para sua compreensão, com a ressalva de que o fechamento não deve ser entendido como isolamento. *A teoria não se opõe, e de fato destaca à sua maneira, as intensas ligações causais entre sistemas e seus ambientes, e que interdependências de tipo causal são estruturalmente necessárias para o sistema* (LUHMANN, 2004, p.79).

Luhmann, ao assimilar o direito como sistema autopoietico, aponta como código diferencial a comunicação lícito/não lícito, aduzindo que ao decidir sobre essa questão (lícito/não lícito):

⁷Trata-se de uma das formas de ontogenia, que consiste em alterações na estrutura da unidade resultado da sua dinâmica interna ou da interação com o meio (MATURANA e VILELA, 2001, p. 86).

“[...] deve sempre se referir aos resultados de suas próprias operações e às consequências para as operações futuras do sistema. Em cada uma de suas próprias operações, ele deve reproduzir sua própria capacidade operacional. Alcança sua estabilidade estrutural por meio dessa recursividade⁸.”

Completa destacando que:

“[...] só se pode conceber a lei como um sistema social se levar em consideração o fato de que esse sistema é um subsistema da sociedade e que também existem outros subsistemas⁹”.

Coexistem no sistema social, com efeito, outros subsistemas operativamente fechados, ao lado do direito, produzindo e reproduzindo suas comunicações a partir de seus próprios códigos binários: a política (poder/não poder), a economia (ter/não ter), dentre outros.

Na mesma linha, Teubner (1989, p. 52) qualifica o direito como sistema autopoietico *graças à constituição autorreferencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo*, nesse último aspecto, pretende contrastar com a ideia de Luhmann, para quem os subsistemas sociais perfazem sua organização autopoietica pela mera produção de elementos próprios. Ao inserir o hiperciclo no conceito, Teubner defende a possibilidade de autonomia gradativa do sistema jurídico, e, a par da “invenção” do ato jurídico reproduzindo a si próprio em novos atos jurídicos, como mera reprodução dos elementos próprios, defende que um sistema jurídico se torna autônomo na medida em que consegue constituir os seus elementos – ações, normas, processos, identidade – em ciclos autorreferenciais¹⁰.

Não obstante o fechamento operativo do sistema jurídico, há influências externas percebidas através da abertura cognoscitiva, pois, paralelamente à autorreferência, o sistema se depara com referências externas através da operação de observar, conquanto mantenha a distinção (referência própria e referência externa) como traço de sua autonomia. Demarca, nesse sentido, Luhmann (2004, p. 106, tradução nossa):

“[...] a referência externa não é uma indicação para nós de que a autonomia de um sistema é limitada porque a operação de referência continua sendo uma operação do sistema, que é possibilitada pelos links internos dentro do sistema, e isso significa que precisa ser refletido em normas. É exatamente por isso que a operação de observar, baseada na distinção entre referência própria e referência externa, em primeira instância, simplesmente caracteriza

⁸LUHMANN, 2009b, p. 184, tradução nossa.

⁹LUHMANN, 2009b, p. 182, tradução nossa.

¹⁰Apesar de Teubner apresentar seu conceito como mais abrangente, o modelo autopoietico proposto por Luhmann, na visão de Marcelo Neves, não contraria a noção de enlace hipercíclico apontado. Conforme leciona Neves (2012, p. 66), “[...] Luhmann não reduziu a reprodução autopoietica à autorreferência dos elementos, mas apenas fixou que essa é a forma mínima de autopoieses”.

o próprio sistema, e o faz exatamente da maneira como gerencia sua autonomia”.

A visão do direito como sistema operativamente fechado e cognoscitivamente aberto permite que ele mantenha sua estrutura interna, com identidade e função própria, sem descuidar da necessária percepção das comunicações dos outros sistemas, recebidas como irritações (perturbações ou estímulos), cuja reação pode ser a aceitação ou a rejeição (LUHMANN, 2009a, p. 139). Isso deve ocorrer, porém, dentro dos limites dos acoplamentos estruturais, cujo traço fundamental é ser compatível com a autonomia do sistema (LUHMANN, 2009a, p. 130) sob pena de desintegração ou dominação de um sistema sobre o outro.

A principal contribuição do direito como sistema autopoietico para a compreensão e atuação do Estado Regulador está na construção do sistema jurídico, tendo como parâmetro a reflexividade, concentrando o direito, nessa perspectiva, num controle legal da autorregulação, a superar as limitações do direito formal, que parte da lei como mera estrutura para ação econômica e social, e material, que tem o direito como meio de orientação social através da lei (TEUBNER, 1986, p. 302).

A objetivação dos direitos fundamentais apresenta-se como pressuposto do Estado Regulador, forma de intervenção estatal direcionada à garantia de preservação das prestações materiais essenciais à fruição desses direitos (ARANHA, 2018, p. 10-11). Tem-se, portanto, que a abordagem do direito como sistema autopoietico, ao prever formas de intervenção e soluções de problemas a partir da interação sistêmica e propor, em última análise, assegurar o exercício bipartido da autonomia, privada e pública, concebendo todos os atos jurídicos como um aporte da configuração dos direitos fundamentais (LOPES, 2018, p. 106), responde adequadamente aos desafios do Estado Regulador. A abordagem indica, na sua essência, o desenvolvimento da regulação num ambiente de efetivação do Estado Democrático de Direito, centralizando a Constituição como um acoplamento estrutural¹¹ intersistêmico entre o direito e a política (NEVES, 2012, p. 95).

