

Cristiane Bordini Franco

INSEGURANÇA REGULATÓRIA:
VIA DE MÃO ÚNICA PARA A JUDICIALIZAÇÃO?
A Lei nº 12.783/2013

Brasília – DF

Março/2019

Resumo O governo federal editou a MP nº 579/2012, propondo antecipação da renovação das concessões que ocorreriam entre 2015 e 2017. Em recompensa, estas concessionárias seriam indenizadas pelos ativos não amortizados e concordariam em receber tarifas, calculadas pela ANEEL, suficientes apenas para cobrir a operação e manutenção da concessão, com o propósito de reduzir em 20% a tarifa de energia elétrica paga pelo consumidor. Nesse sentido, a MP reduziu em 75% o valor das cotas da CDE e extinguiu parte da RGR e a CCC, colocando a CDE responsável pelas suas finalidades e, permitiu o aporte do Tesouro Nacional para as despesas decorrentes da MP. Contudo, devido à escassez de chuvas no ano 2012, o custo da energia comprada pelas concessionárias sofreu uma grande pressão no mercado de curto-prazo, pois se conseguia assinar contratos de longo prazo com as geradoras, que tiveram adesão parcial a intervenção do governo por meio da referida MP. Em 2015, após a desistência do Tesouro Nacional em amparar o fundo setorial da CDE, os compromissos decorrentes da MP foram transferidos para a tarifa, ou seja, os consumidores, que passaram a contestar a inconstitucionalidade e ilegalidade da formação dos custos da CDE. Isto posto, estes questionamentos motivaram a proposição de ação judicial por uma associação de consumidores, que por decisão do Juiz Federal, foi beneficiada com liminar judicial. Assim, o Poder Judiciário, em nome de resguardar direitos e a manutenção da legalidade e dos preceitos constitucionais, acabou por interferir nas decisões técnicas do órgão regulador, sem possuir a expertise técnica adequada. Dessa forma, a expedição da liminar que desobrigou aos consumidores beneficiados a efetuarem o pagamento da parcela contestada da CDE, aliada a morosidade em decidir pelo Poder Judiciário, incentivou que outros consumidores tivessem o mesmo comportamento, gerando inúmeras liminares, inclusive, com liminares que os protegessem do efeito de outras liminares, pois o montante remanescente do cumprimento judicial, é rateado pelos consumidores que não são amparados pela ação judicial. Esse movimento de judicialização no cálculo tarifário culminou por tornar a operacionalização do monitoramento e fiscalização do cumprimento das liminares pela ANEEL cada vez mais difícil, haja vista que há necessidade de modificar a metodologia de cálculo a cada liminar e calcular a tarifa para cada consumidor individualmente. A decisão de tutela antecipada pode ser suspensa a qualquer momento, obrigando a reversão das medidas tomadas até agora, causando insegurança jurídica e regulatória.

Palavras-chave: ANEEL; Judiciário; Poder Judiciário; Setor Elétrico; Liminar judicial, Medida Provisória; CDE; Encargos Sociais; Cálculo Tarifário; Tarifa; Distribuidoras; Concessionárias; Insegurança Jurídica; Insegurança Regulatória; Políticas Públicas.

Abstract the Brazilian federal government issued MP No. 579/2012 proposing an anticipation of the renewal of the concessions that would occur between 2015 and 2017. In compensation, these concessionaires would be indemnified for the unamortized assets and would agree to receive tariffs, calculated by ANEEL, sufficient to cover operation and maintenance of the concession, with the purpose of reducing the electricity tariff paid by the consumer by 20%. In this sense, MP reduced the value of CDE quotas by 75% and extinguished part of RGR and CCC, placing the CDE responsible for its purposes and allowed the National Treasury to contribute to the expenses arising from the MP. However, due to the scarcity of rains in 2012, the cost of energy purchased by the concessionaires suffered a great deal of pressure in the short-term market, since it was possible to sign long-term contracts with generators, which had partial adherence to government intervention for means of said MP. In 2015, after the withdrawal of the National Treasury to support the CDE sector fund, the commitments arising from the MP were transferred to the tariff, that is, the consumers, who started to challenge the unconstitutionality and illegality of the formation of the costs of the CDE. This put, these questions motivated the proposition of judicial action by a consumer association, that by decision of the Federal Judge, was benefitted with judicial order. Thus, the Judiciary, which in the name of protecting rights and maintaining legality and constitutional precepts, ended up interfering in the technical decisions of the regulatory body, without adequate technical expertise. Thus, the issuance of the order that exempted consumers benefiting from payment of the contested portion of the CDE, together with the delays in deciding of the Judiciary, encouraged other consumers to behave in the same way, generating numerous orders, including orders protected from the effect of other orders, since the remaining amount of judicial compliance is apportioned by consumers who are not covered by the lawsuit. This legalization movement in the tariff calculation culminated in making operationalization of the monitoring and inspection of the orders by ANEEL increasingly difficult, since there is a need to modify the calculation methodology to each order and to calculate the tariff for each individual consumer. The decision of early protection may be suspended at any time, forcing the reversal of the measures taken so far, causing legal and regulatory uncertainty.

Keywords: ANEEL; Judiciary; Electrical Sector; Judicial Injunction; CDE; Social charges; Tariff Calculation; Rate; Distributors; Concessionaires; Juridical Insecurity; Regulatory Insecurity; Public policy.

INTRODUÇÃO

A Medida Provisória nº 579¹, de 11/09/2012, convertida na Lei nº 12.783/2013², alterou a legislação³ quanto aos contratos de concessão da geração, da transmissão e da distribuição da energia elétrica, além de estabelecer o regime de comercialização da energia proveniente de usinas hidrelétricas⁴, com o objetivo de reduzir a tarifa da energia elétrica para o consumidor⁵.

Nesse sentido, esta determinação governamental propôs a indenização dos ativos não-depreciados da concessão aos agentes setoriais que optavam pela renovação por até 30 anos⁶ de suas concessões sem licitação⁷.

Conforme o art. 26-A da Lei nº 12.783/2013⁸, as obrigações de pagamento destas indenizações seriam assumidas pelo poder concedente, entenda-se o Ministério de Minas e Energia – MME, ou seja, o Tesouro Nacional.

Contudo, segundo auditoria do Tribunal de Contas da União - TCU⁹, houve atraso nos pagamentos das parcelas para as indenizações, em desobediência ao art. 4º da Portaria Interministerial nº 580/MME/MF¹⁰, de 1º/11/2012 e, corte no aporte do Tesouro Nacional em torno de R\$ 3,3 bilhões ao orçamento da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, que faz os repasses para estes pagamentos.

¹ Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/579.htm>. Acesso em: 30. Jan. 2019.

² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm>. Acesso em: 30. jan. 2019.

³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 30. Jan. 2019.

⁴ Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 579/2012 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/579.htm>. Acesso em: 30. Jan. 2019.

⁵Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 579/2012. EMI-37-MME-MF-AGU-MPv-579. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/579.htm>. Acesso em: 30. Jan. 2019.

⁶ As concessões de geração por usinas termelétricas pelo prazo máximo de até 20 (vinte) anos.

⁷ Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 579/2012. EMI-37-MME-MF-AGU-MPv-579. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/579.htm>. Acesso em: 30. Jan. 2019.

⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm>. Acesso em: 30. Jan. 2019.

⁹ Processo TC-011.223/2014-6, que deu origem ao Acórdão 2.565/2014-TCU-Plenário.

¹⁰ Que determinava que o valor parcelado das indenizações fosse pago mensalmente até a data do encerramento original da concessão.

Assim, a indenização dos ativos e outros efeitos decorrentes da citada Lei passaram a ser de responsabilidade dos consumidores, via tarifa de energia elétrica, calculada pela Agência Reguladora de Energia Elétrica - ANEEL¹¹.

A este cenário, agrega-se a crise hídrica provocada pela escassez de chuvas, sobretudo nas regiões Sudeste e Nordeste, e adesão parcial pelas geradoras à antecipação da renovação das concessões¹², o que pressionou o custo da energia gerada resultando em crescentes índices tarifários, alcançando a ordem de 50%¹³ em 2015.

Como consequência, liminares judiciais foram expedidas contestando o repasse dos custos da CDE para a tarifa de energia elétrica, provocando mudança da metodologia do cálculo tarifário das cotas da CDE pela Agência Reguladora, considerando se o agente estava ou não respaldado por uma liminar, e redistribuindo o saldo remanescente destes custos para os demais consumidores.

Assim, se impulsionou a motivação para que mais consumidores entrem com a ação judicial e solicitem outras liminares, causando cada vez mais desigualdade no trato do cálculo tarifário entre os consumidores, aprofundando a incerteza regulatória e jurídica, pois como não há sentença judicial sobre o mérito das ações, a decisão judicial vigente pode ser revertida a qualquer momento.

Após a breve justificativa, o problema a ser enfrentado é: Qual é o impacto nas tarifas de energia elétrica considerando a judicialização na metodologia de cálculo das cotas para o fundo setorial da CDE?

Com essa perspectiva, o objetivo deste artigo é identificar a complexidade institucional do setor elétrico e os pontos de tensão das intervenções governamentais na regulação setorial, compreender a composição das tarifas de energia elétrica e verificar a influência do componente de custo da CDE neste cálculo. Por fim, analisar a revisão judicial das decisões administrativas, sobretudo dos órgãos reguladores que possuem a

¹¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm>. Acesso em: 30. Jan. 2019.

¹² Somente as concessionárias do Grupo Eletrobrás aceitaram as condições para a renovação das concessões, conforme Processo TC-011.223/2014-6, que deu origem ao Acórdão 2.565/2014-TCU-Plenário.

¹³ Este percentual equivale ao Índice Econômico que compõe o cálculo da tarifa de energia elétrica e, será mais bem conceituado no segundo tópico deste artigo.

competência de produzir normas infralegais, examinando a atuação do Poder Judiciário nas questões técnicas dos setores regulados.

Nesse sentido, como metodologia de pesquisa serão utilizadas fontes bibliográficas e documentos oficiais, tais como: notas técnicas, resoluções, portarias, despachos, leis, liminares judiciais e acórdãos. Os dados quantitativos serão coletados dos *sites* das instituições do setor elétrico e do banco de dados da ANEEL. Ainda, será analisado o caso paradigmático da CDE que se desenrola no Poder Judiciário.

No Tópico 1 será mostrado um breve histórico do setor elétrico, identificando as recentes mudanças no marco regulatório. No Tópico 2, a metodologia do cálculo tarifário será apresentada, esmiuçando a formação do fundo setorial da CDE. Já a discussão sobre a atuação do Judiciário nas decisões regulatórias do setor e as liminares decorrentes da Lei nº 12.783/2013, que impactam a CDE serão vistas no Tópico 3. Encerrando este artigo, as conclusões finais.

1. O Setor Elétrico

Ao acender uma lâmpada ou manter a geladeira “ligada”, talvez, o consumidor de energia elétrica não tenha a consciência de como esta energia chega ao seu interruptor ou tomada, não percebe o funcionamento e a complexidade do setor elétrico: geração, transmissão, distribuição, comercialização desta energia e a importância do investimento necessário à expansão e à manutenção para o desempenho de todo o setor.

Como panorama do setor elétrico brasileiro, em dezembro de 2018, foram contabilizados pela ANEEL¹⁴ 83.642.151 unidades consumidoras¹⁵ de energia elétrica para uma população brasileira de 208.494.900¹⁶ habitantes em todo o território nacional.

¹⁴ Sistema de Acompanhamento de Informações de Mercado para Regulação Econômica - SAMP Aneel. Inclui os consumidores cativos e livres das concessionárias e permissionárias de distribuição.

¹⁵ Conjunto de instalações e equipamentos elétricos caracterizado pelo recebimento de energia elétrica em um só ponto de entrega, com medição individualizada e correspondente a um único consumidor. Resolução Aneel n. 083, de 20/09/2004. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-160/topico-168/Anuario2018vf.pdf>>. Acesso em: 07. Fev. 2019.

¹⁶ Disponível em : <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9109-projecao-da-populacao.html?=&t=downloads>>. Acesso em: 07. Fev. 2019.

Assim, para atender a todos esses consumidores, o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS¹⁷, fazendo uso do Sistema Interligado Nacional - SIN¹⁸, solicitou a geração de 50.434 MW em uma capacidade instalada¹⁹ de 161.552 MW, divididos em fontes hidráulicas, térmicas, solar, eólica e outras. Essa energia gerada foi distribuída para consumidores por 141.388 km de linhas de transmissão, como mostrado na figura abaixo.

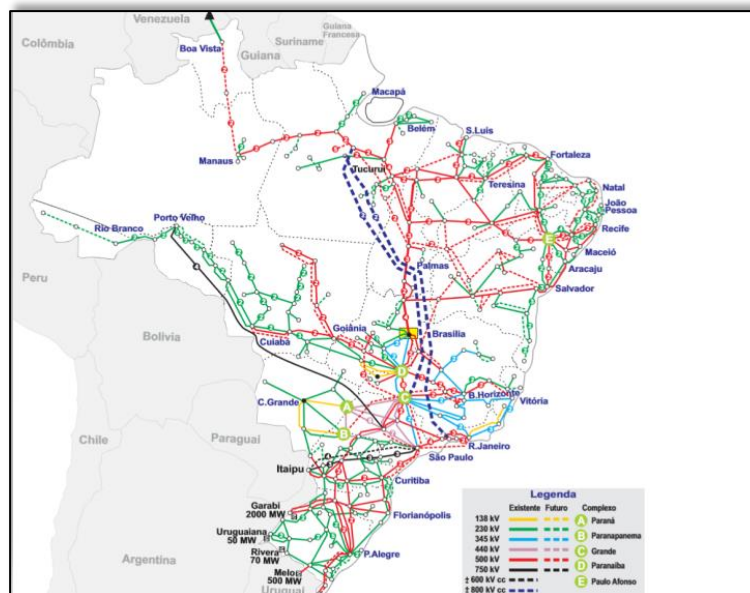


Figura 1: Sistema Interligado Nacional de Energia Elétrica do Brasil.
Fonte: ONS.

Desde a introdução da energia elétrica no Brasil em 1879, o setor elétrico vem crescendo e se tornando mais complexo, sendo alvo de diversas intervenções governamentais no funcionamento do mercado, gerando consequências para economia e vice-versa.

Nesse sentido, é importante entender a construção da legislação vigente, contextualizando o surgimento das principais normas setoriais desde a sua formação

¹⁷ Dados quantitativos. Disponível em: <<http://ons.org.br/paginas/sobre-o-sin/o-sistema-em-numeros>>. Acesso em 24. Mar. 2019.

¹⁸ É o conjunto de instalações responsáveis pelo suprimento de energia elétrica a todas as regiões do país eletricamente interligadas. Resolução Normativa Aneel nº 205, de 26/12/2005. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-160/topico-168/Anuario2018vf.pdf>>. Acesso em: 07. Fev. 2019. Cabe ressaltar, que existem consumidores atendidos pelo Sistema Isolado, que possuem geração térmica ou importação de energia em áreas que não são atendidas pelo o SIN, que na maior parte estão situadas na Região Norte do País.

¹⁹ É a soma das capacidades instaladas dos sistemas interligados, acrescida das capacidades instaladas dos sistemas isolados. Resolução Aneel nº 094, de 30/03/1998. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-160/topico-168/Anuario2018vf.pdf>>. Acesso em 07. Fev. 2019.

e alterações ao longo do tempo, para compreender em que maneira estas intervenções causam instabilidade regulatória e abastecem as discussões no Judiciário.

1.1. Breve Histórico²⁰

Por iniciativa do Imperador brasileiro em 1879, as primeiras experiências com energia elétrica no Brasil surgiram com foco na iluminação e no transporte públicos, no mesmo momento que nos Estados Unidos da América e na Europa.

A iluminação da estação central da Ferrovia Dom Pedro II no Rio de Janeiro, tendo o dínamo como fonte de energia, foi a estreia da prestação de serviço público de fornecimento de energia elétrica na América do Sul.

Em 1883, foi inaugurada a primeira central geradora, uma termelétrica movida a vapor gerado por uma caldeira a lenha, no município de Campos (RJ). Neste mesmo ano, foi construída a primeira hidroelétrica brasileira, no município de Diamantina (MG), tendo sua energia transportada por uma linha de transmissão de dois quilômetros.

A partir daí, em virtude do aumento das cidades, com a expansão da construção civil e da oferta de infraestrutura urbana financiadas pelo crescimento da exportação do café, o setor elétrico foi crescendo ao redor dos centros urbanos. Desta forma, com o objetivo de fornecer energia para iluminação pública a certos pontos no Centro do Rio de Janeiro foi criada a Companhia Força e Luz em 1887.

Nos primeiros 40 anos do século XX²¹, o poder público considerou a necessidade de exercer um papel mais incisivo no funcionamento do setor elétrico, na esteira da ampliação do intervencionismo estatal, com o aumento da regulamentação dos serviços públicos e reorientação da política econômica vigente, sobretudo a pós Crise de 1929²².

