



**Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito**

NÁDIA MAKI

**Controle judicial de atos regulatórios no setor elétrico: casos
de deferimentos de antecipação de tutela para desobrigar
consumidores a pagarem itens da Conta de Desenvolvimento
Energético – CDE**

**Brasília
2017**

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Controle judicial de atos regulatórios no setor elétrico: casos de deferimentos de antecipação de tutela para desobrigar consumidores a pagarem itens da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE

Autor: Nádia Maki

Orientador: Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel.

Brasília, 27 de novembro de 2017.

FOLHA DE APROVAÇÃO

NÁDIA MAKI

Título do Trabalho

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel.

Aprovada em: 27 de novembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Nunes Iório Aranha Oliveira
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Guilherme Pereira Pinheiro
(Membro)

Prof. Dr. Henrique Araujo Costa
(Membro)

Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira
(Suplente)

Agradecimentos

Ninguém caminha sozinho. O trabalho de conclusão de curso é um marco na vida estudantil que nos remete ao fim e ao começo de etapas distintas. Reconheço e agradeço a contribuição de muitos.

A Deus, pelo dom da vida. Aos meus pais, Sueli e Sadao pelo apoio sempre terno, constante e certo. Ao meu irmão Mauricinho, pela companhia e por trazer alegria a meus dias. Aos professores da Universidade de Brasília, pelo aprendizado em várias áreas do conhecimento. Ao meu orientador, professor Márcio Iorio, pelo exemplo de comprometimento e conhecimento na área regulatória. Ao professor Vallisney, por ser uma pessoa inspiradora. Aos professores Guilherme Pinheiro e Henrique Araújo, pela disponibilidade e contribuição ao trabalho. Aos colegas da Superintendência de Gestão Tarifária da ANEEL, por compartilharem os desafios da regulação do setor elétrico.

A todos vocês, meu muito obrigada.

Resumo

A monografia pesquisa o controle judicial de atos regulatórios por meio de análise de casos de deferimentos de antecipação de tutela para desobrigar consumidores a pagarem itens da Conta de Desenvolvimento Energético - CDE. A hipótese de pesquisa é de que há um controle excessivo por parte do Poder Judiciário sobre as decisões da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL que vai de encontro à consecução de objetivos buscados pelo Estado Regulador, minando o objetivo de preeminência da administração das leis do Estado Regulador, e também dificultando a missão institucional da ANEEL de “proporcionar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade”, mas que pode significar a atuação de outra instituição que busca reforçar a proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, também própria ao Estado Regulador.

Palavras-chaves: Poder Judiciário; agências reguladoras; controle judicial de atos regulatórios; setor elétrico; Conta de Desenvolvimento Energético – CDE.

Abstract

This article investigates the judiciary control over regulatory acts through case analysis of preliminar injunctions that lifted consumers from paying some components of the Energy Development Account - CDE. The hypothesis is that there is an excessive control by the Judiciary Branch on the decisions of National Electric Energy Agency (ANEEL) that goes against the objectives pursued by the Regulatory State, undermining the goal of preeminence of the administration of the laws, feature of the Regulatory State, and also hampering ANEEL's institutional mission to "provide favorable conditions for the electric energy market to develop in a balanced way and for the benefit of society", on the other hand, the judiciary review can enable another institution to better protect the objective dimension of fundamental rights, also proper to the concept of Regulatory State.

Keywords: Judiciary; regulatory agencies; judicial control of regulatory acts; electric sector; Energy Development Account.

Sumário

Introdução	8
1. O setor elétrico brasileiro.....	10
1.1. Processo de definição das tarifas de energia elétrica.....	15
1.2. Mudanças no marco regulatório do setor elétrico	19
2. O conceito de Estado Regulador e a atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos	23
3. Estudo de caso: decisões judiciais com concessão de liminares sobre tarifas de energia elétrica homologadas pela ANEEL	35
3.1. Estudo patrocinado pelo CNJ.....	39
3.2. Casos de deferimentos de antecipação de tutela para desobrigar consumidores a pagarem itens da CDE	47
3.3. Consequências da judicialização do setor elétrico	60
4. Conclusão	64
5. Bibliografia.....	68
5.1. Normas	71

Introdução

A monografia visa a analisar o controle judicial de atos regulatórios no setor elétrico, destacadamente, os casos de deferimentos de pedidos de antecipação de tutela para desobrigar consumidores a pagarem itens da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE.