No presente estudo, o direito como sistema autopoietico e o modelo do Trilema Regulatório são abordagens inseridas na teoria jurídico-institucional da regulação (ou teoria processual administrativa da regulação), linha que vê na estrutura regulatória uma consequência necessária da divisão funcional de

¹¹Acoplamento estrutural é um conceito que se desenvolve na autopoietica, como já registrado, sua assimilação à teoria dos sistemas sociais é dada por Luhmann (2009a, p. 128-150), a quem coube, outrossim, adotar a Constituição como acoplamento estrutural, ato político-jurídico, estabelecido entre o direito e a política; a ideia defendida no artigo intitulado *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. *Rechtshistorisches Journal* – A Constituição como Aquisição Evolutiva (LUHMANN, 1996).

poderes e uma garantia institucional da preservação do interesse público em setores regulados, a defender, com efeito, a *preeminência dos controles substantivos e procedimentais de legitimidade da instituição reguladora* (ARANHA, 2018, p. 39), por intermédio dos quais se alcançaria o interesse público. Vale dizer, trata-se de uma análise estrutural segundo a qual o interesse público é alcançado por meio de processo que garanta a autonomia funcional na tomada de decisões regulatórias.

Ao dedicar-se ao estudo dos conceitos de direito sob a perspectiva de modelos estratégicos, Teubner identifica três falhas regulatórias que decorrem do não atendimento aos limites do acoplamento estrutural na interação entre os sistemas, ou entre sistema e meio, conceituadas como Trilema Regulatório (TEUBNER, 1986, p. 309, 311-313).

As falhas regulatórias se revelam na interação entre os sistemas por intermédio: da incongruência entre a sociedade e o direito (regulado e regulador), da super-legalização da sociedade ou da super-socialização da lei.

A incongruência entre a sociedade e o direito se dá quando inexistente uma efetiva interação entre o ambiente regulado (sociedade) e o direito, ou seja, este não carrega os valores relevantes do sistema regulado. Tal situação decorre, especialmente, da inexistência ou desconhecimento de acoplamento estrutural, e as comunicações não são percebidas por escaparem de interações adequadas, os sistemas permanecem isolados.

Quando o acoplamento existe, porém seus limites não são observados, constatando-se uma intensidade da regulação de tal ordem que comprometa a autorreprodução do sistema regulado, depara-se com a hipótese de falha regulatória sob a forma de super-legalização, podendo chegar à desintegração do sistema regulado, situações descrita por Habermas como colonização do “mundo da vida” pelo direito. Segundo esse autor, tal situação pode ser traduzida concretamente na juridificação de áreas de ação estruturadas comunicativamente (HABERMAS, 1998, p. 203)¹².

A terceira espécie de falha regulatória apontada por Teubner (1998, p. 311) é observada com a violação dos limites do acoplamento estrutural numa direção inversa, quando as comunicações do sistema regulado (sociedade, economia, política) penetram na lei de maneira que essa é capturada, o ordenamento positivo perde sua capacidade de autoprodução, sua identidade

¹² Conforme explica Habermas, “a expressão 'juridificação' (Verrechtlichung) refere-se de maneira geral à tendência de aumento da lei escrita que pode ser observada na sociedade moderna. Podemos distinguir aqui entre a expansão da lei, ou seja, a regulamentação legal de novas situações sociais até então informalmente regulamentadas, da densificação da lei, que é a divisão especializada de definições estatutárias globais (Rechtstatbestände) em definições legais mais individualizadas (Voigt, 1980: 16)” (HABERMAS, 1998, p. 204, tradução nossa).

(autonomia), sendo objeto de uma instrumentalização social, econômica ou política, qualificada como “super-socialização” que, segundo o autor, pode assumir muitas formas.

A partir dessa análise é que se pretende avaliar o exercício da atividade de implementação normativa da regulação, cuja operação é própria das agências reguladoras (subsistema do direito), e o controle realizado pelo Tribunal de Contas da União, ligado ao Poder Legislativo (subsistema político).

CONTROLE DO TCU SOBRE AS ATIVIDADES-FIM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SOBRRREGULAÇÃO: TRILEMA REGULATÓRIO

Ao tratarmos do controle do TCU sobre as agências reguladoras podemos partir de dois pressupostos: o primeiro é o de que, conquanto a transformação no tipo de governança estatal que ensejou a criação das agências reguladoras lhes atribuiu competências regulatórias específicas, dotando-as de ampla autonomia no exercício de suas competências, essa autonomia não é absoluta¹³; por outro lado, embora as competências do Tribunal de Contas da União, órgão de controle, tenham se ampliado na Constituição Federal de 1988, não são ilimitadas (SUNDFELD, 2011, p. 141).

A base normativa do controle do TCU sobre as Agências Reguladoras

As agências reguladoras criadas no ordenamento brasileiro surgem com natureza jurídica de entidades autárquicas e estão ligadas ao Poder Executivo, compondo a administração pública indireta, sujeitando-se, portanto, ao controle atribuído pela legislação à Administração Pública, conquanto apresentem, nesse aspecto, importantes peculiaridades.

A legislação prevê dois tipos de controle: o controle interno, realizado por órgãos ligados ao Poder Executivo, e o controle externo, que submete o controlado à fiscalização exercitada por órgãos estranhos à sua estrutura, dentre os quais se pode aludir ao controle do Poder Legislativo, abrangendo o Tribunal de Contas, do Ministério Público e do Poder Judiciário (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1265).

O controle externo revela, portanto, uma relação entre Poderes, tendo suas bases na Constituição Federal de 1988 que, ao instituir o Executivo, o

¹³Nesse sentido, destaca Jose Vicente Santos de Mendonça, “[...] o argumento constitucional mais persuasivo é, pura e simplesmente, o princípio republicano (art. 1º, CRFB-88). Não podem existir entidades públicas que gozem de autonomia absoluta.” (MENDONÇA, 2012, p. 160-161).

Legislativo e o Judiciário Poderes da União consagra, dentre os Princípios Fundamentais, o da Separação dos Poderes:

Art. 2º. São Poderes da União, **independentes e harmônicos** entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário¹⁴ (grifo nosso).