²⁰ Esta seção está baseada no texto BNDES 50 anos. Disponível em: < https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro_setorial/setorial14.pdf >. Acesso em: 31. Jan. 2019 e DAVID, Pedro Américo M-S. Aspectos Gerais da Regulação no Setor Elétrico. São Paulo: fundação Getúlio Vargas, 2010. Mimeografado.

²¹ A primeira tentativa de regulamentação do setor foi em 1903, quando o governo federal passou a conceder a utilização de recursos hídricos na geração de energia para o uso público.

²² Crise econômica mundial iniciada a partir da queda da Bolsa de Valores de Nova York em 1929. CORREA, M. L. *O Setor de Energia Elétrica e a Constituição do Estado no Brasil. O Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (1939-1954)*. Niterói, 2003. Tese do Curso de Pós-Graduação em História, Doutorado, Universidade Federal Fluminense – UFF

O Código de Águas²³ representa esta ideia de uma maior intervenção do Estado e constituiu um arcabouço regulatório mais completo, cujo principais pontos são:

- i. Instituição da competência para legislar e outorgar concessões para os segmentos de geração, de transmissão e distribuição.
- ii. Determinação para que a tarifa seja fixada pelo “serviço pelo custo”, sendo suficiente para cobrir: as despesas com operação, as cotas de depreciação e de reversão, além da justa remuneração do capital investido.
- iii. Proibição da participação de empresas estrangeiras no setor.

Cabe ressaltar, que estas normas vieram a complementar a regulação já existente, que suspendia a autorização de novos aproveitamentos de curso d'água para geração, proibia a aquisição de empresas do setor²⁴ e extinguia a cláusula-ouro, que era a garantia de reajuste sistemático das tarifas pela cotação do ouro.

Em resumo, pode-se verificar que as primeiras intervenções governamentais no setor elétrico foram no segmento da geração, em relação ao controle da concessão e ao acesso a água para geração hidráulica e da distribuição, modificando as normas de reajuste tarifário, criando a norma base para o cálculo tarifário atual.

Um destaque neste período é a criação do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica – CNAEE, em 1939, com o objetivo de estudar a exploração e a utilização da energia elétrica no Brasil, bem como colocar em prática as disposições do Código de Águas. Além disso, tratava das questões tributárias e de interligação entre as usinas de geração, sendo o principal órgão de coordenação do setor até a criação do Ministério de Minas e Energia - MME²⁵.

Em 1947, o governo federal apresentou o Plano Salte²⁶, que no setor de energia reunia os estudos realizados para o setor desde a criação do CNAEE, mantendo o Estado

²³ Decreto nº 24.643, de 10/07/1934.

²⁴ Em 1930, a maior parte da geração de energia elétrica estava concentrada em duas empresas, a americana *American Foreign Power Company* (Amforp) e a canadense *São Paulo Tramway, Light and Power Company Limited* (Light).

²⁵ CORREA, M. L. O Setor de Energia Elétrica e a Constituição do Estado no Brasil. O Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (1939-1954). Niterói, 2003. Tese do Curso de Pós-Graduação em História, Doutorado, Universidade Federal Fluminense – UFF.

²⁶ Este plano visava investimentos nos setores de saúde, alimentação, transporte e energia.

como regulador e fiscalizador das concessões e recomendando o aumento da capacidade instalada da geração.

Contudo, a partir da década de 50 houve uma mudança significativa do perfil da indústria brasileira, da produção de bens perecíveis e semiduráveis para produção de bens em substituição às importações, tais como automóveis e bens duráveis.

Nesse sentido, foi criada a Comissão Mista Brasil – EUA para o Desenvolvimento Econômico – CMBEU, que propôs que a expansão do setor elétrico deveria ser feita pelas grandes empresas do setor e que ao Estado brasileiro caberia a atribuição de regulador. De mesma maneira que em estudos setoriais anteriores, admitia-se ao Estado o papel de regulador, e não de promotor do crescimento do setor por meio de investimento direto.

Neste mesmo momento, a Assessoria Econômica do Gabinete Civil da Presidência da República enviou ao Congresso Nacional projetos de lei que:

- i. Instituíam o Imposto Único sobre Energia Elétrica - IUÉE.
- ii. Criavam o Fundo Federal de Eletrificação - FFE.
- iii. Regulavam a distribuição e aplicação das parcelas do imposto arrecadado que caberiam aos estados membros da federação.
- iv. Constituíam a Empresa Mista Centrais Elétricas Brasileiras SA - Eletrobrás²⁷.

Como resultado, foram instituídos o IUÉE e o FFE, com administração do BNDE²⁸, tornando-se os primeiros encargos setoriais.

Cabe salientar a atuação do governo do Presidente Juscelino Kubitschek, no qual o setor elétrico foi alvo de várias intervenções, como os investimentos realizados pelo Plano de Metas²⁹ e a criação de Furnas³⁰, no segmento da geração e de diversas companhias estaduais, no segmento da distribuição³¹.

²⁷ A criação da Eletrobrás foi proposta em 1954, mas somente em 1961 foi autorizada sua constituição por meio da Lei nº 3.800-A. Contudo, a instalação da empresa só ocorreu oficialmente em 1962.

²⁸ Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, criado por meio da Lei nº 1.628, 20/06/1952. Atualmente, após o Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, acrescentou Social no nome e passou a chamar Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

²⁹ Visava desenvolver a econômica nos setores de energia, transporte, alimentação, indústria de base.

³⁰ Central Elétrica de Furnas S.A. (1957).

³¹ Celg (1956), Celesc (1956), Cea (1957), Cemat (1958), Cemar (1959), Coelba (1960).

Este período ficou marcado pela alteração do modelo de desenvolvimento econômico que o Brasil vinha adotando, passando o Estado brasileiro a ter uma ação mais incisiva nas funções de produção e de financiamento, deixando em segundo plano atribuições apenas como regulador e fiscalizador do setor de energia elétrica.

As décadas de 60 e 70 foram marcadas pela com instauração da ditadura do regime militar no Brasil. Contudo, houve o estímulo à expansão das indústrias de bens de capital e ao desenvolvimento da infraestrutura de energia elétrica, transporte e telecomunicações.

A Eletrobrás era responsável pela coordenação do desenvolvimento do setor elétrico, cujos investimentos eram financiados pelo Tesouro Nacional e por empréstimos externos, organizando o setor como um monopólio estatal. Já o CNAEE foi extinto em 1969³² e suas competências foram absorvidas pelo Departamento Nacional de Água e Energia Elétrica – DNAEE³³, subordinado ao MME.

Há de se destacar neste período, também, o embrião da formação do SIN, com a entrada em operação de Furnas em 1963 e a interconexão dos sistemas de suprimento de energia entre Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo. Assim, com a interligação cada vez maior entre os geradores e com sistemas mais complexos, o governo federal criou o Grupo Coordenador para a Operação Interligada – GCOI com o objetivo de coordenar e otimizar o parque gerador.

Nesse período, de acordo com a solicitação das concessionárias, também houve a regulamentação da reavaliação dos ativos e a autorização para a correção permanente do imobilizado operacional-base para o cálculo da remuneração dos investimentos das concessionárias, que antes era pelo “custo histórico do serviço”.

Em relação ao cálculo tarifário, o poder central alterou suas regras com o objetivo de expandir e modernizar o setor elétrico em bases sustentáveis:

³² Decreto-lei nº 689, de 18/07/1969.

³³Inicialmente criado em 1965, como Departamento Nacional de Águas e Energia – DNAE, teve o seu nome alterado pelo Decreto nº 63.951, de 31/12/1968.

- i. Estabeleceu a garantia da remuneração de 10 a 12% do capital investido.
- ii. Incluiu a Reserva Global de Reversão - RGR³⁴, o IUEE, os empréstimos compulsórios a Eletrobrás e empréstimos externos.
- iii. Criou a Reserva Global de Garantia – RGG³⁵ e a Conta de Resultados a Compensar – CRC³⁶

Daí podemos verificar um modelo mais rudimentar, mas com as mesmas características do cálculo tarifário atual, o encontro de contas entre o custo do serviço prestado com o que foi “arrecadado” pela concessionária entre seus consumidores, sendo incorporadas as diferenças “à tarifa corrigida no exercício fiscal seguinte”.

O Estado brasileiro atuava com regulador, mas intervinha fortemente na definição do cálculo das tarifas e na repartição das receitas, além de ser produtor por controlar as principais geradoras e distribuidoras, por meio da Eletrobrás.

Porém, após os “choques do petróleo”³⁷ em 1973 e 1979, que levaram a economia mundial a uma forte depressão e tornou escasso o financiamento externo aos investimentos, houve uma grande elevação da inflação brasileira. Assim, o governo federal passou a gerir preços e tarifas públicas, como medida de controle inflacionário, desfazendo-se do critério de cálculo da tarifa de energia “serviço pelo custo”.

Essa nova intervenção estatal nas regras do setor elétrico, depreciaram o real valor da tarifa de energia elétrica que vinha sendo praticada e resultou em grandes prejuízos às indústrias de geração e distribuição.

Na década de 80, a tarifa de energia elétrica ainda cumpria o objetivo de controlar a inflação, depreciando fortemente o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias. A RGG³⁸ foi alterada e as transferências passaram a ser sobre a remuneração média conforme a tarifa fixada pelo governo federal.

³⁴ Objetiva a criação de reservas financeiras ao governo federal para indenizar ao concessionário os bens e instalações ao terminar a concessão.

³⁵ Visa a compensação financeira entre as empresas que apresentavam lucro e prejuízo.

³⁶ Pretendia equacionar, no momento da prestação de contas anual, o registro do excedente ou da insuficiência de remuneração de cada concessionária.

³⁷ Os principais países produtores de petróleo e membros da OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo) combinaram em diminuir a produção de petróleo, desencadeando aumento brusco de preço do barril de petróleo no mercado internacional.

³⁸ Decreto-Lei nº 1.1849/1981.

Além disso, o modelo de “autofinanciamento” entre estatais federais e estaduais ficou proibido por normas do Conselho Monetário Nacional. Por fim, a promulgação da Constituição Federal de 1988 mudou a alíquota do imposto de renda das empresas concessionárias de 6% para 40% e extinguiu o IUEE, mexendo ainda mais no equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias.

Este conjunto de ações do governo federal tornou o setor inadimplente, pois as concessionárias estaduais deficitárias ficaram sem realizar os pagamentos pela energia comprada da Eletrobrás alegando que não tinham a remuneração garantida por causa da fixação das tarifas. Já governadores das regiões Sul e Sudeste passaram a reter o lucro das suas concessionárias estatais alegando que eram credoras.

Em vista desse cenário de inadimplência e falta de financiamento, aliado ao crescimento da atividade econômica superior ao da capacidade instalada, na década de 90, o GCOI passou a operar os reservatórios de água para geração de energia nos períodos secos acima do nível técnico apropriado.

Novamente, o governo central interveio sobre a regulação do setor elétrico, fixando os níveis da tarifa de energia elétrica³⁹ e extinguindo regime de remuneração garantida, além de quitar as dívidas de suprimento de energia e de RGR com os saldos da CRC. Essas medidas resultaram em admissão pelo Tesouro Nacional de dívidas do setor em torno de 20 bilhões de dólares.

Nesse sentido, cabe observar que no período pré-estabilização econômica, a intervenção do governo federal no setor elétrico, transferiu as dívidas dos concessionários e consumidores de energia elétrica para os contribuintes, pois o Tesouro Nacional absorveu todo prejuízo do setor.

Em 1994, o Plano Real⁴⁰ interferiu na economia brasileira com êxito, após o fracasso de inúmeros planos econômicos que visavam o controle da inflação e equilíbrio fiscal, desde a década de 80. Em destaque, foi implementado o Plano Nacional de

³⁹ Lei nº 8.631, de 04/03/1993.

⁴⁰ Plano Econômico instituído no Governo Itamar Franco que visava estabilizar a economia e controlar a inflação brasileira. Instituiu a moeda Real e fortes mecanismos de controle fiscal nas contas públicas.

Desestatização – PND⁴¹ com o objetivo principal de atrair o investimento privado aos setores de infraestrutura e reduzir o endividamento público.

No setor elétrico, as desestatizações foram iniciadas após uma grande reforma⁴² nas normas setoriais, que promoveu a abertura dos mercados, nos seguintes termos:

- i. Produção competitiva.
- ii. Consumidores podem comprar diretamente de qualquer produtor.
- iii. Distribuidores podem comprar diretamente ou de mais de um produtor.
- iv. Livre acesso a qualquer produtor ou consumidor às redes de distribuição e transmissão.
- v. Aprovação de plano de conclusão de obras paradas.

Dos anos 1996 a 2000, várias ações de mudança de estruturação e formulação de política foram implementadas no setor elétrico, com destaque a criação dos órgãos:

- i. Conselho Nacional de Política Energética – CNPE⁴³.
- ii. Mercado Atacadista de Energia – MAE⁴⁴.
- iii. Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS⁴⁵.

Fazendo parte deste processo de redesenho institucional, foi criada a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL⁴⁶, como autarquia especial e vinculada ao MME, com o objetivo de promover a regulação setorial e fiscalização da produção, da transmissão, da distribuição e da comercialização de energia elétrica, conforme as diretrizes do governo federal, além de zelar pela qualidade do serviço e garantir a modicidade tarifária.

⁴¹ Criado pela Lei nº 8.031, de 12/04/1990 e com alteração pela Lei nº 9.491, de 09/09/1997.

⁴² Leis nº 8.987, de 13/02/995 e nº 9.074, de 07/07/1995, além do Decreto nº 1.717, de 24/11/1995.

⁴³ Lei nº 9.478, de 06/08/1997. Criado como órgão assessoramento à Presidência da República, composto por representantes de vários Ministérios e que tem como atribuição a formulação de políticas e diretrizes para os setores energéticos, como energia elétrica, petróleo, gás natural e outros.

⁴⁴ Lei nº 10.433, de 24/04/1998. Criado para a realização dos negócios de compra e venda de energia.

⁴⁵ Lei nº 9.648, de 26/08/1998. Criado como aprimoramento do GCOI, que foi extinto pela Lei 9.468, de 27/05/1998. É o órgão que opera, supervisiona e controla a geração de energia elétrica no SIN, e planeja a operação dos sistemas isolados, sob a fiscalização e regulação Aneel.

⁴⁶ Lei nº 9.427, de 26/12/1996 e o Decreto nº 2.335, de 06/10/1997.

Pode-se afirmar que, com a criação da ANEEL, o Estado brasileiro voltou a priorizar o seu papel de regulador e fiscalizador do setor elétrico, permitindo a promoção do investimento e da eficiência no setor, a partir da competição nos mercados e da segurança regulatória sobre as normas técnicas e setoriais.

Porém, a reforma do setor elétrico proposta era muito complexa e a passagem do modelo estatal para um modelo misto entre setor público e privado, provocou incertezas no trato regulatório, causando insegurança ao setor privado para o aporte necessário aos investimentos até melhor definição das regras setoriais.

O forte período de escassez de chuvas, que provocou a seca principalmente nas regiões Sudeste e Nordeste, prejudicando a matriz energética brasileira fortemente baseada na geração hidroelétrica, com seus reservatórios sendo utilizados acima da orientação técnica ideal, principalmente por falta de investimento, foram os motivos para a falência no abastecimento de energia elétrica no início dos anos 2000. Cabe ressaltar que não havia interligação na transmissão, via SIN, com a região Sul que estava com os seus reservatórios cheios.

Em resposta a essa crise de oferta de energia elétrica, foram criadas a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica - CGCE⁴⁷ para estabelecer as diretrizes dos programas de enfrentamento da crise de energia elétrica e, assim, evitar as interrupções no suprimento – em caráter temporário, e a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE⁴⁸ com o objetivo de viabilizar o aumento da oferta de energia no curto prazo⁴⁹.

Novamente, o governo federal precisou intervir em toda atividade do setor elétrico para que não houvesse colapso no fornecimento, fomentando a expansão do parque gerador por meio de usinas termelétricas, a interligação de todas as regiões pelo SIN e a pesquisa para ampliar a diversificação de novas fontes de energia, através da promoção de linhas de crédito.

⁴⁷ Medida Provisória nº 2.147, de 15/05/2001.

⁴⁸ Medida Provisória nº 2.209, de 29/08/2001.

⁴⁹ A crise de escassez hídrica que impeliu ao governo federal decretar o racionamento nas regiões afetadas, trouxe à baila a discussão sobre a necessidade de incorporar à matriz energética brasileira novas fontes de geração de energia elétrica.

Em 2002, foi criada a Conta de Desenvolvimento Energético - CDE⁵⁰, como um encargo setorial que compõe o cálculo tarifário, visando o desenvolvimento energético dos estados membros, a competitividade entre as fontes de geração e o fomento a universalização do serviço de energia elétrica. É importante informar que a CDE será mais bem estudada no próximo tópico, pois é o alvo das liminares judiciais em foco neste artigo.