A experiência pessoal da autora como especialista em regulação na ANEEL, especificamente na Superintendência de Gestão Tarifária dessa agência reguladora, evidencia que a ingerência do Poder Judiciário tem se intensificado a partir de 2015.

O tema de análise repercute, em última instância, a importância do aprofundamento do estudo sobre os limites do controle judicial da regulação e em que medida essas ações afetam ou contribuem para o alcance dos objetivos do Estado Regulador.

O estudo apresentará o conceito de Estado Regulador. Essa teoria será tomada como referencial teórico para avaliação do controle judicial de atos regulatórios no setor elétrico. Nesse sentido, a pergunta de pesquisa será: a experiência brasileira de revisão judicial de atos regulatórios de homologação de tarifas no setor elétrico a partir de 2015 detém sintonia com o conceito de Estado Regulador?

A pesquisa, ao enfrentar a pergunta proposta, se valerá das normas estruturantes da ANEEL, desde sua criação, e das normas secundárias produzidas por essa agência e da análise de decisões judiciais que desobrigaram consumidores a pagarem itens da CDE, a partir de 2015.

A hipótese de pesquisa é de que há um controle excessivo por parte do Poder Judiciário sobre as decisões da ANEEL que vai de encontro à consecução de objetivos buscados pelo Estado Regulador, minando o objetivo de preeminência da administração das leis do Estado Regulador, e também dificultando a missão institucional da ANEEL de “proporcionar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade”¹, mas que pode significar a atuação de outra instituição que busca reforçar a proteção

¹ Art. 3º, caput, do Decreto 2.335, de 6 de outubro de 1997.

da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, também própria ao Estado Regulador.

No que concerne à estrutura do trabalho, inicialmente, no capítulo denominado “O setor elétrico brasileiro” será feito um breve panorama sobre as principais leis do setor elétrico do país, sua estrutura (agentes setoriais) e o processo de definição de tarifas na ANEEL. Também será realizada uma análise sobre as recentes mudanças no setor.

Posteriormente, no capítulo seguinte “O conceito de Estado Regulador e a atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos” serão firmados os pressupostos teóricos que fundamentam um controle limitado do Poder Judiciário sobre as decisões das agências reguladoras.

Por fim, serão analisados os casos de deferimentos de antecipação de tutela para desobrigar consumidores a pagarem itens da CDE que revisaram decisões da agência sobre as tarifas de energia elétrica.

1. O setor elétrico brasileiro

Este capítulo visa a tecer considerações abrangentes do setor elétrico brasileiro e em que medida suas especificidades influenciam na regulação dessa esfera econômica. Serão apresentadas as principais leis do setor elétrico do país, sua estrutura (agentes setoriais) e o processo de definição de tarifas a serem aplicadas pelas distribuidoras de energia elétrica pela ANEEL. Também será realizada uma análise sobre as recentes mudanças no setor, a partir de 2012.

A primeira etapa da cadeia produtiva de energia elétrica é a geração, que consiste na conversão de fontes primárias de energia em energia elétrica. A geração de energia elétrica pode ser proveniente tanto de fontes renováveis, como a água, sol, vento e biomassa, como de fontes não renováveis como combustíveis fósseis e nucleares.²

Uma vez produzida a energia elétrica, é necessário transportá-la até as proximidades dos centros consumidores, etapa que constitui a transmissão. No caso da transmissão de energia elétrica, seria economicamente inviável a existência de duas ou mais estruturas paralelas nos mesmos locais, sendo, portanto, considerada como um caso clássico de monopólio natural. Simplificadamente, o conceito de monopólio natural abarca situações em que a existência de uma única empresa provê o mercado com um produto ou serviço a um custo menor devido aos altos custos fixos e aos retornos crescentes de escala da atividade (PAIXÃO, 2009, p. 341).

Estando próxima dos centros consumidores, a energia elétrica precisa ser levada até a porta das residências, fábricas, estabelecimentos comerciais etc. Esta etapa é a distribuição, e, a exemplo da transmissão, tanto nas cidades como na zona rural é considerada monopólio natural, já que, de forma análoga, seria economicamente inviável duplicar as redes de distribuição, representada por postes ou tubulação subterrânea, fiação, transformadores de pequeno porte etc. (PAIXÃO, 2009, p.342).