Nesse sentido, a Constituição detalhou a relação de controle do Legislativo sobre a Administração Pública, nos seguintes termos:

Art. 70. A **fiscalização** contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, **será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo**, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

(...)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, **será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União**, ao qual compete:

(...)¹⁵.(grifos nossos).

Observa-se que a titularidade do controle externo é atribuída ao Poder Legislativo¹⁶, exercida pelo Congresso Nacional, tendo fundamento no texto constitucional que, ao instituir os Poderes, traça as regras de interação entre os mesmos, visando a garantia do Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º, da Constituição Federal de 1988).

No contexto constitucional, o Tribunal de Contas da União se caracteriza como órgão auxiliar do Congresso Nacional no desempenho do controle externo. Sua inserção na Constituição é justificada por exercer funções ligadas ao relacionamento entre Poderes, que se submete aos comandos constitucionais, comandos que se apresentam, portanto, como a fonte e os limites de suas competências.

Os incisos do citado art. 71 da CF/88 arrolam as competências do TCU no exercício de sua função como auxiliar do Congresso Nacional no desempenho do controle externo. Vejamos:

¹⁴ BRASIL, 1988.

¹⁵ BRASIL, 1988.

¹⁶ Justen Filho (2015, p. 1265), ao afirmar que o Poder Legislativo é o titular da função fiscalizatória explicitamente prevista na Constituição Federal de 1988, reforça a assertiva trazendo outras hipóteses no texto constitucional da concretização dessa função: julgamento anual das contas do Presidente da República e o exame de relatórios (art. 49, IX), fiscalização direta dos atos do Poder Executivo, inclusive da administração indireta (art. 49, X), convocação de autoridades para prestar informações (art. 50), fiscalização de determinados atos administrativos (art. 49, XII), e estabelecimento de comissão parlamentar de inquérito (art. 58, §3º).

Art. 71. (...)

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Tem-se destacado na doutrina que a Constituição Federal de 1988 ampliou consideravelmente as atribuições do Tribunal de Contas da União, refletindo a preocupação do constituinte originário em *dotar o órgão de instrumentos jurídicos adequados para exercer sua missão institucional* (ZYMLER, 2014, p. 197), assim, além das funções tradicionais de análise das contas na perspectiva contábil, financeira, orçamentária, e patrimonial, inseriu-se o controle operacional das atividades, inclusive dos serviços públicos, que devem ser analisadas não apenas em seus contornos jurídico-formais, mas considerando os aspectos da economicidade, eficiência e eficácia dos resultados (ZYMLER, 2014, p. 199).

O controle das agências reguladoras em suas atividades-fim tem sido realizado com fundamento no art. 71, inciso IV¹⁷, que estabelece a competência do TCU para realizar inspeções e auditorias de natureza operacional, além das de natureza contábil, financeira, orçamentária e patrimonial (ZYMLER, 2014, p. 199). Quanto às últimas, não se tem encontrado maiores divergências, pois relacionam-se à análise da gestão de recursos públicos, não afetando diretamente a autonomia funcional das agências; o problema se concentra exatamente no controle operacional, que está relacionado às atividades-fim, em potencial choque com os fundamentos jurídicos da autonomia das agências reguladoras. Buscam-se, então, os limites desse controle na sua forma de exercício, pois, na linha adotada no estudo, seria *inegável que os Tribunais de Contas podem controlar a atividade-fim das agências reguladoras. A verdadeira questão não é o se, mas o como*¹⁸ (MENDONÇA, 2012, p. 160).

A Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, estabeleceu a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (LOTUCU), porém não dispôs sobre o controle operacional previsto no art. 71, inc. IV. Conquanto eventual disciplina estaria limitada pelo Princípio da Separação de Poderes, havendo de respeitar o desenho institucional já estabelecido no texto constitucional, a lei não poderia alargar os preceitos constitucionais.

¹⁷Há outros dispositivos constitucionais que também são suscitados como fundamentos do poder de controle do TCU sobre as atividades-fim das agências, são exemplos o art. 37, *caput*, quando institui o princípio da eficiência; e o próprio art. 70, ao se referir ao controle externo incidindo sobre a Administração Indireta, que inclui as agências reguladoras na condição de entidades autárquicas (MENDONÇA, 2012, p. 158).

¹⁸Embora a prática tem sido de atuação do TCU no controle das atividades-fim das agências, e o presente artigo busca uma análise dessa intervenção à luz do direito como sistema autopoiético, a possibilidade desse controle é contestada por alguns doutrinadores, dentre os quais podemos citar Luis Roberto Barroso, que emitiu parecer no sentido de que *o Tribunal de Contas não pode avançar sua atividade fiscalizatória sobre a atividade-fim da agência reguladora, em clara violação ao princípio fundamental da separação de poderes* (BARROSO, Parecer LRB n.º 5, p. 16-17, 1998, apud MENDONÇA, 2012, p. 148-149).

Nesse sentido, embora a LOTCU estabeleceria a possibilidade de o TCU emitir determinações a órgãos, entidades ou autoridades, não o fez no contexto do controle operacional, limitando-se aos casos de tomadas de conta e análise de atos e contratos que resultem receitas ou despesas, expressões relacionadas a “contas públicas”. Houve por parte da lei deferência ao texto constitucional.

A questão, portanto, não é trivial, porém, mesmo os adeptos da maior extensão da auditoria do TCU admitem que o órgão de controle *não deve substituir as agências. Deverá, apenas, zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores, para assegurar a adequada prestação de serviços públicos à população* (ZYMLER, 2014, p. 199). O ponto nevrálgico é saber quando o órgão de controle está a substituir o agente regulador.