Ainda em 2002, o novo governo federal eleito com forte viés estatizante, afirmava em campanha eleitoral que as normas do setor elétrico seriam revisadas e as privatizações suspensas, com o discurso que atribuía a culpa pelo racionamento em 2001 ao modelo institucional vigente à época. Dessa forma, houve um afastamento dos investimentos privados, sobretudo de estrangeiros, que estavam se avizinando para ampliação do parque gerador.

Em 2004, após muita discussão interna no governo federal⁵¹, um novo marco do setor elétrico foi lançado com o objetivo de tornar o mercado brasileiro de energia elétrica mais atrativo aos investimentos privados para a expansão do sistema, privilegiando a modicidade tarifária e o planejamento energético de longo prazo, acompanhando as seguintes premissas básicas⁵²:

- i. Definir o Poder Executivo Federal como poder concedente.
- ii. Criar empresa pública com o objetivo de promover o planejamento do setor elétrico no médio e longo prazo.
- iii. Promover a competição na geração por menor tarifa, via leilão.
- iv. Criar dois ambientes de contratação de energia: livre e regulado.
- v. Exigir a contratação de 100% da demanda pelos agentes de consumo, com contratos não inferiores a cinco anos.
- vi. Desverticalizar a distribuição.

⁵⁰ Lei 10.438, de 26/04/2002.

⁵¹ MERCEDES, S. S. P.; RICO, J. A. P.; POZZO, L. Y. Uma Revisão Histórica do Planejamento do Setor Elétrico Brasileiro. Revista USP, São Paulo, n. 104, p.13-36, 2015.

⁵² GONÇALVES, E. D. L.; WALVIS, A. Avaliação das Reformas Recentes no Setor Elétrico Brasileiro e sua Relação com o Desenvolvimento no Mercado de Energia. Rio de Janeiro. Centro de Estudos em Relação e Infraestrutura – FGV CERI – Artigos Acadêmicos, 2014.

Em complemento às novas diretrizes do setor elétrico em 2004, o governo brasileiro refez o desenho institucional do setor, com a inclusão destes órgãos:

- i. Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE⁵³.
- ii. Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE⁵⁴.
- iii. Empresa de Pesquisa Energética - EPE⁵⁵.

Para completar o desenho institucional do setor elétrico, cabe ainda destacar que o MME, que é o órgão do governo federal responsável pela formulação e a implementação de políticas para o setor energético, conforme as diretrizes definidas pelo CNPE. Além disso, é o poder concedente para as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. Já os agentes do setor elétrico⁵⁶ são que são os autoprodutores de energia elétrica, comercializadores, Concessionária ou Permissionária de Serviço Público⁵⁷ ou Produtor Independente de Energia Elétrica – PIE⁵⁸.

Esquemáticamente, o setor elétrico pode ser assim representado:

⁵³ Lei nº 10.848, de 15/03/2004 e Decreto nº 5.175, de 09/08/2004, criado com a função de acompanhar e avaliar a continuidade e a segurança do suprimento elétrico em todo o território nacional, sob coordenação direta do MME.

⁵⁴ Lei nº 10.848, de 15/03/2004 e Decreto nº 5.177, de 12/08/2004. Este órgão tem por objetivo viabilizar a comercialização de energia elétrica, sucedendo o MAE, sendo encarregado de contabilizar e de fazer a liquidação financeira no mercado de curto prazo de energia. Reúne empresas de geração de serviço público, produtores independentes, autoprodutores, distribuidoras, comercializadoras, importadoras e exportadoras de energia, além de consumidores livres e especiais de todo o país.

⁵⁵ Lei nº 10.847, de 15/03/2004 e Decreto nº 5.184, de 16/08/2004. Esta empresa, vinculada ao MME, foi criada com o objetivo de subsidiar o planejamento energético por meio da realização de estudos e pesquisas para o planejamento integrado e expansão do setor energético, incluindo as projeções da matriz energética brasileira.

⁵⁶ Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cadastro-de-agentes>>. Acesso em: em 26/02/2019.

⁵⁷ Agente titular de serviço público federal delegado pelo poder concedente mediante Licitação, na modalidade de concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas para exploração e prestação de serviços públicos de energia elétrica, regulamentado pela Lei nº 8.987, de 13/02/1995.

⁵⁸ É a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida.

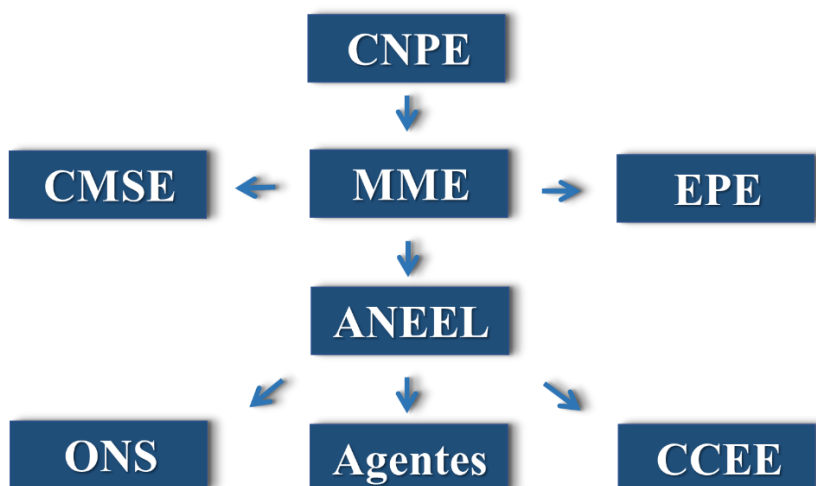


Figura 2: Desenho Institucional do Setor Elétrico
 Fonte: Site CCEE em 08/02/2019.

Pode-se afirmar que, apesar de novo desenho institucional, ficou preservada a concorrência na geração e na comercialização. Os setores de transmissão e distribuição permaneceram fortemente regulados pela ANEEL, em cumprimento das diretrizes setoriais defendidas pelo governo central, por meio do MME.

Contudo, mesmo com a intervenção do governo federal, desde a década de 90, intensificada após a crise de escassez hídrica em 2001 e a grande mudança institucional e regulatória em 2004, não foram suficientes para modificar substancialmente a matriz elétrica brasileira, que historicamente é hidráulica e está sujeita ao regime de chuvas, como pode ser visto no gráfico abaixo:

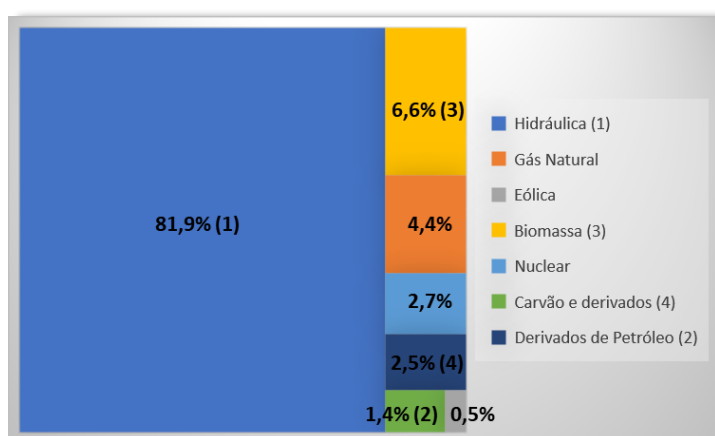


Gráfico 1: Matriz Elétrica Brasileira (2011).
 Fonte: Balanço Energético Nacional 2012 - EPE.

- (1) Inclui importação.
- (2) Inclui gás de coqueria.
- (3) Inclui lenha, bagaço de cana, lixívia e outras recuperações.
- (4) Óleo diesel e óleo combustível.

Há de se reconhecer que foi criado um sistema de proteção, com acionamento de usinas térmicas para substituir ou complementar as hidráulicas em caso de pressão da demanda. Mas o despacho destas térmicas pelo ONS tem um custo de produção muito superior ao da energia de origem hidráulica. Esse preço é refletido no cálculo do Preço de Liquidação de Diferenças – PLD, que é o preço *spot*, ou seja, é o preço da energia no mercado de curto prazo, em que não há contratação da energia pré-definida.

O cálculo do PLD é feito pela CCEE e regulamentado pela ANEEL, sendo muito sensível ao regime hídrico, pois considera o ponto ideal entre utilizar a água dos reservatórios das usinas hidrelétricas para geração de energia ou preservá-los e acionar as usinas térmicas, que possuem um custo maior de geração.

Tabela 1⁵⁹: Preço de Liquidação de Diferenças – PLD⁶⁰ por subsistema elétrico

Subsistema	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Norte	45,23	204,93	96,97	16,31	72,93	37,37	253,24	290,72
Nordeste	17,58	204,93	96,97	16,31	72,93	37,37	253,24	291,86
Sudeste/Centro-Oeste	58,75	204,93	96,97	16,31	72,93	44,47	259,57	290,72
Sul	59,18	204,93	96,97	16,31	72,93	44,47	259,57	290,72

Fonte: Anuário Estatístico de Energia Elétrica – EPE, acessado em 08/03/2019.

Nota: Valor médio do PLD referente ao mês de dezembro de cada ano, para cada subsistema.

Nesse sentido, conforme observado na Tabela 1, com destaque os anos 2011 e 2012, em que houve uma variação de mais de 480% no preço do PLD, o que pressionou a tarifa de energia elétrica e expôs a necessidade de uma reorganização do setor, não só no planejamento para os investimentos na expansão da capacidade instalada, bem como na composição dos custos para o cálculo da tarifa.

Assim, setor elétrico passou a ser foco de preocupação no governo, que tinha um grande elo com a Presidente, pois ela já tinha sido Ministra de Minas e Energia no governo anterior, sendo responsável pela reestruturação do setor em 2004.

⁵⁹ A tabela 1 demonstra os valores do PDL até o ano de 2013, pois é objetivo deste tópico mostrar os argumentos que motivaram a intervenção do governo federal com a edição da MP nº 579, 11/09/2012.

⁶⁰ Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/o-que-fazemos/como_ccee_atua/precos/precos_medios?_afLoop=101475868045114&_adf.ctrl-state=17yuy0dvea_14#!%40%40%3F_afLoop%3D101475868045114%26_adf.ctrl-state%3D17yuy0dvea_18>. Acesso em: 24/03/2019.

Dessa forma, a Presidente Dilma Rousseff assinou a Medida Provisória nº 579, em 11/09/2012, com o objetivo de reduzir a tarifa de energia elétrica e promover maior competitividade do setor produtivo, conforme enunciado na exposição de motivos⁶¹.

Foi proposta a captura da amortização e da depreciação dos investimentos realizados nos empreendimentos de geração, de transmissão e de distribuição de energia elétrica atingidos pela Lei nº 8.987/1995⁶², além do estabelecimento do regime de comercialização da energia hidrelétrica, em complemento à Lei nº 10.848/2004⁶³.

Dentre várias normas propostas, a mais impactante corresponde à prorrogação pela União das concessões que estavam para vencer, nos próximos anos, entre 2015 e 2017, de geração, de transmissão e de distribuição de energia elétrica pelo prazo máximo de 30 anos, exceto, as concessões de geração de energia térmica pelo prazo máximo de 20 anos, desde que as concessionárias aceitassem as novas condições relativas ao princípio da modicidade tarifária e da continuidade de suprimento da energia .

A Medida Provisória tratou também da questão da indenização dos investimentos vinculados aos bens reversíveis ainda não amortizados ou não depreciados das concessionárias a que teriam seus contratos de concessão prorrogados, definindo que a metodologia do cálculo deveria ter como base o valor de reposição e, que os recursos da RGR pudessem ser usados para a indenização sugerida.

Em relação a modicidade tarifária, estabeleceu mudança no cálculo e na aplicação da CDE. Além disso, autorizou a Eletrobrás a celebrar contratos com o Tesouro Nacional com o objetivo de amortizar o impacto com a variação cambial sobre o repasse da tarifa de Itaipu. Por fim, determinou que as despesas decorrentes desta Medida Provisória seriam previstas Projeto de Lei Orçamentária Anual, com aporte do Tesouro Nacional.

⁶¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/579.htm>. Acesso em: 30. Jan. 2019.

⁶² Lei nº 8.987, de 13/02/1995.

⁶³ Lei nº 10.848, de 15/03/2004.

Desse modo, a Medida Provisória nº 579/2012 foi adotada e, posteriormente, convertida na Lei nº 12.783, de 11/01/2013. Ressalta-se, que esta atuação do governo foi considerada com uma medida de caráter político, em que o governo federal utilizou o expediente de ser o poder concedente das concessões para propor a renovação destas sem a devida licitação, valendo-se do Tesouro Nacional, ou seja, do dinheiro dos impostos, dos contribuintes.

Segundo relatório do processo TC-011.223/2014-6, que deu origem ao Acórdão 2.565/2014-TCU-Plenário⁶⁴, ficou explícito o mau uso dos recursos públicos, conforme consta no parágrafo 221:

No que tange aos custos da CDE, no biênio 2013 e 2014 (projeção), estima-se que, para sustentar as mudanças advindas da MP nº 579/2012, foram gastos, em 2013, R\$ 25 bilhões e, em 2014, serão gastos R\$ 36 bilhões, o que totaliza R\$ 61 bilhões. Entretanto, a MP nº 579/2012 conseguiu reduzir na estrutura tarifária apenas R\$ 16,8 bilhões ao ano.

Justamente, em relação ao aporte e ao uso dos recursos da CDE, que incidiram as liminares judiciais que são alvos de estudo neste artigo. As tarifas de energia que tiveram redução em torno de 20%, por meio da Revisão Tarifária Extraordinária em janeiro/2013, passaram a aumentar novamente a partir de 2014 e já em 2015 ultrapassavam as tarifas vigentes em 2012⁶⁵.

Nesse sentido, pode-se indicar os principais pontos de instabilidade no funcionamento do setor elétrico:

- i. O uso contínuo das geradoras térmicas, por causa da escassez hídrica e da falta histórica de investimentos para expansão do setor de geração e de transmissão.
- ii. O início da cobrança dos empréstimos feitos a bancos, em decorrência da retirada do Tesouro Nacional para cobrir os custos com a exposição involuntária das distribuidoras em 2015.

⁶⁴ (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.565/2014. Plenário. Relator: Ministro Jose Jorge. Sessão de 01/10/2014 – Ordinária. Disponível em:

<<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1122320146.PROC/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/1/%20?uuid=23a308b0-4f3c-11e9-b711-054ef7d752baxxx>>. Acessado em: 11. Mar. 2019.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.565/2014. Plenário. Relator: Ministro Jose Jorge. Sessão de 01/10/2014 – Ordinária. Disponível em:

<<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1122320146.PROC/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/1/%20?uuid=23a308b0-4f3c-11e9-b711-054ef7d752baxxx>>. Acessado em: 11. Mar. 2019.

iii. O cancelamento do Leilão A-1⁶⁶.

Em vista de todos estes problemas, fica fácil compreender, que esta intervenção do governo no setor elétrico, sem estudo aprofundado e debate com os envolvidos, valendo-se dos cofres do Tesouro Nacional, configura mais uma vez o uso das tarifas para promoção de fato político ou contenção de inflação, e não para expansão e sustentabilidade do setor.

Cabe ainda, recorrer mais uma vez ao citado relatório do TCU⁶⁷, que expôs no parágrafo 38, a atuação da ANEEL, como agência reguladora:

Deve-se deixar claro que as geradoras, ao assim proceder, não violaram quaisquer normativos, tão somente encontraram brechas na legislação para auferirem mais lucros. Nesse sentido, restam claras as falhas de atuação do órgão regulador que deveria encontrar meios de combater tais distorções, já que usinas vendendo energia por R\$ 33/MWh e outras por R\$ 822/MWh. Essa situação perdura há mais de um ano, cabendo assinalar que as três concessionárias que não aderiram às renovações das concessões (Cesp, Copel e Cemig) ganharam R\$ 5,7 bilhões no mercado de curto prazo, somente no período de janeiro de 2013 a maio de 2014. Nesses termos, deve-se encaminhar recomendação à ANEEL para que atue no sentido de mitigar as distorções evidenciadas.

Como já dito, esse panorama de desequilíbrio na operação do setor elétrico, por intervenção governamental, foi fruto de questionamento no Judiciário, que gerou várias liminares judiciais, trazendo mais instabilidade regulatória para o setor, pois o trato tarifário equânime entre os consumidores de mesma classe ficou comprometido.

Resta claro que, desde o final do século XIX, o governo central intervém no setor elétrico, manipulando as regras setoriais para o cálculo das tarifas de forma a conseguir benefícios políticos ou econômicos na contenção da inflação, dando a falsa impressão que a ação estatal é responsável pela diminuição ou congelamento das tarifas, mesmo sem base sustentável de acordo com as regras de oferta e demanda.