² Segundo dados divulgados do último Balanço Energético Nacional, que apresenta os dados acerca da contabilização da oferta, transformação e consumo final de produtos energéticos no Brasil, tendo por base o ano de 2016, no último período houve avanço da participação de renováveis na matriz elétrica brasileira para 81,7%, devido à queda da geração térmica a base de combustíveis fósseis e ao incremento das gerações eólica e hidráulica. Em cumprimento ao estabelecido em sua lei de criação, a Empresa de Pesquisa Energética elabora e

E, finalmente, tem-se a comercialização de energia, que é a etapa de compra e venda da energia. No país, há dois ambientes para celebração desses contratos de compra e venda de energia, o Ambiente de Contratação Regulada (ACR), do qual participam agentes de geração e de distribuição de energia elétrica e o Ambiente de Contratação Livre (ACL), do qual participam agentes de geração, comercialização, importadores e exportadores de energia e consumidores livres.

No Brasil, especialmente a partir dos anos de 1960, o setor público assumiu o controle direto do setor elétrico, centralizando sua política. As empresas públicas federais e estaduais assumiram um papel fundamental na geração, transmissão e integração de sistemas isolados e mesmo na distribuição de energia. A centralização e a coordenação permitiram o planejamento e a construção de obras hidráulicas de porte, de grandes sistemas de transmissão e da interconexão dos sistemas hidrelétricos que produziram uma melhora substancial dos serviços de eletricidade e a redução nos custos de fornecimento, pelos efeitos de economia de escala. (GOLDENBERG; PRADO, 2003, p. 220).

O Brasil teve, após a segunda crise do petróleo de 1979, dificuldades cada vez maiores com sua balança de pagamentos, além de necessidades consideráveis de investimento para completar a infraestrutura e planos de desenvolvimento dos anos de 1970. Essa situação culminou na reforma e na introdução da concorrência na indústria elétrica proposta pelo governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, que consistiu numa tentativa de redefinição completa do papel do Estado na área (GOLDENBERG; PRADO, 2003, p. 221-224).

A reforma teve por objetivo principal criar um mercado livre, por meio de incentivos à eficiência, e limitar, ao mínimo, a imposição de objetivos e intervenções governamentais. Essa mudança deveria conduzir à separação da função de controle da regulação da função de executar políticas públicas, com a atribuição da primeira função a uma autoridade autônoma dotada da autoridade de legislar e controlar outras entidades criadas para permitir e

publica anualmente o Balanço Energético Nacional (BEN), mantendo tradição iniciada pelo Ministério de Minas e Energia.

facilitar o funcionamento da concorrência (GOLDENBERG; PRADO, 2003, p. 224).

Atualmente, o setor elétrico brasileiro possui uma organização institucional complexa. Em 2004, com a implantação do Novo Modelo do Setor Elétrico, o Governo Federal, por meio das leis nº 10.847/2004 e nº 10.848/2004, manteve a formulação de políticas para o setor de energia elétrica como atribuição do Poder Executivo federal, por meio do Ministério de Minas e Energia (MME) e com assessoramento do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e do Congresso Nacional.

O CNPE é um órgão de assessoramento do Presidente da República para as questões energéticas, criado em 6 de agosto de 1997, por meio da Lei nº 9.478 vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia. Ao MME, por sua vez, compete a produção e a implementação da política setorial. E ao Congresso Nacional cabe formular as leis que constituem o marco legal do setor elétrico.

Os instrumentos legais criaram novos agentes. Um deles é a Empresa de Pesquisa Energética (EPE), vinculada ao MME e cuja função é realizar os estudos necessários ao planejamento da expansão do sistema elétrico. A EPE é uma empresa pública que tem por finalidade prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético, tais como energia elétrica, petróleo e gás natural e seus derivados, carvão mineral, fontes energéticas renováveis e eficiência energética, dentre outras.

Outro agente criado por essas leis é a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), que abriga a negociação da energia no mercado livre. A CCEE é pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos. Essa entidade sucedeu a Administradora de Serviços do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – Asmae (1999) e o Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE (2000). A CCEE atua desde a medição da energia gerada e efetivamente consumida até a liquidação financeira dos contratos de compra e de venda no mercado de curto prazo. Também promove os leilões de energia, sob delegação da ANEEL.

O Novo Modelo do Setor Elétrico preservou a ANEEL, agência reguladora, e o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), responsável

por coordenar e supervisionar a operação centralizada do sistema interligado brasileiro. Para acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético em todo o território nacional, além de sugerir as ações necessárias, foi instituído, por meio da Lei nº 10.848/2004, o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE), também ligado ao MME.