Tem-se colocado como filtro do controle das atividades-fim das agências reguladoras a impossibilidade de esse controle recair sobre atos que decorrem do exercício do poder discricionário, marcado por elementos técnicos em sua análise, expressão da função reguladora típica das agências. Tais atos estariam, portanto, fora do âmbito de apreciação do controle externo, pois o controle não pode afrontar o Princípio da Separação de Poderes. Sintetizando essa concepção, afirma-se que o mérito administrativo não comporta revisão por ocasião do controle externo, seja jurisdicional ou por parte do Poder Legislativo, Tribunal de Contas ou Ministério Público. Ou seja, *é vedado que, a pretexto de exercitar controle-fiscalização, um órgão pretenda assumir o exercício de competências reservadas a outrem pela Constituição ou pela lei* (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1268). Não se pretende a imunidade dos atos discricionários, mas critérios quanto à extensão e profundidade do controle, a fim de evitar que o juízo de conveniência e oportunidade atribuído à entidade reguladora seja substituído pelo do órgão controlador.

Portanto, admitindo-se que o controle das atividades-fim das agências reguladoras encontre base constitucional, respeitados os limites da discricionariedade atribuída à entidade reguladora, surge outra problemática: o resultado da auditoria ou fiscalização realizada pelo Tribunal de Controle que decorre desse controle se revestirá de qual forma de comunicação e será dirigida a quem?

Diante da sensibilidade do tema, por envolver relação entre Poderes, sustenta-se que a questão deva ser resolvida invocando-se a Constituição Federal de 1988, acoplamento estrutural que estabelece a forma de comunicação no exercício dos Poderes a fim de preservar a coexistência e harmonia entre os subsistemas político e jurídico.

Nota-se que as manifestações decorrentes das análises do TCU no exercício das suas competências, a teor dos artigos transcritos da Constituição Federal de 1988 (art. 70 e 71), podem se reportar ao Congresso Nacional, como

titular do controle (que deve ser, portanto, interpretado como a regra), ou voltam-se diretamente à pessoa, órgão ou entidade controlada. Depreende-se do texto constitucional que o Legislativo é o titular do poder de fiscalização imanente ao controle externo, de natureza político. Portanto, a execução e decisão sobre o resultado do controle, em regra, é exercido pelos órgãos que compõem diretamente esse Poder (Senado Federal, Câmara do Deputados e comissões das referidas Casas), conquanto haja hipóteses expressas na Constituição em que essa função foi atribuída, na condição de auxiliar do Poder Legislativo, ao Tribunal de Contas da União, casos em que sua comunicação é direta ao controlado.

Entretanto, constata-se que o Tribunal de Contas da União, através de sua jurisprudência, incorporada a atos infralegais, criou comunicações diretas, fora dos limites da Constituição, que se dão na forma de recomendações e determinações, às quais passaremos em revista.

A sobre-regulação do TCU sobre as agências reguladoras

Analisando as competências do TCU extraídas do texto constitucional, deduz-se que as comunicações do órgão dirigidas diretamente aos agentes, órgãos e entidades controlados estão dispostas expressamente no art. 71 e são corolário do poder de “julgamento de contas” (incisos II), quando o órgão de controle pode aplicar sanções aos responsáveis por ilegalidades ou irregularidades (inciso VIII), assinar prazo para providências, se verificada irregularidade (inciso IX), e sustar, se não atendido, a execução de ato impugnado (inciso X). Como defluência da “função de julgar contas”, a Constituição deu instrumentos para efetivação da decisão.

Por outro lado, quando se trata de apreciação das contas do Presidente da República (inciso I), o TCU não dirige qualquer recomendação ou determinação a esse, e o resultado é encaminhado ao Congresso Nacional (art. 49, inc. IX). O mesmo tratamento deve receber o resultado das auditorias e inspeções realizadas nas agências reguladoras em relação às atividades-fim (inc. IV e VII), pois nesses casos, por envolver relação entre Poderes no exercício de competências específicas, o TCU deve se reportar ao titular do poder de controle, ao Congresso Nacional, que, ao receber a comunicação, por intermédio de umas das suas Casas ou de suas comissões, atuará, outrossim, conforme o feixe de competências estabelecido nos limites da Constituição, observada como acoplamento estrutural.

Portanto, cotejando os comandos criados por força da jurisprudência do TCU, em sua aplicação ao controle operacional das agências reguladoras, e o texto constitucional, acoplamento estrutural entre os subsistemas político (controle externo - TCU) e jurídico (regulação normativa - agências

reguladoras), percebe-se evidente rompimento dos limites estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Tais comandos revelam a ocorrência de falha regulatória descrita como “super-socialização” do direito no Trilema Regulatório, traduzida aqui como sobre-regulação, na medida em que o não atendimento aos limites do acoplamento estrutural, normas constitucionais que estabelecem a relação entre a manifestação de Poderes, importa na instrumentalização política do sistema jurídico, ou seja, das normas regulatórias emitidas pelas agências.

A análise proposta tem cunho iminentemente procedimental, estrutural, não arguindo o conteúdo dos comandos do órgão de controle ou das normas regulatórias sob controle, não obstante seja inegável que a qualidade da regulação dependa do funcionamento adequado de estruturas para se desenvolver. A par portanto da análise substancial direta, a estrutura regulatória adotada pela teoria do direito como sistema autopoietico favorece a qualidade da regulação desempenhada pelas agências reguladoras nos contornos de sua autonomia, pois no procedimento e em suas operações internas, observam-se instrumentos que possibilitam que o sistema regulado (setor do mercado) seja percebido em suas operações e assimilado segundo critérios autorreferenciais do direito; ambos (regulado e regulador) coexistem como sistemas operativamente fechados e cognoscitivamente abertos. Essa relação é inobservada no controle do TCU, que não dispõe em sua estrutura interna de mecanismos de acompanhamento e interação com os setores regulados, pois escapa à sua função.