⁶⁶ Contratação de energia para fornecimento em menos de 1 ano.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.565/2014. Plenário. Relator: Ministro Jose Jorge. Sessão de 01/10/2014 – Ordinária. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1122320146.PROC/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/1/%20?uuiid=23a308b0-4f3c-11e9-b711-054ef7d752baxxx>>. Acessado em: 11. Mar. 2019.

2. Cálculo da Tarifa de Energia Elétrica⁶⁸

Para melhor entender o quanto a intervenção do governo impacta no preço da tarifa de energia elétrica paga pelo consumidor, é necessário conhecer algumas características do setor elétrico, como funciona a “produção” desta energia e quais são os custos que compõe o “cálculo tarifário”, que é a metodologia utilizada pela ANEEL para definir o preço máximo a ser cobrado pela concessionária ou permissionária distribuidora de energia elétrica aos seus consumidores, num período de 12 meses.

2.1. Como “acendemos a luz”?

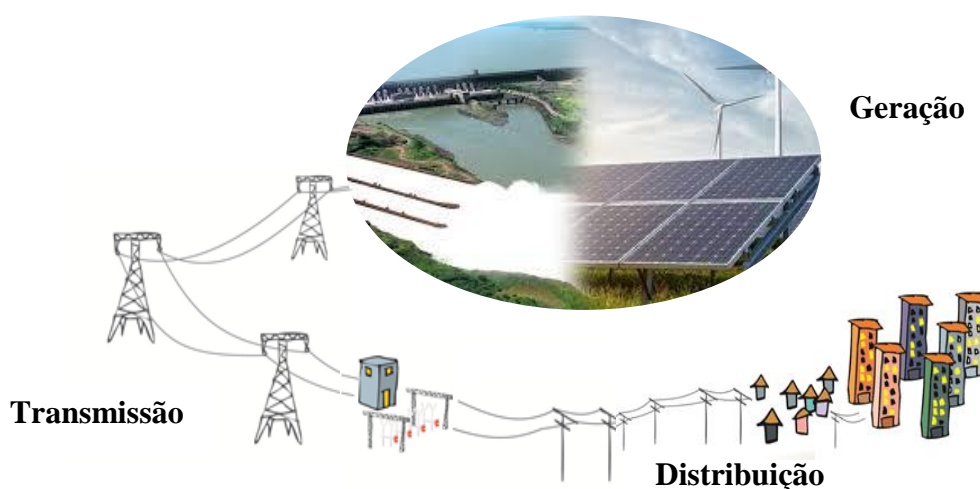


Figura 3: “O Caminho da Energia Elétrica”

Fonte: Secretaria de infraestrutura e Meio Ambiente do Estado de São Paulo⁶⁹ e ANEEL.

O que acontece com a energia elétrica para chegar a nossa casa quando se “liga” um aparelho elétrico, como o liquidificador, a geladeira ou “acendemos a luz”?

Primeiro a energia elétrica é gerada de diversas formas, como demonstrado representativamente na figura 3, por usinas hidrelétricas, eólicas, solares, como também, usinas térmicas, nuclear e biomassa.

⁶⁸ Este capítulo está baseado nos conceitos e dados apresentados no *Site* da Aneel. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/tarifas>>. Acesso em: 11/03/2019.

⁶⁹ Disponível em: <<https://www.energia.sp.gov.br/capacidade-instalada-de-geracao-de-energia-eletrica-atinge-149-928-mw-em-novembro>>. Acesso em: 17/03/2019.

Esta energia gerada “caminha” pelas linhas de transmissão até a concessionária ou permissionária⁷⁰ distribuidora de energia, que leva essa energia na sua própria rede de distribuição até as residências, indústrias, postes de luz, ou seja, a todos os consumidores da concessão.

Ao conhecer a maneira de como se produz a energia elétrica, fica mais claro compreender o quanto é fundamental o investimento para expansão e manutenção da capacidade instalada, aliada uma regulação eficiente, principalmente, nos setores de transmissão e de distribuição, que são monopólios naturais⁷¹, e demandam o monitoramento constante da qualidade do serviço. E, por fim, perceber que todo este complexo arcabouço institucional é remunerado pela tarifa de energia elétrica paga por todos os consumidores.

A tarifa paga a energia gerada, o seu transporte, o funcionamento da distribuidora e os encargos setoriais, que são obrigações legais e serão mais bem estudadas no decorrer deste artigo. Cabe informar também, que ao “pagar a conta de luz” o consumidor também paga os tributos⁷² que estão embutidos no valor final da fatura.

Dada a importância da composição da tarifa e para que fique mais explícito, se por um lado, tarifa é responsável por toda a remuneração da “indústria de produção de energia elétrica”, por outro, a energia elétrica é um bem/serviço essencial e, não pode ter um custo que impossibilite o seu consumo, que gere lucros extraordinários às empresas do setor ou que seja um entrave no crescimento econômico do país sendo um insumo de alto custo ou sem qualidade esperada. Assim, o *Site da ANEEL*⁷³ explica: “A tarifa visa assegurar aos prestadores dos serviços receita suficiente para cobrir custos operacionais eficientes e remunerar investimentos necessários para expandir a capacidade e garantir o atendimento com qualidade”.

⁷⁰ A título de simplificação, toda vez que se referir a concessionárias de distribuição, o raciocínio vale para as permissionárias de distribuição também, a não ser que se haja alguma observação adicional.

⁷¹ “Se constitui monopólio natural quando uma única empresa pode oferecer o bem ou serviço para o mercado inteiro a um custo menor do que fariam duas ou mais empresas.”. MANKIWI, N. G. Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

⁷² PIS/COFINS, ICMS e Contribuição para Iluminação Pública.

⁷³ <<http://www.aneel.gov.br/tarifas>>. Acesso em: 11/03/2019.

Então, para melhor entendimento de como a tarifa é composta, a partir de agora é mister uma breve explicação sobre o “cálculo tarifário”.

2.2. Cálculo tarifário de energia elétrica⁷⁴

Conforme disposto na Lei nº 9.427/1996, que instituiu a ANEEL, em seu artigo 3º, inciso XI⁷⁵, a agência reguladora tem a competência para definir a tarifa de energia elétrica nos seguintes termos:

Estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica realizado às concessionárias e às permissionárias de distribuição, inclusive às cooperativas de eletrificação rural enquadradas como permissionárias, cujos mercados próprios sejam inferiores a 700 GWh/ano, e tarifas de fornecimento às cooperativas autorizadas, considerando parâmetros técnicos, econômicos, operacionais e a estrutura dos mercados atendidos.

Assim, a metodologia deste cálculo tarifário é prevista nos contratos de concessão com as distribuidoras de energia elétrica firmados com o MME, poder concedente, implementados e fiscalizados pela ANEEL.

Por sua vez, a ANEEL regulamenta a metodologia de análise técnica, por meio do PRORET⁷⁶ – Procedimentos de Regulação Tarifária, que é um documento organizado em 12 módulos de caráter normativo para os processos tarifários, aprovado em reunião pública de diretoria, e que tem como base o contrato de concessão.

Ao assinar o contrato de concessão, a distribuidora assume que a tarifa inicialmente aprovada é suficiente para sustentar o equilíbrio econômico-financeiro, que garante a remuneração adequada para cobrir os custos operacionais eficientes e obtenha um retorno justo sobre o capital investido de forma prudente, além de assegurar que o consumidor receba um serviço de qualidade, pagando uma tarifa justa.

Esta tarifa é calculada de acordo com a equação prevista no contrato:

$$RR = VPA + VPB$$

⁷⁴ Neste artigo serão tratadas apenas as tarifas de suprimento realizado pelas concessionárias e permissionárias de distribuição de energia elétrica.

⁷⁵ Redação dada pela lei 13.360/2016.

⁷⁶ Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/procedimentos-de-regulacao-tarifaria-proret>>. Acesso em: 18/03/2019.

RR = receita requerida para a manutenção do equilíbrio-econômico financeiro da distribuidora.

VPA = valor da parcela A, inclui a atualização dos custos da geração⁷⁷, da transmissão⁷⁸ e dos encargos setoriais e as receitas irrecuperáveis⁷⁹.

VPB = valor da parcela B, retrata os custos operacionais eficientes e a remuneração apropriada para os investimentos necessários a prestação do serviço de distribuição.

Anualmente, a cada Período de Referência⁸⁰, na data de assinatura do contrato, é realizada um ajuste da tarifa de forma a contemplar o mercado de referência⁸¹ e os custos reais dos seus componentes para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ao longo dos anos de concessão.

⁷⁷ “O custo de energia é calculado considerando a energia requerida para atendimento do Mercado de Referência e as Perdas de Energia, subtraída de energia do Proinfa, valorada pela tarifa média dos contratos de compra de energia vigentes na data do reajuste.”. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/metodologia-distribuicao/-/asset_publisher/e2INtBH4EC4e/content/energ-1/654800?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fmetodologia-distribuicao%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_e2INtBH4EC4e%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_pos%3D3%26p_p_col_count%3D4>. Acesso em: 25/03/2019.

⁷⁸ “Os custos de transporte de energia são aqueles relacionados ao transporte de energia desde as unidades geradoras até os sistemas de distribuição.”. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/metodologia-distribuicao/-/asset_publisher/e2INtBH4EC4e/content/uso-do-sistema-de-distribuicao/654800?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fmetodologia-distribuicao%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_e2INtBH4EC4e%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_pos%3D3%26p_p_col_count%3D4>. Acesso em: 25/03/2019.

⁷⁹ “Receita Irrecuperável é a parcela esperada da receita total faturada pela empresa que tem baixa expectativa de arrecadação em função da inadimplência por parte dos consumidores.”. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/metodologia-distribuicao/-/asset_publisher/e2INtBH4EC4e/content/receitas-irrecuperaveis/654800?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fmetodologia-distribuicao%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_e2INtBH4EC4e%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_pos%3D3%26p_p_col_count%3D4>. Acesso em: 25/03/2019.

⁸⁰ O Período de Referência é definido como o período de 12 (doze) meses imediatamente anterior ao mês do processo tarifário em processamento. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/adsp20161646_Proret_Subm%C3%B3dulo_2%20_1_V2_2.pdf> . Acesso em: 25/03/2019.

⁸¹ “O Mercado de Referência é composto pelos montantes de energia elétrica, de demanda de potência e de uso do sistema de distribuição, faturados no “Período de Referência” a outras concessionárias e permissionárias de distribuição, consumidores, autoprodutores e centrais geradoras que façam uso do mesmo ponto de conexão para importar ou injetar energia elétrica, bem como pelos montantes de demanda de potência contratada pelos demais geradores para uso do sistema de distribuição”. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/adsp20161646_Proret_Subm%C3%B3dulo_2%20_1_V2_2.pdf>. Acesso em: 25/03/2019. disponíveis no Sistema de Acompanhamento de Informações de Mercado - SAMP.

Além disso, no preço final da tarifa, além da parcela A e da parcela B, que formam o índice econômico, é considerada a apuração dos Componentes Financeiros⁸². São externos ao processo tarifário, agregando custos e/ou receitas ao processo, porém de forma temporária.

Como já vem sendo comentado no decorrer deste tópico, com objetivo de estabelecer a tarifa justa, o contrato de concessão prevê a realização de um processo tarifário anual, dispostos em três tipos:

- i. Revisão Tarifária Periódica – RTP⁸³
- ii. Reajuste Tarifário Anual – RTA⁸⁴
- iii. Revisão Tarifária Extraordinária – RTE⁸⁵

A compreensão destes conceitos é importante porque são justamente o ponto de impacto de maior relevância da judicialização decorrente da Lei nº 12.783/2013, objeto de análise no artigo em tela.

Para que os termos da MP nº 579/2012 fossem efetivados, tornou-se necessária a realização de uma revisão extraordinária nas tarifas de todas as distribuidoras de energia elétrica do país, o que ocorreu no dia 24/01/2013.

Esta revisão se justifica porque realmente era uma situação extraordinária, pois por força de intervenção do Estado, haveria alteração na composição e magnitude de parte dos custos que compõem a tarifa e, portanto, a tarifa vigente não refletiria um preço justo aos consumidores de energia elétrica.

⁸² Proret – Módulo 4. “Componentes Financeiros consistem em montantes (R\$) apurados pela ANEEL a cada período tarifário, e que são acrescentados ou subtraídos dos processos tarifários ordinários, conforme procedimento de cálculo descrito no Submódulo 3.1 do PRORET, em função de obrigações legais e regulamentares impostas às distribuidoras.”. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/aren2016703_Proret_Submod_4_1_V0.pdf>. Acesso em: 25/03/2019.

⁸³ Proret – Módulo 2. Ocorre a cada cinco anos com o objetivo de reposicionar a tarifa considerando os novos parâmetros de produtividade, avaliando o custo eficiente da distribuição, redefinindo a estrutura tarifária e definindo as metas de qualidade, os percentuais regulatórios de perdas de energia e a trajetória do custo operacional até a próxima revisão. Inclui também a variação dos custos da parcela A.

⁸⁴ Proret – Módulo 3. Ocorre nos anos que não há a revisão tarifária e visa preservar o equilíbrio econômico financeiro firmado na assinatura do contrato de concessão e com o reposicionamento da tarifa nos processos tarifários de revisão. Sua metodologia prevê a variação dos custos da parcela A e a atualização da parcela B pelo IPCA descontado do Fator X.

⁸⁵ É realizada quando algo extraordinário desequilibra os termos do contrato de concessão, afetando o equilíbrio econômico-financeiro. Pode ser por iniciativa do regulador, quando a mudança de uma norma unilateralmente ou por solicitação da concessionária.

De certo, a adaptação às novas normas setoriais poderia ser realizada na data de assinatura do contrato de concessão de cada distribuidora, no momento do seu processo tarifário ao longo do ano de 2013, mas por decisão do MME, a adequação da tarifa aos novos custos foi realizada em conjunto no mais breve período.

Ainda, como consequência da intervenção estatal em 2012, houve a necessidade da realização da RTE em 2015, para elevar as tarifas suficientemente para pagar os custos com as indenizações pela renovação das concessões antecipadamente, pois o Tesouro Nacional não iria mais aportar recursos, assim como já visto neste texto, a assunção desta dívida da União para com as concessionárias, agora, foi transferida dos contribuintes para os consumidores.

Além disso, neste período ocorria a crise de escassez hídrica, quando o ONS foi obrigado a recorrer às geradoras térmicas⁸⁶, que têm o custo de geração mais caro e precisaram de reforço no caixa para cobrir esta despesa que não havia sido prevista na composição da sua receita, gerando desequilíbrio econômico-financeiro.

2.3. Encargos Setoriais⁸⁷

Os encargos setoriais, apesar de serem parte integrante da tarifa, não compõem a receita da concessionária. A distribuidora apenas arrecada junto aos seus consumidores, via tarifa, e repassa os valores aos gestores dos recursos. São criados por lei específica e possuem destinação exclusiva como política pública no setor elétrico.

Em 2012, no momento da edição da MP nº 579, estavam vigentes na composição dos encargos setoriais:

- i. Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis – CCC⁸⁸
- ii. Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA⁸⁹
- iii. Encargo de Serviço de Sistema – ESS e Encargo de Energia de Reserva – EER⁹⁰
- iv. Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica – TFSEE⁹¹

⁸⁶ Para poupar a água nos reservatórios que estavam com seus limites bem abaixo de sua capacidade e evitar um colapso no fornecimento, o ONS passou a solicitar a geração das térmicas, mesmo mais caras.

⁸⁷ Proret – Módulo 5.

⁸⁸ Lei nº 5.899, de 05/07/1973.

⁸⁹ Lei nº 10.438, de 26/04/2002.

⁹⁰ Lei nº 10.848, de 15/04/2004, Decreto nº 5.163, de 30/07/2004 e Decreto nº 6.353, de 16/01/2008.

⁹¹ Lei nº 9.427, 26/12/1996 e Decreto nº 2.410, de 28/11/1997.

- v. Pesquisa e Desenvolvimento – P&D e Eficiência Energética - EE⁹²
- vi. Reserva Global de Reversão – RGR⁹³
- vii. Contribuição dos Associados – ONS⁹⁴
- viii. Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos - CFURH⁹⁵
- ix. Conta de Desenvolvimento Energético – CDE⁹⁶

Em atendimento a MP nº 579/2012, o processo tarifário extraordinário considerou zerar as cotas da CCC e da RGR, além de reduzir a CDE, de acordo com critérios analisados na Nota Técnica nº 16/2013 – SRE/ANEEL⁹⁷.

Nesse sentido, cabe afirmar que apesar da importância de cada rubrica acima na composição do item de custo “encargos setoriais” na parcela A, este artigo se dedicará ao estudo somente da CDE, que motivou a judicialização a ser discutida no próximo tópico.

2.4. CDE

A Conta de Desenvolvimento Energético - CDE foi criada pela Lei nº 10.438⁹⁸, de 26/04/2002 e regulamentada pelo Decreto nº 4.541⁹⁹, de 23/12/2002, com o objetivo de promover o desenvolvimento energético dos estados da federação, a competitividade da energia produzida a partir de fontes alternativas como eólica, biomassa e carvão mineral nacional, nas áreas atendidas pelo SIN, além de pequenas centrais hidrelétricas e a universalização do serviço de energia elétrica em todo território brasileiro.