A ANEEL, autarquia em regime especial vinculada ao MME, foi criada para regular o setor elétrico brasileiro, por meio da Lei nº 9.427/1996 e do Decreto nº 2.335/1997.

A ANEEL iniciou suas atividades em dezembro de 1997, tendo como principais atribuições, segundo a Lei nº 9.427/1996, a regulação da geração (produção), transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica; a fiscalização, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, das concessões, das permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica; a implementação das políticas e diretrizes do governo federal relativas à exploração da energia elétrica e ao aproveitamento dos potenciais hidráulicos; o estabelecimento das tarifas; dirimir as divergências, na esfera administrativa, entre os agentes e entre esses agentes e os consumidores, e, promoção das atividades de outorgas de concessão, permissão e autorização de empreendimentos e serviços de energia elétrica, por delegação do Governo Federal.

Instituído como uma pessoa jurídica de direito privado, sob a forma de associação civil sem fins lucrativos, o ONS teve sua criação autorizada, em 26 de agosto de 1998, pela Lei nº 9.648, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.848/2004 e regulamentado pelo Decreto nº 5.081/2004. O ONS é o órgão responsável pela coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN) e pelo planejamento da operação dos sistemas isolados do país, sob a fiscalização e regulação da ANEEL.

Também pode-se destacar a atuação de outras instituições que desempenham atividades de regulação que repercutem no setor elétrico como órgãos como a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE/MJ. Na esfera ambiental também atuam a Secretaria Nacional de

Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente – SNRH/MMA, a Agência Nacional de Águas - ANA, a Agência Nacional do Petróleo, Gas Natural e Biocombustíveis - ANP e o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA.

A Eletrobras, por sua vez, é uma empresa de economia mista criada pela Lei 3.890-A, de 25 de abril de 1961 e instalada em 11 de junho de 1962, com o objetivo de promover estudos e projetos de construção de usinas geradoras de energia elétrica, linhas de transmissão e subestações destinadas ao suprimento do país. É holding das concessionárias de geração e transmissão de energia elétrica, de propriedade do Governo Federal, com atuação através de suas subsidiárias Chesf, Eletronorte, Eletrosul, Furnas, CGTEE e Eletronuclear. Participa com 50% do capital de Itaipu Binacional, além de promover pesquisas no campo de energia elétrica através do CEPEL e operar programas do Governo Federal na área de energia elétrica, tais como PROCEL. (GOMES, 2004, p.43-44)

A Eletrobras também atua na área de distribuição de energia por meio das empresas Eletrobras Distribuição Amazonas, Eletrobras Distribuição Acre, Eletrobras Distribuição Roraima, Eletrobras Distribuição Rondônia, Eletrobras Distribuição Piauí e Eletrobras Distribuição Alagoas.

Sobre a atuação na distribuição, vale destacar que o grupo, recentemente, decidiu por não renovar as concessões de distribuição e com essa decisão dos acionistas, as concessões serão relicitadas³. Nesse ínterim, o grupo não aplicará recursos nessas subsidiárias e todos os recursos necessários para operação, manutenção e investimentos será feito por repasses da União ou recursos provenientes da tarifa de energia elétrica.

A figura abaixo resume a estrutura institucional do Setor Elétrico e evidencia a multiplicidade de agentes que atuam nessa esfera.

³ Em 22 de julho de 2016, durante a 165ª Assembleia Geral Extraordinária, os acionistas deliberaram para que seja concretizada a transferência do controle acionário das distribuidoras, até 31 de dezembro de 2017. Notícia disponível em: <http://eletrobras.com/pt/Paginas/Distribuicao-de-Energia.aspx>