O direito não reservou ao TCU a função de regulação sob qualquer modalidade, sua atuação nessa seara importa em disfunção do funcionamento das estruturas do Estado insculpidas no texto constitucional.

ANÁLISE DE CASO: O JULGAMENTO DAS BANDEIRAS TARIFÁRIAS PELO TCU

As Bandeiras Tarifárias são um instrumento tarifário instituído pela ANEEL, que tem como finalidade sinalizar aos consumidores os custos atuais da geração de energia elétrica por meio da cobrança de um adicional à tarifa em prol da modicidade tarifária, do direito de informação e do equilíbrio entre a oferta e a demanda do produto.

Por intermédio das Bandeiras Tarifárias, a ANEEL estabelece, mensalmente, a cor da bandeira que será aplicada em todo o Sistema Interligado

Nacional – SIN¹⁹, as bandeiras amarela e vermelha implicam uma cobrança adicional na conta de energia elétrica. Assim, no lugar do consumidor ter um único sinal de preço ao longo do ano, que se dá no momento do reajuste ou da revisão tarifária, as Bandeiras Tarifárias fornecem uma sinalização mensal e atualizada do custo da geração de energia elétrica no país.

É que a tarifa de energia a ser cobrada pelas distribuidoras se baseia em projeções do custo de geração que encontra sempre distinção com o custo efetivamente verificado no decorrer do período. Como a energia gerada por fontes térmicas apresenta preço mais elevado, comparada com as originadas de usinas hidrelétricas, base da matriz de energia elétrica no Brasil, o acionamento das térmicas além do previsto gera impacto no processo tarifário, o que se busca amenizar com o sistema das Bandeiras Tarifárias. Detalha Moraes (2018, p. 13) nesse sentido que:

“[...] no período compreendido entre os processos tarifários (reajuste ou revisão), o custo incorrido pela Distribuidora com a Compra de Energia pode sofrer variações significativas, em virtude das condições hidrológicas dos reservatórios e do acionamento das usinas termelétricas. Assim, no processo tarifário há um mecanismo, denominado Conta de Variação da Parcela A (CVA), que compara o montante considerado no processo tarifário do ano anterior com o gasto efetivamente incorrido pela distribuidora durante os 12 meses de vigência do reajuste. Se o custo incorrido for maior do que o valor considerado no processo anterior, a empresa é credora dos consumidores, caso contrário, se o custo for menor que o valor dado no processo anterior, a empresa deve aos consumidores e a diferença é repassada às tarifas” (grifo nosso).

Qualquer que seja o custo incorrido pela distribuidora com a aquisição de energia para atendimento de seu mercado, é-lhe assegurado o repasse aos consumidores, quer seja no processo tarifário em processamento ou no posterior. Isto porque, nos reajustes tarifários, as diferenças de custos incorridos com compra de energia nos doze últimos meses são repassadas aos consumidores por meio da CVA. Dessa forma, os custos com a geração de energia eram refletidos nas tarifas com uma defasagem temporal de até um ano, com impactos substanciais no preço, especialmente em situações de restrições

¹⁹A configuração do sistema elétrico nacional é composta dos Sistema Interligado Nacional (SIN) e pelos Sistemas Isolados (SI), esses localizados principalmente no Norte do País, e representam atualmente menos de 1% da carga total do País. O Sistema Interligado Nacional é constituído por quatro subsistemas: Sul, Sudeste/Centro-Oeste, Nordeste e a maior parte da região Norte e agrega, portanto, mais de 99% da carga total (OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO, 2019).

hídricas, quando o acionamento das fontes térmicas incrementa o preço pago pela energia elétrica²⁰.

Origem das Bandeiras Tarifárias e base normativa

O regime de bandeiras tarifárias foi instituído com base na Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Referido diploma, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e definiu, nos art. 14 e 15, os aspectos econômico e financeiro das concessões de energia elétrica:

Art. 14²¹. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende:

I - a contraprestação pela execução do serviço, paga pelo consumidor final com tarifas baseadas no serviço pelo preço, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

(...)

Art. 15. Entende-se por serviço pelo preço o regime econômico-financeiro mediante o qual as tarifas máximas do serviço público de energia elétrica são fixadas:

(...)

IV - em ato específico da ANEEL, que autorize a aplicação de novos valores, resultantes de revisão ou de reajuste, nas condições do respectivo contrato.

Diante das competências atribuídas à ANEEL e da necessidade de aperfeiçoamento da estrutura tarifária, iniciaram-se estudos para buscar corrigir a defasagem entre o preço da energia no momento do consumo e seu reflexo na tarifa. O ponto de partida foi um cronograma fixado na Reunião Pública Administrativa da Diretoria da ANEEL em 09/12/2008. A ANEEL, nesse sentido, promoveu o Seminário Internacional de Estrutura Tarifária, entre os dias 17 e 18 de julho de 2009 e, em 14 de dezembro de 2010, foi aprovada pela Diretoria a realização da Audiência Pública 120/2010, para analisar a questão a partir de notas técnicas emitidas por superintendências internas da Agência. Nesse cenário, instituem-se as Bandeiras Tarifárias através da Resolução Normativa nº 464/2011, prevendo nos períodos seguintes anos-testes, que perduraram até sua entrada em vigor em janeiro de 2015, operacionalizada por meio da Resolução Normativa n.º 547 de 16 de abril de 2013.

²⁰Para uma análise dos efeitos da implementação do sistema das Bandeiras Tarifárias, consultar a Avaliação de Resultado Regulatório – ARR (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, 2019).

²¹BRASIL, 1996.