⁹² Lei nº 9.991, 24/07/2000.

⁹³ Lei nº 5.655, de 20/05/1971.

⁹⁴ Lei nº 9.648, de 26/08/1998.

⁹⁵ Lei nº 7.990/1989.

⁹⁶ Lei nº 10.438, de 26/04/2002, Decreto nº 7.891, de 23/01/2013 e Decreto nº 9.022, de 31/03/2017.

⁹⁷ ANEEL. Nota Técnica n. 16 de 24 de janeiro de 2013. Processo nº 48500.005665/2012-47. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/consulta-processual>>. Acesso em: 21/03/2019.

⁹⁸ Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.648, de 27 de maio de 1998, nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 5.655, de 20 de maio de 1971, nº 5.899, de 5 de julho de 1973, nº 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências.

⁹⁹ Regulamenta os arts. 3º, 13, 17 e 23 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, que dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - PROINFA e a Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, e dá outras providências.

Desde então, o fundo setorial da CDE passou a ter a gestão e a arrecadação de recursos e seus objetivos alterados por decretos, medidas provisórias e leis, nos quais pode-se destacar a Lei nº 10.762¹⁰⁰, de 11/11/2003, que incluiu nos objetivos da CDE, a garantia de recursos à subvenção econômica para a modicidade tarifária aos integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda.

Também, a MP nº 579/2012 incorporou o uso dos recursos da CDE para permitir a amortização de operações financeiras vinculados à indenização por ocasião da reversão das concessões e para a Conta de Consumo de Combustíveis – CCC. Cabe ressaltar que a CCC deixa de ser um encargo setorial e passa a ser um componente de custo dentro da CDE, contudo, sua destinação permanece.

Além disso, a MP também previu que os recursos da RGR, que também deixou de ser um encargo setorial, passariam a integrar a CDE para contribuir com o pagamento das indenizações decorrentes da antecipação da renovação das concessões.

Assim, o fundo setorial da CDE passou a ser composto por recursos vindos de diversas fontes, a saber:

- i. Cotas anuais pagas por todos os agentes que comercializem energia com consumidor final, mediante encargo tarifário incluído nas tarifas de uso dos sistemas de transmissão ou de distribuição.
- ii. Pagamentos anuais realizados a título de uso de bem público.
- iii. Multas aplicadas pela ANEEL a concessionárias, permissionárias e autorizadas.
- iv. Créditos da União contra a Itaipu Binacional adquiridos da Eletrobrás.

Desde a criação da CDE os recursos eram gerados pela Eletrobrás, por meio de regulamentação do MME e, essa diretriz foi mantida com a MP, ora em estudo¹⁰¹.

¹⁰⁰ Dispõe sobre a criação do Programa Emergencial e Excepcional de Apoio às Concessionárias de Serviços Públicos de Distribuição de Energia Elétrica, altera as Leis nºs 8.631, de 4 de março de 1993, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências.

¹⁰¹ Contudo, atualmente, por força do Decreto nº 9.022, de 31 de março de 2017, a CCEE passou a gerir este fundo.

Já as cotas cobradas via tarifa dos consumidores de energia elétrica são calculadas pela ANEEL e correspondem à diferença entre as necessidades de recursos e a arrecadação proporcionada pelas demais fontes de arrecadação. Além disso, a MP fixou essas cotas à proporção estipulada em 2012.

Nesse sentido, para ilustrar a relevância e o peso do orçamento da CDE, a tabela 2 abaixo reproduz mais detalhadamente as despesas e receitas deste fundo, desde 2013, como apresentado no *site* da agência reguladora.

Tabela 2: Orçamento CDE

ORÇAMENTO CDE (em R\$ milhões)						
DESPESAS	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Restos a pagar	-	1.627	3.000	-	-	1.061
Universalização - PLpT e Kit Instalação	2.027	875	875	973	1.172	941
Tarifa Social - Baixa Renda	2.200	2.099	2.166	2.239	2.498	2.440
Carvão Mineral Nacional	1.004	1.123	1.216	1.005	909	850
CCC - Sistemas Isolados	4.043	4.658	7.223	6.339	5.056	5.849
Descontos Tarifários na Distribuição	4.461	4.092	5.454	6.156	6.051	8.362
Descontos Tarifários na Transmissão	-	-	-	-	288	362
Subvenção Cooperativas	-	-	-	-	-	179
Fontes Renováveis e Gás Natural	-	-	-	-	-	-
Qualificação de mão de obra técnica	-	-	-	-	-	-
CAFT CCEE	-	-	-	-	15	9
Reserva Técnica	-	-	-	-	-	-
Indenização de Concessões	-	3.179	4.898	1.242	-	-
Subvenção RTE	386	389	389	310	-	-
Verba MME	-	30,74	24,15	27	-	-
Total	14.121	18.074	25.246	18.291	15.989	20.053
RECEITAS	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Saldo em Conta	3.786	-	435	64	714	-
UBP	674	558	585	612	668	672
Multas	177	218	127	180	176	214
Recursos da União	8.460	11.805	-	-	-	-
Recursos da RGR	-	2.295	1.974	2.002	1.210	478
Outras disponibilidades	-	1.498	69	108	184	734
Quotas CDE - ENERGIA	-	-	3.137	3.472	3.690	3.796
Quotas CDE - Uso	1.024	1.700	18.920	11.853	9.348	14.160
Total	14.121	18.074	25.246	18.291	15.989	20.053

Fonte: *Site* ANEEL¹⁰², acessado em 19/03/2019.

Nesta tabela pode-se atentar a algumas questões importantes para a análise.

¹⁰² Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/gestao-de-recursos-tarifarios/-/asset_publisher/NGj5UwmpT1bZ/content/conta-de-desenvolvimento-energetico-cde/654800?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fgestao-de-recursos-tarifarios%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_NGj5UwmpT1bZ%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D2>. Acesso em: 19/03/2019.

- i. Pelo lado da receita:
 - Os recursos da União somente foram aportados em 2013 e 2014.
 - Cota CDE – Energia¹⁰³ passou a vigorar a partir de 2015.
 - Em 2015 o total arrecadado pela CDE para suprir as despesas foi 78,9% maior que em 2013.
 - Cota CDE – Uso¹⁰⁴ aumentou em 1.747,7% entre 2013 e 2015.
- ii. Pelo lado da despesa:
 - CCC teve aumento de 78,6% entre os anos de 2013 e 2015.
 - A indenização das concessões foi paga entre 2014 e 2016.

Na RTE de 2013, com a nova forma de calcular a CDE, nos termos da MP nº 579/2012, verificou-se o menor valor do orçamento da CDE no analisado. Sendo assim, a CDE, aliada a várias outras medidas previstas na MP foram responsáveis por diminuir a tarifa vigente em de 20,2% para os consumidores residenciais.

Contudo, no ano de 2013, durante os processos tarifários ordinários, se observou, o desequilíbrio econômico-financeiro das concessões.

Contudo, em virtude da forte pressão nos custos com a energia, devido à escassez hídrica, foi publicado o Decreto 7.945/2013¹⁰⁵, que alterou as normas que regem a CDE novamente, e permitiu às distribuidoras receber cobertura, via este fundo setorial, para cobrir estes gastos não previstos com a compra de energia para o atendimento aos consumidores, mantendo a modicidade tarifária.

¹⁰³ Chamada também de Conta ACR é homologada pela REH nº 2.231, de 25 de abril de 2017. Essa cota é paga por todos as concessionárias de distribuição que atendem consumidores finais cativos no Sistema Interligado Nacional - SIN, mediante encargo tarifário incluído nas tarifas energia elétrica. Disponível em: < http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/tarifa/arquivo/N%C3%ADvel%20Tarif%C3%A1rio_Hidropan_2017.pdf> . Acesso em: 25/03/2019.

¹⁰⁴ Essa cota é paga por todos os agentes que atendem consumidores finais cativos e livres no Sistema Interligado Nacional - SIN, mediante encargo tarifário incluído nas tarifas de uso dos sistemas de distribuição e transmissão de energia elétrica. Essa quota é destinada ao custeio dos objetivos da CDE, previstos em seu orçamento anual, definido pelo Poder Executivo, conforme previsto nos §§ 2º e 3º do art. 13 da Lei nº 10.438, de 2002, com redação dada pela Lei nº 12.783, de 2013. Disponível em: < http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/tarifa/arquivo/N%C3%ADvel%20Tarif%C3%A1rio_Hidropan_2017.pdf> . Acesso em: 25/03/2019.

¹⁰⁵ Decreto nº 7.945, de 07/03/2013.

Assim, as distribuidoras receberam R\$ 11 bilhões, mas que não foram repassados à tarifa naquele momento. Os consumidores passaram a pagar por estes recursos, via CDE, a partir de 2015, em parcelas atualizadas pelo IPCA¹⁰⁶ durante 5 anos.

Exemplifica muito bem, os dados apresentados pelo Conselho de Consumidores da Hidroelétrica Panambi – Hidropan, na Audiência Pública nº 10/2017, por ocasião da Quarta Revisão Tarifária Periódica (Tabela 3):

Tabela 3: Evolução do Custo da CDE (R\$)

	2013		2014		2015		2016		2017	
ENCARGOS SETORIAIS	1.451.140,32	6,73%	1.707.170,70	6,28%	9.257.491,27	27,79%	7.940.888,88	26,22%	6.940.535,78	22,61%
Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica -	60.594,75	0,28%	61.178,99	0,23%	57.839,07	0,17%	61.980,32	0,20%	57.458,68	0,19%
Conta de Desenvolvimento Energético - CDE	346.853,53	1,61%	528.978,84	1,95%	8.161.826,82	24,51%	6.606.808,97	21,82%	5.724.450,29	18,65%
Proinfra	745.820,48	3,46%	731.330,48	2,69%	663.361,59	1,99%	938.595,44	3,10%	787.541,53	2,56%
P&D e Eficiência Energética	297.871,56	1,38%	385.682,39	1,41%	374.463,79	1,12%	333.504,15	1,10%	371.085,28	1,21%
TRANSPORTE	1.696.807,27	7,87%	1.783.416,79	6,56%	2.226.122,01	6,68%	2.181.330,93	7,21%	4.898.567,25	15,96%
ENERGIA	18.412.644,77	85,40%	23.697.173,50	87,16%	21.818.385,02	65,52%	20.157.794,68	66,57%	18.825.456,28	61,34%
RECEITA IRRECUPERÁVEL	-	-	-	-	-	-	-	-	26.454,25	0,09%
VPA (ENCARGO+TRANSPORTE+ENERGIA+RD)	21.560.592,36	100,00%	27.187.760,99	100,00%	33.301.998,30	99,99%	30.280.014,49	100,00%	30.691.013,56	100,00%

Fonte: Apresentação Conselho de Consumidores Hidropan – Site ANEEL¹⁰⁷

Como grifado, o peso dos encargos setoriais passou de 6,50% em média, nos anos 2013 e 2014, para mais de 20% a partir de 2015, do total da parcela A. Já a participação monetária da CDE aumentou 2.253,10% entre os anos 2013 e 2015 e foi responsável pelo aumento na cota dos encargos setoriais na tarifa da distribuidora como visto na tabela abaixo (Tabela 4).

Tabela 4: Composição das Tarifas de Energia Elétrica

	2013	2014	2015	2016	2017
ENCARGOS SETORIAIS	3,20%	3,20%	15,30%	12,90%	11,00%
TRANSPORTE	4,10%	3,40%	3,20%	3,50%	7,76%
ENERGIA	40,50%	44,90%	35,90%	32,70%	29,82%
DISTRIBUIÇÃO	24,40%	22,70%	17,90%	19,80%	19,80%
RECEITA IRRECUPERÁVEL	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,04%
TRIBUTOS (ICMS+PIS/COFINS)	27,80%	25,80%	27,70%	31,10%	31,58%
	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

Fonte: Apresentação Conselho de Consumidores Hidropan – Site ANEEL¹⁰⁸

¹⁰⁶ Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo.

¹⁰⁷ http://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_p_id=audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet&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_count=1&audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_documentoId=2974&audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_tipoFaseReuniao=reuniao&audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_jspPage=%2Fhtml%2Faudiencias-publicas-visualizacao%2Fvisualizar.jsp . Acesso em: 19/03/2019.

¹⁰⁸ http://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_p_id=audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet&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_count=1&audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_documentoId=2974&audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_tipoFaseReuniao=reuniao&audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_jspPage=%2Fhtml%2Faudiencias-publicas-visualizacao%2Fvisualizar.jsp

A pressão para o aumento na tarifa exercida pela CDE a partir de 2015, principalmente pelo repasse dos custos das indenizações, no momento de escassez hídrica, como já visto, permitiu um aumento “explosivo” nas tarifas das distribuidoras como exemplificado na Tabela 5, que apresenta o índice econômico da tarifa, ou seja, não inclui os componentes financeiros :

Tabela 5: Índice Econômico das Distribuidoras nos Processos Tarifários de 2015¹⁰⁹

Distribuidora	Região	índice econômico	Distribuidora	Região	índice econômico
Cocel	S	51,78%	EDP ES	SE	28,88%
Forcel	S	51,60%	CEEE-D	S	28,73%
Ceron	N	48,08%	Cooperaliança	S	28,72%
RGE SUL	S	45,91%	Hidropan	S	28,10%
DMED	SE	43,71%	EMG	SE	27,87%
Light	SE	43,33%	Elektro	SE	26,93%
Eletropaulo	SE	41,73%	Eletroacre	N	26,16%
ENF	SE	41,50%	Chesp	CO	25,68%
Uhenpal	S	40,66%	Eletrocar	S	25,21%
Ienergia	S	39,16%	ELFSM	SE	25,19%
Boa Vista	N	38,83%	RGE	S	24,99%
CPFL Paulista	SE	37,31%	EFLJC	S	24,97%
CEB-DIS	CO	37,27%	Sulgipe	NE	24,07%
AmE	N	35,76%	Demei	S	23,62%
Celg-D	CO	35,43%	Celipa	N	16,44%
Cemig-D	SE	34,66%	EPB	NE	16,12%
Eflul	S	34,24%	Coelba	NE	16,01%
EDP SP	SE	33,19%	Enel CE	NE	15,21%
ESE	NE	33,03%	Ceal	NE	13,48%
EMT	CO	32,08%	Cemar	NE	12,40%
Celesc-DIS	S	31,83%	Cosern	NE	11,67%
Copel-DIS	S	31,11%	Celpe	NE	11,21%
MuxEnergia	S	30,48%	Cepisa	NE	10,85%
EMS	CO	30,43%			

Fonte: Site ANEEL¹¹⁰.

Das 47 distribuidoras na Tabela 5, o índice econômico no cálculo tarifário ultrapassou 30% em 24 distribuidoras, sendo que 2 passaram dos 50%. Este exemplo corrobora com a ideia de que os itens de custo da parcela A, encargos setoriais e compra da energia pressionaram o custo da tarifa em patamares inadequados a modicidade tarifária, que era o objeto central da Lei nº 12.783/2013.

spublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_jspPage=%2Fhtml%2Faudiencias-publicas-visualizacao%2Fvisualizar.jsp> . Acesso em: 19/03/2019.

¹⁰⁹ Esta listagem não é exaustiva, tendo apenas o propósito de exemplificar.

¹¹⁰ Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/resultado-dos-processos-tarifarios-de-distribuicao>>. Acesso em: 21/03/2019.

Nesse sentido, houve questionamento no Judiciário por parte de alguns consumidores sobre a legalidade da inclusão dos repasses para o pagamento das indenizações via CDE, o que acabou gerando inúmeras liminares, judicializando o processo tarifário regulamentado pela ANEEL.

Assim, após breve exposição dos principais conceitos sobre a composição da tarifa de energia elétrica é possível seguir mais detidamente ao encontro do problema central a ser analisado neste artigo: a judicialização exercida por meio de liminares.

3. A Judicialização no Setor Elétrico

Este tópico se propõe a refletir brevemente sobre a competência do Judiciário, sua integração com as questões de políticas públicas, a formação dos seus integrantes – advogados, magistrados – perante as questões técnicas dos órgãos reguladores, a participação dos tribunais de apelação e como tudo isso tem impactado no caso paradigmático da CDE em virtude da Lei nº 12.783/2013.

3.1. O Direito nas Políticas Públicas

A promulgação da Constituição de 1988, após tanto tempo de supressão de direitos durante os anos em que a democracia ficou inativa no Brasil, passou a ser o Norte, o apoio de cada brasileiro contra o sentimento de impotência e de injustiça, sendo apelidada, inclusive, de “Constituição Cidadã”.