Como se observa, para o planejamento e implementação das Bandeiras Tarifárias seguiram-se diversas reuniões e notas técnicas especializadas, adotando-se a dinâmica da estrutura regulatória da ANEEL, que estabelece instrumentos de análise técnica e participação dos agentes por intermédio de reuniões e consultas públicas em que são colhidas contribuições dos agentes que compõem o mercado e dos representantes dos consumidores.

O julgamento das Bandeiras Tarifárias pelo TCU

Analisar-se-á o julgamento decorrente da auditoria do TCU (TC 025.919/2017-2) instaurada para verificar, por meio de avaliação do sistema de Bandeiras Tarifárias, a efetividade da medida como sinal de preços ao consumidor e mecanismo indutor de eficiência nos reajustes tarifários.

A decisão do TCU exarada no Acórdão n.º 582/2018 foi de que houve falhas na condução do processo pela ANEEL, constatando-se que *o referido sistema tem assumido um papel cada vez mais importante de antecipar receitas para evitar um acúmulo de custos para as distribuidoras de energia, deixando o papel de sinalizador para redução de consumo em segundo plano*. Em decorrência das falhas identificadas, o TCU emitiu determinações e recomendações, a saber:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. **determinar** ao Ministério de Minas e Energia e à **Agência Nacional de Energia Elétrica, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno-TCU**, que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, promovam o realinhamento do Sistema de Bandeiras Tarifárias aos reais objetivos almejados para a política, estejam ou não entre eles a atual e notória intenção de repassar custos tempestivamente para os consumidores de forma a não impactar no fluxo de caixa das distribuidoras, e o ainda não evidenciado propósito de promover uma resposta efetiva do consumo frente às variações dos cenários de geração, avaliando de forma fundamentada, no caso de confirmação desse segundo objetivo, a pertinência de se passar a adotar alguma metodologia de regulação por incentivos, ainda que de forma combinada com outra de regulação por custos;

9.2. **determinar à Agência Nacional de Energia Elétrica, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno-TCU**, que, no prazo de 30 (trinta) dias:

9.2.1. em articulação com o Operador Nacional do Sistema e com a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, elabore e publique relatórios mensais que contemplem todas as informações necessárias à verificação, por qualquer interessado, dos dados e valores que subsidiaram o estabelecimento da Bandeira Tarifária do respectivo mês, disponibilizando, inclusive, os fundamentos de eventuais divergências da agência reguladora relativamente aos dados e/ou valores que lhe forem fornecidos por aqueles outros dois agentes;

9.2.2. em prol da transparência quanto ao real e efetivo resultado de suas ações e ferramentas, enquanto não forem adotadas medidas eficazes voltadas a priorizar a sinalização, para os consumidores, dos custos reais da geração de energia elétrica e a mensurar o alcance dessa sinalização, abstenha-se de veicular e disponibilizar, em seu site ou em quaisquer outros meios de comunicação, informações no sentido de que seria esse o principal objetivo do Sistema de Bandeiras Tarifárias;

9.3. recomendar ao Ministério de Minas e Energia e à Agência Nacional de Energia Elétrica, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno-TCU, que avaliem a necessidade de alterações na redação do Decreto 8.401, de 4/2/2015, em virtude da constatação de que os prazos previstos nesse normativo não vêm sendo condizentes com as necessidades de aprimoramento do Sistema de Bandeiras Tarifárias em razão da curva de aprendizado do mecanismo e do fato de sua eficiência depender de condições do Setor Elétrico Brasileiro que carecem de acompanhamento e tratamento *pari passu*;

9.4. recomendar à Agência Nacional de Energia Elétrica, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno-TCU, que:

9.4.1. realize, anualmente, campanhas publicitárias voltadas à divulgação do Sistema de Bandeiras Tarifárias e de qualquer outro mecanismo voltado a influenciar, qualitativa ou quantitativamente, a demanda de energia elétrica, a exemplo da recém lançada Tarifa Branca, buscando, assim, um melhor entendimento dessas ferramentas pela população e, ampliando, por conseguinte, a efetividade desses mecanismos de reação da demanda, cuidando, ainda, de realizar pesquisas para acompanhar e verificar os resultados dessas campanhas;

9.4.2. previamente a quaisquer dispêndios publicitários referentes ao Sistema de Bandeiras Tarifárias, analise, com base nas informações atualmente disponíveis, na própria expertise de seu corpo técnico e dos demais players, ou, se necessário, no estudo objeto da recomendação seguinte (subitem 9.4.3), se essa ferramenta tem mesmo o potencial de induzir o usuário a reduzir consumo quando se deparar com custos mais elevados da energia elétrica;

9.4.3. realize estudos, em parceria com a Empresa de Pesquisa Energética (EPE), voltados a avaliar o Sistema de Bandeiras Tarifárias como sinal de preço ao consumidor, buscando identificar, prioritariamente, os impactos dessa política no consumo de energia elétrica, bem como definir indicadores aplicáveis que permitam o acompanhamento dos resultados;

9.4.4. dimensione o efeito que os subsídios cruzados evidenciados nesta auditoria causam nas tarifas dos consumidores cativos de energia elétrica, demonstrando a relevância desses valores ante os impactos positivos do Sistema de Bandeiras Tarifárias, dando a devida publicidade aos resultados alcançados com essa avaliação;

9.5. determinar, ainda, à Agência Nacional de Energia Elétrica, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno-TCU, que informe a este Tribunal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, as medidas adotadas relativamente às recomendações ora formuladas, circunstanciando os motivos de eventual não implementação de qualquer delas; (...) (grifo nosso).

Foram verificadas no julgamento três determinações e duas recomendações, em alguns casos ao Ministério de Minas e Energia (MME) e à ANEEL conjuntamente, em outros somente à última. Há, outrossim, o envolvimento em alguns comandos do Operador Nacional do Sistema (ONS), da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e da Empresa de Pesquisa Energética (EPE).