Esta mesma Constituição concedeu ao Poder Judiciário a tutela exclusiva¹¹¹ para o amparo aos cidadãos no caso de violação dos direitos ou abuso de poder, dentre outros pontos, quando afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Assim, reside a cultura da sociedade brasileira em procurar o Judiciário, quando acredita que a norma administrativa afronta seus direitos. Já o Judiciário decide pelo o que se acredita ser o direito a ser protegido, muitas vezes, sem ponderar as consequências deste ato para toda política pública ou buscar o entendimento do porquê que a administração pública adotou determinada decisão, acabando por realimentar esta necessidade de novamente se procurar o Judiciário a cada sensação de ameaça ao direito.

¹¹¹ Art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Nesse sentido, Fábio Quintas¹¹² afirma: “Entende-se que o ativismo judicial afeta a capacidade de ordenação do direito e enfraquece a atividade administrativa, que deixa de ser reconhecida como dotada de autoridade, tornando-se o juiz a grande agência administrativa do Brasil – a última instância administrava”.

Este movimento pode transmitir para o Poder Judiciário as decisões com influência significativa para a sociedade em detrimento das competências do legislativo e do executivo. Assim, esta “transferência de competência”¹¹³ tácita é chamada de Judicialização.

Cabe ressaltar que é função do Poder Legislativo proteger os direitos da maioria, enquanto ao Judiciário seria proteger os direitos fundamentais do cidadão¹¹⁴. Acrescenta-se a este raciocínio, que é função do órgão regulador¹¹⁵ a defesa e o desenvolvimento do mercado a que se destina, mantendo o equilíbrio entre o governo, o consumidor e os agentes atuantes no setor.

Nesse mesmo caminho, quando o Judiciário impõe ao gestor público o atendimento da política pública, segundo sua determinação, interfere na implementação desta política, porque não há legislação que a proteja ou porque simplesmente o juiz a desconsidera e, independe das fragilidades conferidas ao Poder Judiciário¹¹⁶, como “a falta de previsibilidade ao casuísmo das decisões judiciais” e “falta de legitimidade democrática do Judiciário para atuar politicamente na ostensiva criação do direito”¹¹⁷.

Porém, não cabe ao Judiciário estabelecer em que área ou que tipo de assunto está apto a analisar. Toda política pública tem o condão de ser apreciada pelo Poder Judiciário, independentemente da habilidade do magistrado sobre o teor técnico a ser discutido.

¹¹² Quintas apud QUINTAS, F. L. *Juízes-administradores: A Intervenção Judicial na Efetivação dos Direitos Sociais*. Coleção Acadêmica Livre, São Paulo, FGV – Direito SP, a. 53, n. 209, p. 31-51, 2016.

¹¹³ Na verdade, não é uma transferência de competência do ponto de vista técnico. A competência permanece sendo dos demais poderes.

¹¹⁴ QUINTAS, F. L. *Juízes-administradores: A Intervenção Judicial na Efetivação dos Direitos Sociais*. Coleção Acadêmica Livre, São Paulo, FGV – Direito SP, a. 53, n. 209, p. 31-51, 2016.

¹¹⁵ Apresenta-se aqui apenas o órgão regulador por causa do escopo do problema a ser enfrentado neste texto. Contudo, este raciocínio, em maior medida, pode se entender aos órgãos da administração pública que formulam e executam políticas públicas.

¹¹⁶ CAPPELLETTI apud QUINTAS, F. L. *Juízes-administradores: A Intervenção Judicial na Efetivação dos Direitos Sociais*. Coleção Acadêmica Livre, São Paulo, FGV – Direito SP, a. 53, n. 209, p. 31-51, 2016.

¹¹⁷ QUINTAS, F. L. *Juízes-administradores: A Intervenção Judicial na Efetivação dos Direitos Sociais*. Coleção Acadêmica Livre, São Paulo, FGV – Direito SP, a. 53, n. 209, p. 31-51, 2016.

Mas em nome da eficiência e eficácia da política pública, num primeiro pensamento, quem teria mais perícia para examinar as questões técnicas de uma política pública?

Não se quer aqui rechaçar a importância ou necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para questões de perda de direito ou afronta às leis, mas sim demonstrar que há necessidade de haver uma maior integração do Judiciário com os órgãos que emitem regulamentos, de forma que a morosidade ou a inaptidão técnica do sistema judicial não sirvam de instrumento aos agentes regulados que não querem experimentar determinadas normas regulatórias.

É importante dizer que, no caso das agências reguladoras, o Judiciário não só intervém nas suas decisões, mas também nas contendas entre as agências e dessas com outros órgãos da administração no caso de conflito de competência¹¹⁸.

Cabe ao direito emprestar à política pública sua oficialização, chancelando a legalidade e a constitucionalidade do ato administrativo, validando a política pública e firmando o enquadramento desta aos procedimentos formais.

Já o objetivo da regulação setorial é de disciplinar algo que gerou problema para o funcionamento do mercado e, portanto, sempre vai causar mudança de atuação para determinados agentes.

Há ainda a diversidade de entendimento entre os magistrados de 1º instância entre si e destes com os órgãos de segunda instância. Existem magistrados que entendem que cabe ao Judiciário alterar ou criar uma política pública, por exemplo, garantindo vagas em creche superlotada ou ordenando o fornecimento de medicamento que não está disponível no SUS¹¹⁹. Já há outros magistrados que tomam suas decisões pautadas apenas no monitoramento formal dos atos administrativos.

¹¹⁸ ALVES, F. D.; LEAL, M. C. H. *A Judicialização da Política e do Direito: um fenômeno decorrente de múltiplas causas, sob diferentes abordagens*. XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas na Sociedade Contemporânea – VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, Santa Cruz do Sul, 2014.

¹¹⁹ COUTINHO, D. R. *O Direito nas Políticas Públicas*. In: MARQUES, E.; FARIA, C. A. P. de (Eds.). *Política Pública como Campo Disciplinar*, São Paulo, Unesp, no prelo.

Justifica-se também a revisão das políticas públicas pelo Judiciário, visando os “objetivos fundamentais do Estado”, sendo possível “corrigi-las quando equivocadas”¹²⁰. Nesse sentido, permite-se supor que há um espaço para intervenção nas políticas públicas utilizando o pensamento e a crença ideológica de cada magistrado, pois os juízes podem agir de forma estratégica, criando obstáculos que se coadunam às suas próprias preferências¹²¹.

No caso de magistrados que acreditam na incumbência de suas ações para alteração de políticas públicas, deve-se lembrar que o Judiciário opera por iniciativa da sociedade e que, na grande parte das vezes, os agentes regulados agem de forma individual ou em associações que possuem grande poder aquisitivo.

Assim, de forma perversa, ao não se ter toda análise do estudo da formulação da política pública pela administração e suas consequências, o magistrado pode influenciar na efetividade de uma política pública pensada para todos, prejudicando, inclusive, os cidadãos que são menos organizados ou que possuem um poder aquisitivo menor, pelo receito que haja lesão de direito como sugerido pelo autor da ação.

Este é o caso em que iremos discutir mais adiante neste tópico, onde a suspensão por meio de liminar de parte da CDE por alguns consumidores beneficiados por liminares fez com que o rateio de toda a conta fosse para os demais consumidores.

Passa-se a enfrentar agora a questão do poder discricionário. É importante entender que, apesar de que a administração pública esteja emoldurada por leis, há de ser reconhecer a necessidade de algum grau de discricionariedade de suas ações, sobretudo no campo das políticas públicas.

Mas quando esta faculdade de decidir sobre políticas públicas é confirmada pelo controle do Judiciário? A doutrina jurídica no Brasil tem observado mais se a questão é de ato vinculado ou discricionário, ou que critérios condiciona ou delimita o poder discricionário do administrador¹²². E quanto a se debruçar sobre a questão técnica real?

¹²⁰ GRINOVER *apud* QUINTAS, F. L. *Juízes-administradores: A Intervenção Judicial na Efetivação dos Direitos Sociais*. Coleção Acadêmica Livre, São Paulo, FGV – Direito SP, a. 53, n. 209, p. 31-51, 2016.

¹²¹ TAYLOR, M. M. *O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

¹²² COUTINHO, D. R. *O Direito nas Políticas Públicas*. In: MARQUES, E.; FARIA, C. A. P. de (Eds.). *Política Pública como Campo Disciplinar*, São Paulo, Unesp, no prelo.

Responder a esta pergunta é mais complexo que se pode imaginar, pois não é só uma questão do despreparo técnico do Judiciário nas questões de políticas públicas, como se vinha sendo discutido neste texto, mas também! Há um ponto importantíssimo a ser mencionado que é a dificuldade de tornar o direito visto pelo Judiciário mais adaptável ao conteúdo tratado na liberdade discricionária que a legislação permite ao gestor público.

Daí, volta à tela a discussão sobre a expertise do judiciário no trato com as políticas públicas. Enquanto na seara pública o juiz está mais preso a forma e a normas jurídicas distantes do conhecimento técnico utilizado na formulação e implementação das políticas públicas, na esfera privada o operador de direito tem maior resignação a aclimatação a estas questões técnicas, que são comunicadas na medida certa ao magistrado adaptando o direito requerido à discricionariedade do gestor público, de acordo com seus interesses.

Outro ponto a ser tratado nesta discussão reside no fato da confiança do Judiciário no compromisso e na qualidade técnica da gestão pública. Apesar da ampla confirmação das decisões administrativas discutidas no judiciário, como será visto a seguir.

Na dúvida, em geral, observa-se, que se a solicitação de um terceiro é legítima ou não, o magistrado acredita que “é melhor” conceder uma decisão favorável em antecipação de tutela, pois o gestor público também não costuma ter o cuidado no trato das questões amparadas pelo direito, e deixar a discussão do mérito no conhecido caminho de delonga processual.

Esta atitude permite o estabelecimento da insegurança regulatória, confrontando diretamente com o objetivo de se regular determinado mercado, que é justamente dar segurança ao cumprimento das normas para garantir o retorno ao investimento no setor e a continuidade do serviço com a qualidade desejada.

Pelo lado do Judiciário, “o estudo do CNJ”¹²³ afirma que “mais de 80% dos votos de tribunais superiores, decididos com bases substantivas, foram favoráveis às agências”.

¹²³ Refere-se à fase final da pesquisa —Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial sob a perspectiva da segurança jurídica no plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública, patrocinada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Ainda assim, esses processos já julgados tiveram um tempo médio de 36 meses e que os que ainda não possuem decisão tem uma média de 50 meses¹²⁴.

Há ainda uma questão a ser retratada, e que já foi visto anteriormente. Agentes do setor que entram com a ação, por muitas vezes não estão certos da razão quanto ao mérito no Judiciário, mas podem por sua vez se beneficiar da demora da decisão final para não cumprirem a norma administrativa que lhes é imposta pela administração pública¹²⁵.

Durante este tempo sem veredicto da ação, a decisão da administração pública padece de insegurança jurídica, pois podem ser suspensas, normalmente por liminares judiciais, e terem sua recondução durante as discussões nos órgãos recursais.

Assim, com a preocupação de se afunilar esta discussão para o problema da judicialização decorrente da Lei nº 12.783/2013, a ser tratado neste artigo, é necessário apontar a luz para o conceito de “incerteza jurídica”.

O conceito simplificado de insegurança jurídica reside como alteração das várias decisões pelo próprio Poder Judiciário durante o processo judicial, ou seja, o jurisdicionado não tem certeza do encaminhamento final da decisão, pois a cada recurso a análise é realizada por magistrados ou turmas de apelação novamente, sem o comprometimento em confirmar ou não a decisão anterior¹²⁶.

São fatores que motivam essa insegurança jurídica¹²⁷:

- i. Arcabouço do sistema de apelação de difícil compreensão e que permite a discussão sobre a mesma questão inúmeras vezes no mesmo processo.
- ii. A profusão de ações judiciais sobre o mesmo caso.
- iii. A carência de orientação para a concessão de liminares judiciais.

¹²⁴ MARANHÃO, J. S. A. *A Revisão Judicial de Decisões das Agências Regulatórias: Jurisdição Exclusiva*. Coleção Acadêmica Livre, São Paulo, FGV – Direito SP, a. 53, n. 209, p. 25-46, 2016.

¹²⁵ MARANHÃO, J. S. A. *A Revisão Judicial de Decisões das Agências Regulatórias: Jurisdição Exclusiva*. Coleção Acadêmica Livre, São Paulo, FGV – Direito SP, a. 53, n. 209, p. 25-46, 2016.

¹²⁶ MARANHÃO, J. S. A. *A Revisão Judicial de Decisões das Agências Regulatórias: Jurisdição Exclusiva*. Coleção Acadêmica Livre, São Paulo, FGV – Direito SP, a. 53, n. 209, p. 25-46, 2016.

¹²⁷ MARANHÃO, J. S. A. *A Revisão Judicial de Decisões das Agências Regulatórias: Jurisdição Exclusiva*. Coleção Acadêmica Livre, São Paulo, FGV – Direito SP, a. 53, n. 209, p. 25-46, 2016.

Em resumo, pode-se afirmar que a judicialização nas questões da administração pública, sobretudo ligado às políticas públicas, reflete a dificuldade em associar o poder discricionário à certeza jurídica¹²⁸.

Por fim, é importante deixar claro que apesar da difícil comunicação entre o poder Judiciário e a esfera administrativa, do intrincado sistema jurídico brasileiro e os prejuízos causados pela insegurança regulatória e judicial não são justificativas para a proposição de uma instância ou um tribunal especializado.

As questões regulatórias não carecem de discussão em esferas jurídicas atuantes próprias e com sua atualização técnica, mas, sim, merecem o poder da dúvida no trato processual e na conservação de direitos, não obstante o conhecimento técnico especializado do magistrado nas questões que envolvem decisões administrativas e/ou de políticas públicas.

Assim, após breve discussão sobre o papel do Judiciário na revisão de políticas públicas, é chegado o momento de analisar mais detidamente as questões que envolvem a expedição de liminares no rateio da CDE após a Lei nº 12.783/2012.

3.2. A Atuação no Judiciário no Setor Elétrico: O caso da CDE¹²⁹

Retomando a análise e o impacto direto no cálculo tarifário do custo da CDE, tendo como causa a intervenção direta da política de governo e, com conseqüente aumento das tarifas como já visto no tópico anterior, que se resume¹³⁰:

- i. O pagamento das indenizações pela antecipação da renovação das concessões.
- ii. A quitação do crédito firmado por treze bancos para socorrer as distribuidoras.
- iii. Cobertura da exposição involuntária e acionamento das usinas térmicas.

¹²⁸ FARIA *apud* COUTINHO, D. R. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, E.; FARIA, C. A. P. de (Eds.). Política Pública como Campo Disciplinar, São Paulo, Unesp, no prelo. (colocar citação).

¹²⁹ Este item está lastreado na ANEEL. Nota Técnica n. 174 de 10 de junho de 2016. Processo nº 48500.001110/2016-50. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/consulta-processual>>. Acesso em: 29/01/2019.

¹³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.565/2014. Plenário. Relator: Ministro Jose Jorge. Sessão de 01/10/2014 – Ordinária. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1122320146.PROC/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/1/%20?uuid=23a308b0-4f3c-11e9-b711-054ef7d752baxxx>>. Acessado em: 11. Mar. 2019.

Assim, como consequência, foram ajuizadas Ações Ordinárias por consumidores que contestavam o orçamento da CDE a partir de 2015 e visavam mudar a forma de rateio desta conta, solicitando a dispensa para o pagamento das parcelas questionáveis.

Conforme listado na Nota Técnica nº 174/2016-SGT/ANEEL¹³¹, são os principais itens discutidos nas referidas ações para o orçamento da CDE:

- i. Ausência do aporte do Tesouro Nacional, como previsto na MP nº 579/2012.
- ii. Indenizações das concessões.
- iii. Repasses às distribuidoras para a cobertura das despesas extraordinárias com compra de energia em 2013 e 2014, da renovação parcial das concessões da geração e do acionamento das usinas térmicas por causa da escassez hídrica.

Essas ações defendiam a inconstitucionalidade das medidas que alcançaram o fundo da CDE pela Lei nº 12.783/2012 e a consequente ilegalidade da edição dos decretos¹³² que regulamentam este encargo setorial. Também foi questionada a atuação da ANEEL ao calcular as cotas anuais da CDE e as tarifas do uso do sistema de distribuição, conforme disciplinado na nova lei.

Ainda segundo a Nota Técnica nº 174/2016-SGT/ANEEL, foram justificados os seguintes motivos na causa de pedir das ações judiciais:

- i. Falta de correspondência entre CDE e a contraprestação do serviço.
- ii. Política tarifária praticada.
- iii. Subsídios cruzados entre os consumidores cativo/livre e alta/baixa tensão.
- iv. Cobrança da CDE sobre o consumo de energia elétrica, desconsiderando a proporção do uso dos sistemas de distribuição e transmissão.

¹³¹ ANEEL. Nota Técnica n. 174 de 10 de junho de 2016. Processo nº 48500.001110/2016-50. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/consulta-processual>>. Acesso em: 29/01/2019.

¹³² Decretos nº: 7.891/2013, 7.945/2013, 8.203/2014, 8.221/2014 e 8.272/2014.

A primeira ação judicial foi proposta pela Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia Elétrica e de Consumidores Livres – Abrace, que foi contemplada em julho de 2015 pelo deferimento de pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela, pelo Juiz da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que julgou procedente o perigo de dano de difícil reparação na demora natural do processo¹³³.

Dessa forma, deferiu pela exclusão do cálculo das cotas da CDE dos valores relativos aos itens controversos do orçamento anual da CDE pago pelos associados impetrantes da ação, percebendo as particularidades dos consumidores cativos e livres, e, que o montante restante deveria sofrer novo rateio considerando a proporcionalidade entre o uso de sistemas de distribuição e transmissão.

Com esta primeira decisão em caráter liminar, pode-se abrir dois flancos de análise: o primeiro no Judiciário, com encaminhamento para manutenção da liminar judicial e decisão de mérito. O segundo no órgão regulador, com o desenvolvimento de metodologia própria para o cálculo das cotas anuais da CDE, independentemente de previsão legal vigente que disciplinava o cálculo deste encargo setorial e que acabaria por afetar terceiros, ou seja, demais consumidores de energia elétrica que não estavam salvaguardados pela liminar imposta.

Nesse sentido passamos analisar mais cuidadosamente o caminho no Judiciário que este tema tem percorrido e adiante o impacto na atuação da ANEEL para o cumprimento desta medida judicial e seus desdobramentos e no cálculo tarifário.

3.2.1. Os Desdobramentos da Liminar da Abrace no Judiciário

De acordo com o exposto no Voto do Diretor-Relator da ANEEL André Pepitone da Nóbrega, no processo que trata do cumprimento da decisão liminar no processo Judicial proposto pela Abrace¹³⁴, a Procuradoria Federal presente na ANEEL se manifestou quanto à atuação do órgão regulador para o cumprimento da liminar, por meio do Parecer de Força Executória nº 468/2015/PFANEEL/PGF/AGU. Segundo esta Procuradoria, a ANEEL deveria recalculer os valores das cotas da CDE, considerando a

¹³³ Processo nº 24648-39.2015.4.01.3400

¹³⁴ Nº do processo judicial 24648-39.2015.4.01.3400.

decisão judicial, que não autorizava a simples exclusão unilateral dos associados da Abrace do pagamento deste encargo setorial.

Apesar da argumentação da Procuradoria Federal, em agosto de 2015, o Desembargador Federal Cândido Ribeiro, do Tribunal Regional Federal da 1º Região, indeferiu pedido de suspensão de liminar interposto pela ANEEL.

Ato contínuo, a Procuradoria Federal na ANEEL, emitiu Parecer 33/2015/PFANEEL/PGF/AGU, onde opinou pela abertura de Audiência Pública na ANEEL com intuito de analisar e dar transparência ao administrados públicos de suas decisões para o cumprimento da decisão judicial que tem o condão de afetar “milhões de consumidores no país, em patamares bilhonários”¹³⁵.

Neste momento é importante fazer uma pausa para reflexão.

A decisão do Poder Executivo em editar a MP nº 579/2012, sem o debate público e a contribuição dos agentes e consumidores envolvidos por esta intervenção estatal nas normas do setor elétrico, evoluiu para um desequilíbrio na composição dos custos que compõe a tarifa e que foi motivo de contestação no Judiciário.

Como acolhido neste texto, o Poder Judiciário, na dúvida sobre se há ou não a supressão de direitos, pois não está tecnicamente preparado para fazer análise técnica da matéria e não tem ciência das possíveis consequências no setor regulado, se foca na sua competência de proteger o cidadão e decide pela tutela antecipada da ação.

Com efeito, para o cumprimento da decisão judicial, o órgão regulador vislumbra a necessidade de alterar a metodologia de cálculo vigente e solicita a contribuição da sociedade, pois esta será a grande afetada negativamente e, como dito no parecer da procuradoria federal, “em patamares bilhonários”¹³⁶.

É importante esta pausa para atentar ao nível de dano que pode ser acometido por uma decisão intempestiva, sem análise criteriosa e técnica para intervir nas regras estáveis vigentes do funcionamento deste setor da economia.

¹³⁵ ANEEL. Voto Diretor-Relator. Processo nº 48500.003655/2015-10. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/consulta-processual>>. Acesso em: 14/03/2019.

¹³⁶ ANEEL. Voto Diretor-Relator. Processo nº 48500.003655/2015-10. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/consulta-processual>>. Acesso em: 14/03/2019.

Se o objetivo inicial da intervenção estatal era reduzir as tarifas de energia elétrica, os resultados se mostraram favoráveis apenas no momento da ação, de forma abafada, pois a realidade do mercado foi se impondo e culminando neste embate jurídico¹³⁷, com desdobramentos nocivos a todos os consumidores.

É importante perceber que neste longo caminho trilhado no Poder Judiciário desde a proposição da ação em 2015, tratou-se apenas da questão sobre o deferimento da liminar! Em hora nenhuma a discussão teve como objetivo a análise de mérito. Em 2019, se farão 4 anos de debate acerca do tema¹³⁸.

Quanto tempo mais para a decisão final do mérito? Qual impacto tem sofrido todo setor de energia elétrica desde o arranjo das normas setoriais até magnitude das tarifas para os consumidores que não se beneficiaram desta tutela antecipada? Estas são as questões que passarão a ser tratadas no próximo item.

3.2.2. Impacto das Liminares no Cálculo Tarifário

O efeito da liminar judicial sobre a atuação da ANEEL, enquanto órgão regulador e responsável pelo cumprimento da decisão judicial, e os impactos no cálculo tarifário é o segundo caminho que se precisa percorrer.

Desde a criação da CDE pela Lei nº 10.438/2002, as cotas anuais foram definidas como equivalentes às cotas estabelecidas para o rateio da CCC em 2001, cuja atualização dos valores era anual, considerando o crescimento do mercado e o IPCA. Não há diferença nas tarifas para os consumidores servidos pela mesma distribuidora ou pelo mesmo sistema de transmissão no recolhimento das cotas de CDE.

¹³⁷ Resumo das decisões judiciais até o presente momento: Aneel recorreu da decisão do TRF 1 ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, onde houve manifestação do Ministério Público Federal – MPF. O voto da Ministra-Relatora e Presidente do STJ Laurita Vaz, foi pelo o não conhecimento do pedido suspensivo e encaminhamento para o Supremo Tribunal Federal - STF, que tem a competência decidir sobre as arguições de inconstitucionalidade, por meio de Recurso Extraordinário.

¹³⁸ Assim, a Ministra-Presidente do STF, à época, Cármen Lúcia emitiu despacho solicitando manifestação da Procuradoria-Geral da República, que expediu parecer em 27 de abril de 2017, excluindo a matéria constitucional da questão tratada pela ação impetrada pela Abrace e, solicitando que os autos retornassem ao STJ. Desde então, se observa a inércia do Poder Judiciário em tratar esta questão, que não decidiu qual encaminhamento será dada a ação.

Contudo, para a implementação da decisão judicial que ampara os associados da Abrace, houve necessidade de elaboração de uma nova metodologia própria para o cálculo destas cotas anuais da CDE, a despeito da legislação vigente.

Assim, a Nota Técnica nº 174/2016-SGT/ANEEL¹³⁹ descreve o impacto direto na forma de atuação da agência reguladora, nos seguintes moldes:

Para o cumprimento das liminares é necessário interpretar os pedidos dos autores e o teor das decisões, desenvolver metodologia de cálculo de cotas da CDE e de tarifas nos termos das ações, além de adequar os procedimentos administrativos desta Agência, o faturamento das concessionárias e a gestão da Conta pela Eletrobrás, de forma a fazer o controle e o monitoramento dos efeitos das liminares, dentre outros aspectos.

Como visto no item anterior, a Diretoria Colegiada da ANEEL submeteu este processo a Audiência Pública¹⁴⁰ e deliberou sobre seu resultado em setembro de 2015, com posterior publicação da Resolução Homologatória nº 1.967/2015¹⁴¹, de acordo com a metodologia definida na Notas Técnicas SGT/ANEEL nº 220/2015 e 255/2015.

Após a interpretação do teor da ação judicial da Abrace, os seguintes procedimentos foram adotados¹⁴²,

- i. Desmembrar a componente tarifária TUSD-CDE¹⁴³ e TUST-CDE¹⁴⁴ em três subcomponentes:
 - CDE todos, parcela dos custos das CDE e que não é objeto da contestação judicial, sendo comum a todos os consumidores.
 - CDE – sem Abrace livre, parcela que compõe as cotas a serem pagas por todos os consumidores, excetos os consumidores livres, associados da Abrace.
 - CDE – sem Abrace, parcela que compõe as cotas a serem pagas por todos os consumidores, excetos aos associados da Abrace, independentemente se livres ou cativos.

¹³⁹ Este texto se refere ao cumprimento não só da liminar da Abrace, que tem sido analisada neste artigo, mas inclui outras liminares, que serão melhor apresentadas adiante.

¹⁴⁰ Audiência Pública nº 057/2015.

¹⁴¹ Fixou as tarifas dos associados da Abrace, conforme decisão judicial.

¹⁴² ANEEL. Nota Técnica n. 174 de 10 de junho de 2016. Processo nº 48500.001110/2016-50. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/consulta-processual>>. Acesso em: 29/01/2019.

¹⁴³ Tarifa do Uso de Sistema da Distribuição, que compõe a CDE.

¹⁴⁴ Tarifa do Uso de Sistema da Transmissão, que compõe a CDE.

- ii. Rearranjar as cotas considerando a aplicação dos custos conforme critério definido na liminar para o cálculo da TUSD¹⁴⁵ e TUST¹⁴⁶.
- iii. Calcular a componente tarifária da CDE para cada distribuidora, nos processos tarifários vigentes.

Não se pretende neste artigo explicar ou discutir a metodologia, apenas mostrar o quanto pode ser complexo e o quanto demanda empenho do órgão regulador o cumprimento da liminar judicial. Mas pode-se afirmar, ainda, que o arranjo metodológico é mais intrincado que visto aqui, pois foram deixadas de lado as equações matemáticas.

Inclui-se também no esforço empregado pela agência reguladora, que ao publicar as novas tarifas para os associados da Abrace, conforme resolução citada, as distribuidoras e transmissoras passaram a recalculas as faturas cobradas destes associados no período abrangido pela ação judicial¹⁴⁷. Foram também desenvolvidos mecanismos de fiscalização e acompanhamento da receita das concessionárias, considerando-se a possibilidade da reversão destes atos administrativos.

Não é demais lembrar que estes cálculos foram feitos de empresa a empresa associada pela Abrace, portanto, havia necessidade da identificação de cada uma com base no nome e CNPJ, além da comprovação da sua associação a Abrace. Assim, à medida que as empresas fossem corretamente identificadas, suas tarifas seriam publicadas e suas faturas recalculadas.

Após passados mais de 10 meses da primeira publicação de atos da ANEEL para o cumprimento desta liminar, ainda havia erros cadastrais e a identificação de novos associados, o que levou a retificações e a republicações dos atos já exarados pela administração pública¹⁴⁸, o que confirma a dificuldade de pôr em prática a decisão judicial,

¹⁴⁵ Tarifa do Uso de Sistema da Distribuição.

¹⁴⁶ Tarifa do Uso de Sistema da Transmissão.

¹⁴⁷ Despacho nº 3.312/2015, de 24/09/2015.

¹⁴⁸ ANEEL. Nota Técnica n. 174 de 10 de junho de 2016. Processo nº 48500.001110/2016-50. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/consulta-processual>>. Acesso em: 29/01/2019.

Cabe ressaltar que até o momento neste texto, apenas tem sido explorada a liminar judicial decorrente a ação ordinária proposta pela Abrace. Contudo, esta não é a realidade dos fatos.

Usando a Abrace como modelo, vários consumidores, individuais ou por meio de associações procuraram o Judiciário para trilhar o mesmo caminho e gozar dos mesmos benefícios, ora divergindo quanto a abrangência temporal, ora incluindo ou excluindo algum item na causa de pedir, mas todos utilizando-se da demora do desfecho do processo na esfera judicial para abordar as questões contestadas sobre a CDE no processo judicial da Abrace.

No Manual de Instrução para Envio de Informações para Fiscalização das Liminares da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, produzido pela ANEEL, constava no rol 19 liminares, para o segmento da distribuição, quando foi aprovada a 4º e última versão deste manual em 2017.

Tabela 6: Liminares Judiciais

Liminar	Processo Judicial
ABRACE 2015	24648-39.2015.4.01.3400
INPA	26648-39.2015.4.01.3400
ANACE e outros	0069262-32.2015.4.01.3400
BOZEL e outros	0001955-27.2016.4.01.3400
PISA	000825095.2016.4.01.0000
CIMENTO LIZ e outros	0005480-17.2016.4.01.3400
LIBRA LIGAS	0006370-53.2016.4.01.3400
ABRACE 2016	002888230.2016.4.01.3400
CEDRO	0006371-38.2016.4.01.3400
ARAUTO	0039909-10.2016.4.01.3400
TUPI	0028995-81.2016.4.01.3400
SPUMAPAC	0034.92228.2016.4.01.3400
LIASA	0050086-33.2016.4.01.3400
FIESP	0039957-66.2016.4.01.3400
VILLARES	0052689-79.2016.4.01.3400
SANTA CONSTÂNCIA	0051488-52.2016.4.01.3400
ELETROS	0053481-33.2016.4.01.3400
SNIC	0028996-66.2016.4.01.3400
DMA	0007072-96.2016.4.01.3400

Fonte: Manual de Instrução para Envio de Informações para Fiscalização das Liminares da Conta de Desenvolvimento Energético - CDE

Como resultado desta propalação de medidas judiciais que colocam em dúvida a CDE, está gerando um colapso na operacionalidade destes cumprimentos judiciais pelo órgão regulador, uma vez que há liminares que protegem seus autores de outras liminares. Isso tudo porque o saldo remanescente dos custos que compõem o fundo da CDE é repartido por aqueles que não gozam do benefício da antecipação de tutela de suas ações judiciais.

Deve-se lembrar, também, que tudo isto pode ser revertido, visto que o mérito ainda não foi analisado, ou até mesmo pode-se haver a suspensão destas liminares. Assim, a mudança no entendimento pelo Judiciário a qualquer tempo e a alteração da metodologia de cálculo das cotas da CDE, a cada liminar expedida, influenciam diretamente o cálculo tarifário e formam um conjunto de questões que percorrem o caminho das inseguranças jurídica e regulatória.

Esta situação transmite tanta insegurança, que há casos de empresas que mesmo podendo usufruir desta proteção judicial, solicitaram à ANEEL a sua exclusão do rol dos beneficiados, pois teme que caso o haja a suspensão da liminar que a favorece ou a decisão de mérito distinta, a reversão pode ser prejudicial à saúde financeira da empresa, pois hoje arca com pagamentos muito inferiores relativo a CDE, ao que deveria na ausência da judicialização.

Agora se faz necessário acompanhar o impacto monetário nos custos da CDE que são repassados a tarifa de energia elétrica e a dificuldade do acompanhamento e fiscalização destas medidas judiciais para uma possível reversão no entendimento do Judiciário, onde serão apresentados 2 exemplos.

O primeiro é em relação aos efeitos da liminar da Abrace, foi estimada uma perda na arrecadação da CDE da ordem de R\$ 1,8 bilhões ao ano¹⁴⁹, considerando as cotas de 2015. Esta perda de arrecadação ficou dividida em 2 partes:

- i. Na transmissão, é transmitida diretamente ao fundo administrado pela Eletrobrás à época¹⁵⁰.
- ii. Na distribuição, é repassada aos demais consumidores não beneficiários da ação judicial nos processos tarifários em processamento.

O segundo, apresenta o caso da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – Abradee, que foi beneficiada por liminar que a protege das perdas da arrecadação da CDE, permitindo que as distribuidoras associadas descontem das cotas pagas à Eletrobrás os encargos não recolhidos de seus consumidores, provocando a glosa

¹⁴⁹ ANEEL. Nota Técnica n. 174 de 10 de junho de 2016. Processo nº 48500.001110/2016-50. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/consulta-processual>>. Acesso em: 29/01/2019.

¹⁵⁰ Cabe lembrar, que atualmente o fundo é administrado pela CCEE.

dos repasses das transmissoras no valor de R\$ 637.897 milhões, até junho de 2016 quando da emissão da Nota Técnica que traz estas informações¹⁵¹.

Em relação à gestão das liminares da CDE, atualmente, a ANEEL é responsável também pelo acompanhamento e fiscalização destas medidas judiciais e passou a solicitar a declaração das distribuidoras sobre os valores da CDE que foram faturados e refaturados, sendo pautada pelo “Manual de Instrução para Envio de Informações para Fiscalização das Liminares da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE”, versão 4, 03/08/2017¹⁵² editada pela ANEEL¹⁵³, já anteriormente citado.