Os comandos, sejam dirigidos ao MME, sejam os direcionados à ANEEL, esses últimos objetos do presente estudo, ao se basearem expressa e exclusivamente no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, não encontram sustentação na Constituição Federal de 1988, acoplamento estrutural que viabiliza a interação sistêmica entre Poderes, incorrendo na falha descrita no Trilema Regulatório como “sobre-socialização” do direito, traduzida no caso, como sobreregulação.

Destaca-se, mais uma vez, que a abordagem proposta é de uma teoria jurídico-institucional da regulação, de forma a tutelar o interesse público por força da autonomia funcional no exercício da regulação, a garantir sua eficiência. Não se propõe, em princípio, à análise de mérito da regulação, conquanto como se verá, por meio de recursos da ANEEL, o próprio TCU foi recuando no exercício de sua atuação, ao eliminar ou rever alguns comandos. Segue a ementa do Acórdão n.º 1.166/2019, em resposta ao pedido da ANEEL de reexame do Acórdão n.º 582/2018:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1 com fundamento no art. 32 da Lei nº 8.443/92, combinado com o art. 286 do Regimento Interno do TCU, conhecer do pedido de reexame para, no mérito, **dar-lhe provimento parcial, alterando o conteúdo do subitem 9.1 do Acórdão nº 582/2018-TCU-Plenário**, que passa a ter a seguinte redação:

9.1 recomendar ao Ministério de Minas e Energia (MME) e à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), com fundamento no art. 250, III, do RI/TCU, que, no prazo de 180 dias, caso tenham na indução de uma resposta no consumo de energia elétrica um dos objetivos de fato do Sistema de Bandeiras Tarifárias, adotem medidas voltadas a garantir sua eficácia e efetividade, aferindo os resultados alcançados e definindo metas qualitativas ou quantitativas; bem como promovam o monitoramento periódico do referido Sistema no que tange especificamente a esse objetivo, completando o ciclo da política pública, conforme definido no Guia de Avaliação de Políticas Públicas da Casa Civil da Presidência da República;

9.2 tornar insubsistente o subitem 9.2.2 do Acórdão nº 582/2018-TCU-Plenário;

9.3 dar ciência dessa deliberação à recorrente e aos demais interessados (grifo nosso).

Em novo recurso da ANEEL, agora de embargos declaratórios, houve mais um recuo do TCU (Acórdão n.º 2.242/2019):

14. Nesse contexto, tendo em vista que a ANEEL não considera a indução no consumo como um objetivo da política, **excluiu do texto da recomendação a referência à necessidade de definição de metas qualitativas e quantitativas em relação aquele elemento**, reorientando a recomendação para o aspecto da sinalização econômica, sem prejuízo de que a agência reguladora, nos termos por ela mesma propugnados na peça recursal, promova a avaliação da eficácia e da efetividade, com aferição de resultados e promoção de monitoramento periódico desse elemento da política.

Nota-se que o primeiro acórdão seguiu quase exclusivamente o resultado da Auditoria realizada por técnicos do TCU, mas o tribunal foi cedendo diante da apresentação de manifestações técnicas da ANEEL.

Diante do fato de que ANEEL não observa a regulação sob um prisma estático (exclusivamente por análise documental, como o fazem os técnicos do TCU), mas vive a regulação no dia a dia através dos órgãos e processos administrativos (subsistema regulatório), estabelecendo uma relação intersistêmica constante com os agentes e com o mercado, não é plausível o TCU julgar com base nas considerações emitidas nos pareceres de seus técnicos, quando contrastados com os fundamentos técnicos da ANEEL.

Não obstante os recuos do TCU, e sua decisão final, aparentemente, não alterar o regime das Bandeiras Tarifárias em sua essência, remanesceram comandos à ANEEL. Esse fato já caracteriza, como defendido, sobre-regulação, importando, portanto, em falha regulatória a teor da aplicação do Trilema Regulatório.

Com efeito, caso não se altere a jurisprudência do TCU, para afastar os comandos dirigidos diretamente às Agências Reguladoras, permanecerão essas falhas regulatórias, colocando-se em risco a autonomia funcional das Agências, repercutindo na qualidade e na eficiência da regulação, comprometendo a estabilidade jurídica necessária para o desenvolvimento adequado do ambiente regulado.

CONCLUSÃO

O surgimento das agências reguladoras, dotadas de autonomia funcional e corpo técnico especializado, está intimamente ligado ao remodelamento estatal que ocorre com o desenvolvimento do Estado Regulador. Esse modelo de Estado propõe uma forma própria de intervenção na economia por intermédio da normatização, cuja implementação é atribuída às agências reguladoras, a

responder, desse modo, aos desafios determinados pela complexidade social que impõe atuação mais célere e eficiente.

A nova estrutura estatal estabelece tensões entre órgãos dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) que pode comprometer os objetivos buscados pelo Estado, inserindo-se aqui o controle das atividades-fim das agências reguladoras pelo TCU.

Defende-se a adoção do Trilema Regulatório, teoria exposta por Teubner no contexto do direito como sistema autopoietico, a fim de identificar falhas regulatórias que decorrem da interação entre o subsistema político (controle externo realizado pelo TCU) e o subsistema jurídico (normas regulatórias emitidas pelas agências reguladoras) caso a relação seja estabelecida fora dos limites do acoplamento estrutural, identificado com a Constituição por Luhmann, precursor no estudo do direito como sistema autopoietico. Segundo esse modelo teórico os subsistemas sociais, que têm a comunicação como operação distintiva, como a política, a economia e o direito, são operativamente fechados e cognoscitivamente abertos; possuem sua dinâmica interna própria de operação autorreprodutiva, o que os diferenciam do meio e dos demais subsistemas, ao tempo em que apresentam aberturas para observação externa.