Este manual disciplina a elaboração e o envio dos arquivos mensalmente¹⁵⁴, com as informações no tocante às liminares que incidem sobre a CDE, resumidamente nos seguintes termos¹⁵⁵:

- i. Razão social, CNPJ da unidade consumidora.
- ii. Número da nota fiscal.
- iii. Liminar que está sendo atendida.
- iv. Todas as informações declaradas no SAMP para compor o mercado da distribuidora que faz parte do cálculo tarifário, com e sem a liminar.
- v. Modulação da Cota CDE¹⁵⁶ e suas variáveis¹⁵⁷.

É importante esclarecer que esta metodologia acompanha a decisão judicial de uma liminar que contempla apenas seus partícipes, ou seja, obriga que estes consumidores beneficiados sejam identificados.

¹⁵¹ ANEEL. Nota Técnica n. 174 de 10 de junho de 2016. Processo nº 48500.001110/2016-50. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/consulta-processual>>. Acesso em: 29/01/2019.

¹⁵² A primeira versão foi editada em 20/09/2016.

¹⁵³ A recepção dos dados e monitoramento é competência da Superintendência de Gestão Tarifária – SGT.

¹⁵⁴ O envio dos arquivos pelas distribuidoras é feito por meio do sistema DUTONET (<http://duto.aneel.gov.br/dutonet>), Até o último dia do mês subsequente ao dos dados de referência do arquivo.

¹⁵⁵ Este procedimento é o mesmo realizado no caso de faturamento ou refaturamento.

¹⁵⁶ São os valores que foram considerados na glosa das cotas recolhidas ao Fundo Setorial da CDE, conforme conceituado no referido Manual.

¹⁵⁷ Liminar, Competência do Faturamento, Remuneração Selic CDE – Uso e CDE – energia, dentre outras.

Para melhor análise do impacto destas liminares na composição do fundo da CDE, serão considerados os valores de mercado regular¹⁵⁸ faturados no período, e declarados de julho de 2015 a agosto de 2018¹⁵⁹, totalizando 38 meses (Tabela 7).

Tabela7: Diferença (Δ) do faturamento da TUSD-CDE com e sem liminar (R\$)

Ano	Unidades Consumidoras ⁽³⁾	Δ Faturamento
2015 ⁽¹⁾	294	116.003.344,64
2016	766	424.582.742,49
2017	671	189.317.681,24
2018 ⁽²⁾	90	4.214.745,79
TOTAL	455	734.118.514,16

Fonte: DUTONET – SGT/ANEEL

(1) A declaração dos dados começou apenas no mês de julho.

(2) Os dados estão disponíveis até o mês de agosto.

(3) Os valores apresentados correspondem a média mensal de unidades consumidoras beneficiadas, incluindo no total que é a média dos quatro anos.

Cabe esclarecer que é declarado o faturamento da TUSD-CDE com a tarifa própria em cumprimento da liminar e o sem a incidência da liminar, a diferença entre estes valores, para cada consumidor. Para a construção da Tabela 7, foram somados todos faturamentos mensais declarados e depois somados todos os resultados dos meses, a cada ano.

Observa-se que o resultado é muito abaixo do previsto, o que representa a dificuldade do monitoramento e fiscalização da declaração dos dados pelo órgão regulador. Inclusive, não se tem o cadastro de todas as liminares e seus efeitos.

Este procedimento tem o objetivo de identificar mensalmente, por distribuidora e por consumidor quanto que está se deixando de arrecadar, de forma a permitir o adequado recálculo das tarifas, em caso de reversão das decisões judiciais.

Nesse sentido, acredita-se cada vez mais a impossibilidade de reversão, pois não há uma confiança dos dados informados, os efeitos sobre todas as tarifas dos mercados de distribuição e transmissão seriam afetadas e, teriam que ser recalculadas por todo estes anos em que o Poder Judiciário atuou sobre decisão regulatória da agência, a partir da intervenção do governo federal.

¹⁵⁸ Não inclui os valores declarados de refaturamento de mercado.

¹⁵⁹ Dado mais recente disponível.

CONCLUSÃO

Qual impacto nas tarifas de energia elétrica considerando a judicialização na metodologia de cálculo das cotas para o fundo setorial da CDE? Como o Poder Judiciário analisa as decisões da administração pública como resultado da intervenção estatal nas escolhas técnicas para o setor regulado? Quais consequências a curto e a longo prazos podem haver a partir da atuação do governo, do órgão regulador e do Judiciário na decisão sobre política pública?

Estas inquietações serviram de incentivo para uma análise mais detida sobre as consequências ao setor elétrico após a edição da Medida Provisória nº 579/2012, pois é sabido que este setor é regido por normas técnicas com alta complexidade, com resultados que repercutem ao longo do tempo e, que é de suma importância a estabilidade regulatória para dar confiança a todos os agentes atuantes no setor, pois tanto produtores, consumidores e investidores precisam ter a certeza que estão conhecendo “as regras do jogo”.

Nesse sentido, este artigo procurou entender a trajetória da construção do arcabouço regulatório do setor elétrico, começando com a chegada da energia elétrica, ainda no Império, até a decisão do governo central em intervir nas regras setoriais no ano de 2012.

Durante este processo se verificou que a atuação do governo tanto beneficiou quanto prejudicou o desempenho do setor. Os estudos setoriais realizados ao longo do tempo e solicitados por vários governantes, apesar de indicarem os gargalos ao desenvolvimento esperado, não só do setor, mas da economia como um todo, apontavam para a necessidade de investimento maciço na expansão da capacidade instalada, com aumento da oferta de energia e melhoria na qualidade do serviço ofertado.

É importante também lembrar, que durante décadas e décadas, até os dias atuais, o investimento para expansão e manutenção da capacidade instalada tem sido um problema recorrente, e que governo após governo não foi capaz de solucionar ou manter as premissas regulatórias estáveis e atrativas para estimular o crédito.

Contudo, estes mesmos governantes foram responsáveis por tornar a tarifa de energia elétrica instrumento de controle inflacionário e fomento de políticas públicas, afastando o objetivo tarifário primordial, com modicidade tarifária e qualidade esperada, que é remunerar a geração, a transmissão e a distribuição de energia elétrica a todos seus consumidores, além dos investimentos para expansão e manutenção do setor.

A partir deste entendimento, o que o governo brasileiro pretendia com a Medida Provisória nº 579/2012? Com o fim próximo das concessões nos segmentos da geração, da transmissão e da distribuição, o caminho natural era de realização de licitações para contratar novos concessionários, assegurando por base regras setoriais por meio do contrato de concessão.

Contudo, o ano de 2012 foi marcado por uma forte escassez hídrica que refletiu no preço da energia vendida no mercado de curto-prazo, conforme visto na Tabela 1, onde foi apresentada uma variação superior a 480% entre os anos 2011 e 2012, pressionando o custo da tarifa da energia elétrica para os consumidores.

Assim, como estava no fim do período da concessão, o MME viu a oportunidade de excluir a remuneração dos investimentos de ativos que já tinha sido totalmente depreciados, oferecendo aos concessionários a conveniência de renovar antecipadamente seus contratos de concessão, aceitando a indenização pelos ativos ainda não depreciados e a remuneração dos demais ativos pelo custo de operacionalização e manutenção da concessão.

Dentre várias providências que alteravam as normas regulatórias vigentes, a MP reduziu em 75% o valor das cotas da CDE e extinguiu parte da RGR¹⁶⁰ e a CCC, colocando a CDE responsável pelos seus objetivos. Além disso, permitiu o aporte do Tesouro Nacional no fundo da CDE, de acordo com o crédito gerado pelos recebíveis da dívida de Itaipu, que eram de propriedade da Eletrobrás.

Aa escassez de chuvas acabou por agravar o valor no MWh comprado pelas concessionárias, pois não conseguiram assinar contratos de longo prazo com as geradoras, que tiveram adesão parcial a intervenção do governo por meio da referida MP.

¹⁶⁰ As concessionárias que optaram por não renovar a concessão antecipadamente permaneceram recolhendo a RGR.

Assim, para manter a redução na tarifa de 20% como anunciado pelo governo federal, não só o Tesouro Nacional foi acionado, mas os reajustes tarifários previstos para 2013 foram adiados para 2015, além de transferir os custos advindos com a cobertura da exposição voluntária e o acionamento das usinas térmicas que tinham um custo de operação bem superior às usinas hidrelétricas por até cinco anos.

Como resultado, em 2015 as tarifas sofreram reajustes tão intensos que chegaram a superar os patamares de 2012, antes da MP. O que acabou por evidenciar o papel da CDE nestes aumentos de custos da tarifa, pois compõe o cálculo tarifário.

Este encargo setorial, ficou responsável pelo pagamento das indenizações da antecipação da renovação das concessões, pelo pagamento dos 2 empréstimos realizados junto aos bancos para cobrir o custo extraordinário causado pela a exposição involuntária das distribuidoras, dentre outras incumbências.

A partir deste panorama, o Poder Judiciário foi procurado para se posicionar perante a mudança dos objetivos, cálculo e rateio da CDE, alegando inconstitucionalidade e ilegalidade.

E após este breve relato, que foi discutido ao longo deste artigo, fica evidenciado a importância e a seriedade que se deve ter para intervir nas normas regulatórias, não podendo ser por uma vontade política ou momentânea e sim fruto de estudo e análise preventiva das suas consequências ao longo do tempo, como se pede a uma regulação setorial robusta, eficiente e estável.

Vindo para o lado do Judiciário, é de se pensar qual a qualificação técnica regulatória do setor elétrico do magistrado para que este possa decidir que caminho a decisão do órgão regulador deve seguir.

O Judiciário tem por competência analisar afronta a direitos do cidadão, tal como a Constituição Federal de 1988 alveja. Mas este, também não pode se furtar de analisar o pedido da ação judicial proposta, o que leva, na maioria das vezes a concordar com a proposta do requerente da ação em suspender a norma regulatória momentaneamente, por meio de ações cautelares, antecipação de tutela, como a liminar judicial.

No caso da CDE, analisado no decorrer destes artigos, o beneficiário da liminar que suspendeu o pagamento dos itens controversos que integra o cálculo para as cotas da CDE, tem se favorecido da morosidade e do intrincado sistema judicial brasileiro e suas várias instâncias de decisão, para permanecer desobrigado de cumprir a norma regulatória.

Este movimento, inspirou a outros consumidores a fazerem o mesmo, ou seja, procurar o Judiciário para se eximirem do pagamento de parcelas da CDE que são questionadas nas ações judiciais. Ainda houve, um passo, liminares passaram a determinar proteção a decisão de outras liminares alcançadas por outros consumidores. Pois, o montante do custo da CDE é dividido entre todos os consumidores não beneficiados por liminares.

Toda esta trama jurídica, tem agido na reformulação da metodologia do cálculo de do rateio da CDE a cada liminar expedida, o que vem se mostrando cada vez mais de difícil operacionalidade. Ainda, no texto, foi visto que a própria agência reguladora não tem sido capaz de fiscalizar e monitorar o cumprimento destas liminares, o que preocupa em caso de suspensão da tutela antecipada ou alteração do entendimento do Judiciário quanto ao mérito.

Por fim, após 4 anos da judicialização do cálculo das cotas do fundo setorial da CDE, que por sua vez, foi alterada por intervenção do governo federal, enquanto poder concedente das concessões, ainda não se há num horizonte razoável uma conclusão para este problema.

Mas sim, um estímulo a proposta de novas ações judiciais, a expedição de novas liminares, gerando mudanças extemporâneas à metodologia do cálculo tarifário, transferindo os custos remanescentes para os consumidores que não estão amparados por liminares judiciais, e afastando cada vez mais a operacionalidade da reversão da decisão, mesmo não havendo até o presente momento a discussão do mérito, causando inseguranças na esfera judicial e regulatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBARCA, C. D; et. al. *BNDES 50 Anos – Histórias Setoriais: O Setor Elétrico*. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro_setorial/setorial14.pdf>. Acesso em: 31/01/2019.

ALVES, F. D; LEAL, M. C. H. *A Judicialização da Política e do Direito: um fenômeno decorrente de múltiplas causas, sob diferentes abordagens*. XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas na Sociedade Contemporânea – VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, Santa Cruz do Sul, 2014.

ANEEL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Disponível em: <<http://www.ANEEL.gov.br/tarifas>>. Acesso em: 30/10/2018.

_____. Manual de Instruções para Envio de Informações para Fiscalização das Liminares da Conta de Desenvolvimento Energético - CDE. Brasília, v.4, 2017

_____. Nota Técnica n. 16 de 24 de janeiro de 2013. Processo nº 48500.005665/2012-47. Disponível em: <<http://www.ANEEL.gov.br/consulta-processual>>. Acesso em: 21/03/2019.

_____. Nota Técnica n. 174 de 10 de junho de 2016. Processo nº 48500.001110/2016-50. Disponível em: <<http://www.ANEEL.gov.br/consulta-processual>>. Acesso em: 29/01/2019.

_____. Voto Diretor-Relator. Processo nº 48500.003655/2015-10. Disponível em: <<http://www.ANEEL.gov.br/consulta-processual>>. Acesso em: 14/03/2019.

BRASIL. Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012. Esta medida provisória dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais, sobre a modicidade tarifária, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/579.htm>. Acesso em 10/12/2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.565/2014. Plenário. Relator: Ministro Jose Jorge. Sessão de 01/10/2014 – Ordinária. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1122320146.PROC/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/1/%20?uuid=23a308b0-4f3c-11e9-b711-054ef7d752baxxx>>. Acessado em: 11. Mar. 2019.

CASTRO, N. J. de; et al. *O Processo de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro e os Impactos da MP 579*. Rio de Janeiro. Gesel/Instituto de Economia – UFRJ, jan.2013 (Texto de Discussão do Setor Elétrico, nº 51).

CORREA, M. L. *O Setor de Energia Elétrica e a Constituição do Estado no Brasil. O Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (1939-1954)*. Niterói, 2003. Tese do Curso de Pós-Graduação em História, Doutorado, Universidade Federal Fluminense – UFF.

COSENZA, T.L. O Risco da regulação do Setor elétrico pelo Judiciário. *Revista Consultor Jurídico – Conjur*, jun. 2017. Disponível em: www.conjur.com.br/2017-jun-23/tiago-cosenza-risco-regulacao-setor-eletrico-judiciario. Acesso em: 27/07/2017.

COSTA, L. R. *Atuação e Intervenção estatal: Instabilidade Regulatória no Setor Elétrico Brasileiro sob a perspectiva da MP 579/2012*. Brasília, 2013. Monografia da Graduação no Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília – Uniceub.

COUTINHO, D. R. *O Direito nas Políticas Públicas*. In: MARQUES, E.; FARIA, C. A. P. de (Eds.). *Política Pública como Campo Disciplinar*, São Paulo, Unesp, no prelo.

DAVID, Pedro Américo M-S. *Aspectos Gerais da Regulação no Setor Elétrico*. São Paulo: fundação Getúlio Vargas, 2010. Mimeografado.

FRANCO, C. B. *Os Problemas Concorrenciais no Setor de Energia Elétrica*. Brasília, 2010. Monografia do Curso Gestão da Administração Pública, Pós-Graduação lato sensu, Nível de Especialização, Fundação Getúlio Vargas – FGV.

GONÇALVES, E. D. L.; WALVIS, A. *Avaliação das Reformas Recentes no Setor Elétrico Brasileiro e sua Relação com o Desenvolvimento no Mercado de Energia*. Rio de Janeiro. Centro de Estudos em Relação e Infraestrutura – FGV CERI – Artigos Acadêmicos, 2014.

MANKIW, N. G. *Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

MARANHÃO, J. S. A. *A Revisão Judicial de Decisões das Agências Regulatórias: Jurisdição Exclusiva*. Coleção Acadêmica Livre, São Paulo, FGV – Direito SP, a. 53, n. 209, p. 25-46, 2016.

MERCEDES, S. S. P; RICO, J. A. P.; POZZO, L. Y. Uma Revisão Histórica do Planejamento do Setor Elétrico Brasileiro. *Revista USP*, São Paulo, n. 104, p.13-36, 2015.

QUINTAS, F. L. *Juízes-administradores: A Intervenção Judicial na Efetivação dos Direitos Sociais*. Coleção Acadêmica Livre, São Paulo, FGV – Direito SP, a. 53, n. 209, p. 31-51, 2016.

SILVA, R. S. e; COSTA, A. P. S. *Como medir o impacto das decisões do Judiciário sobre a implementação da política regulatória?* Cadernos de Finanças Públicas, Brasília, n.9, p. 103-135, dez.2009.

SPILLER, P. T. Politicians, interest groups, and regulators: a multiple-principals agency theory of regulation, or, let them be bribed. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 33, nº. 1, p. 65-101, Abr. 1990.

TAYLOR, M. M. *O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.