O TCU criou em sua jurisprudência comandos dirigidos aos seus “controlados”, dentre os quais se apresentam as agências reguladoras, na forma de recomendação e determinação, em resposta à constatação de que há inconsistência no ato sindicado não revestida de ilegalidade, ou revestida desse vício, respectivamente.

A adoção desses comandos na auditoria de atos finalísticos das agências reguladoras pelo TCU não encontra base na Constituição Federal de 1988, acoplamento estrutural que se coloca entre os Poderes que exercem a função política (Legislativo - Congresso Nacional com auxílio do TCU) e a função de regulação normativa (Executivo – agências reguladoras). O texto constitucional, quando dispõe sobre o controle externo a cargo do Poder Legislativo, não prevê que o resultado da análise do TCU, órgão auxiliar, dirija-se diretamente às agências reguladoras, se o objeto da sindicância for suas atividades-fim.

A aplicação de comandos do TCU, seja recomendação ou determinação, dirigidas diretamente às agências reguladoras em decorrência do controle de suas atividades-fim não se insere nos limites do acoplamento estrutural estabelecido no texto da Constituição Federal de 1988, a revelar falha regulatória na forma de sobre-regulação (Trilema Regulatório), hipótese em que o direito (regulação normativa) é captado pela política (controle externo).

No julgamento das Bandeiras Tarifárias, instrumento tarifário instituído pela ANEEL, foram identificadas recomendações e determinações do TCU

dirigidas diretamente à Agência de energia. A atuação do órgão de controle incorreu, portanto, em sobreregulação de acordo com o modelo teórico do Trilema Regulatório. Não obstante a resistência da ANEEL por meio de recursos no decorrer do processo, a falha regulatória persistiu. Houve recuos do TCU diante dos recursos da Agência, porém alguns comandos foram mantidos na forma de recomendações, sem afetar, nesse caso em especial, a regulação em sua essência.

Não alterada a jurisprudência do TCU quanto aos comandos diretos dirigidos às agências reguladoras no controle das atividades-fim, a violação da autonomia dessas entidades repercute direta e negativamente na qualidade, eficiência e segurança da regulação em decorrência da sobreregulação do TCU sobre as agências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório*. 4. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2018.

GOMES, Gilberto Mendes Calasans. Limites ao controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União: casos selecionados em 2018. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 5, n. 2, p. 109-128, out. 2019. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/27105>. Acesso em: 22 out. 2019.

GOMES, Milton Carvalho. O lugar da política na atuação das agências reguladoras independentes brasileiras: reflexões sobre a separação dos poderes no Estado moderno. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 133-164, maio 2017. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/19199>. Acesso em: 22 out. 2019.

HABERMAS, Jürgen. Law as Medium and Law as Institution. In: TEUBNER, Gunther. *Dilemas of law in the welfare state*. Berlim, Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1988.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LOPES, Othon de Azevedo Lopes. *Fundamentos da regulação*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

- LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009a.
- LUHMANN, Niklas. Law as a Social System. **Revista Journal Derecho & Poder Diritto & Potere, Right & Power, Recht und Macht, Direito & Poder, Droit & Pouvoir**, p. 180-199, 2009b.
- LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal**, v. 9, p. 176-220, 1996. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2398859> Acesso em: 05 nov. 2019.
- LUHMANN, Niklas. The function of law. In: _____. **Law as a Social System**. New York: Oxford University Press, 2004.
- MAJONE, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador. In: MAATOS, Paulo Todean Lessa. **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. São Paulo: Singular, 2006. p. 53-85.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**. São Paulo: Palas Athena, 2001.
- MENDONÇA, João Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas – em busca de alguns *standards* possíveis. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 10, n.38, p.147-164, abril/junho 2012.
- MORAES, Felipe Augusto Cardoso. **Impacto econômico das bandeiras tarifárias nos processos tarifários das distribuidoras de energia elétrica**. Brasília: IPEA, 2018.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. Trad. Autor, 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- NOVAK, William J. A Revisionist History of Regulatory Capture. In: CARPENTER, D.; MOSS, D. A. **Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it**. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 25-48.
- OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO. **Sistema Interligado Nacional** [on-line]. c2019. Disponível em: <http://www.ons.org.br/paginas/sobre-o-sin/o-que-e-o-sin>. Acesso em: 30 nov. 2019.

- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 47, v. 120, n. 1, p. 7-40, jan/abr. 1996.
- PRADO, Carlos Eduardo R. Teubner e os drones. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 73-94, maio 2017. Acesso em: 30 nov. 2019.
- SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-44, maio/ago. 2011.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 15-38.
- TEUBNER, Gunther. After legal instrumentalism: strategic models of post-regulatory law. In: _____. *Dilemmas of law in the welfare state*. Berlin: Walter de Gruyter, 1986. p. 299-326.
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Observatório do controle da administração pública: relatório de pesquisa bianual: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. São Paulo, 2019. 183 p. Disponível em: https://www.academia.edu/38343645/Relat%C3%B3rio_de_Pesquisa_-_Observat%C3%B3rio_do_Controle_da_Administra%C3%A7%C3%A3o_P%C3%BAblica. Acesso em: 22 out. 2019.
- ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 3. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Normas e Julgados

- AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (BRASIL). *Nota Técnica SGT/ANEEL n° 170/2019*. Avaliação de Resultado Regulatório. Brasília, 2019.
- _____. *Resolução ANEEL n.° 464*. Brasília: ANEEL, 2011.
- _____. *Resolução ANEEL n.° 547*. Brasília: ANEEL, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. **Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jul. 1992.

_____. **Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jul. 1992.

_____. **Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 dez. 1996.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1166/2019**. Plenário. Brasília: TCU, 2019. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 2242/2019**. Plenário. Brasília: TCU, 2018. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 582/2018**. Plenário. Brasília: TCU, 2018. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2019.