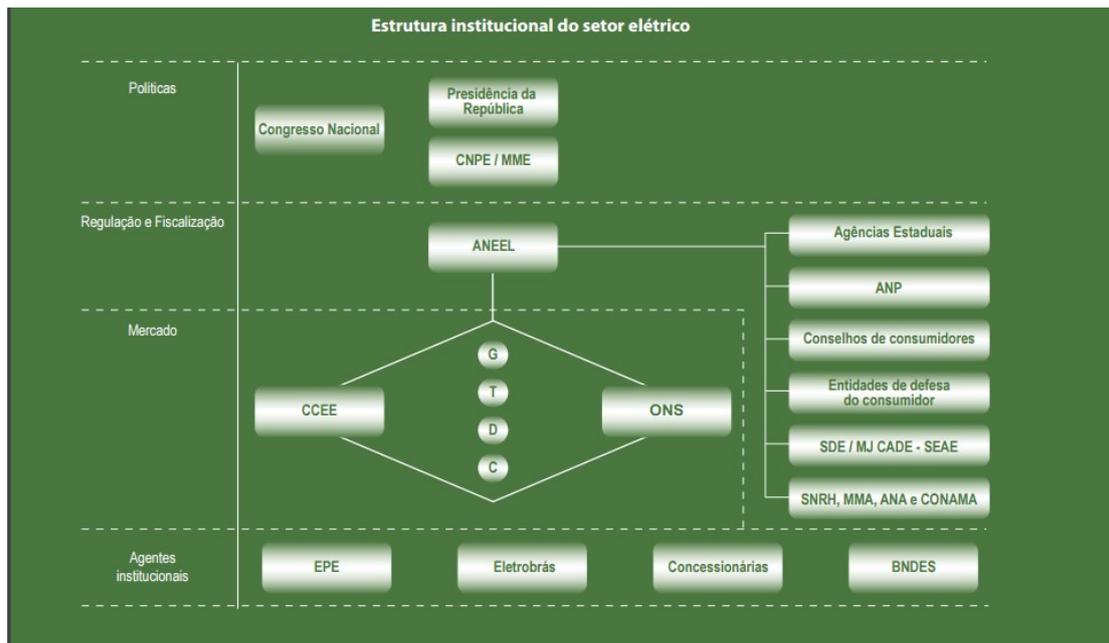


Figura 1: Estrutura Institucional do Setor Elétrico

Fonte: Atlas de Energia Elétrica do Brasil

1.1. Processo de definição das tarifas de energia elétrica

Nesse subtópico será abordado como se dá a definição e homologação das tarifas de energia elétrica pela ANEEL, visto que o objeto de análise dessa monografia é o controle judicial de tarifas homologadas pela agência reguladora, sendo, portanto, etapa fundamental para compreensão das discussões posteriores.

No período anterior à edição da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1994, todas as tarifas de energia elétrica eram iguais independentemente da área de concessão.

“Tal regime, embora tivesse o mérito de fixar uma única tarifa para todas as áreas de concessão, pecava pelo incentivo à ineficiência dos concessionários de distribuição de energia elétrica, já que a garantia de remuneração, associada a um regime de regulação pelo custo do serviço, levava as concessionárias a não otimizarem seus investimentos e custos operacionais”. (MOREIRA, 2010,p.361)

Diferentemente, no atual modelo regulatório, com a publicação da Lei nº 8.987, de 13 fevereiro de 1995, que definiu a nova política tarifária, há um incentivo à eficiência dos agentes do setor elétrico, na medida em que não há repasse tarifário dos custos ineficientes.

De acordo com as disposições dos contratos de distribuição de energia elétrica vigentes⁴, a receita auferida pela distribuidora mediante cobrança nas tarifas de energia elétrica, homologada pela ANEEL, deve arcar com as despesas com os custos de energia elétrica, transmissão de energia elétrica e encargos setoriais, que os contratos denominam de Parcela A, ainda com os custos operacionais eficientes e com a remuneração do capital investido, denominado de Parcela B.

Os contratos de concessão de distribuição de energia elétrica do país, de forma geral em sua cláusula sétima, prevêem, basicamente, 3 formas de alteração tarifária. A primeira forma refere-se ao processo de reajuste tarifário que ocorre anualmente, exceto nos anos de revisão tarifária ordinária. O processo de reajuste tarifário é calculado de acordo com uma fórmula paramétrica disposta no contrato de concessão. A revisão tarifária, por sua vez, acontece a cada 3, 4 ou 5 anos, de acordo com a disposição contratual. O seu cálculo é mais completo porque todos os itens de custo são revistos. E, por fim, tem-se a revisão tarifária extraordinária que como o próprio nome sugere somente é processado diante de um fato não ordinário e que cause desequilíbrio econômico e financeiro da concessão⁵.

Vale ressaltar que a Parcela A abarca custos que, em certa medida, estão alheios à gestão da concessionária e não relacionados diretamente com a atividade de distribuição de energia elétrica. Diferentemente, a Parcela B abarca os custos gerenciáveis da concessionária e próprios da atividade de distribuição de energia.

⁴ O cálculo explicitado nesse capítulo não leva em consideração alguns procedimentos somente aplicáveis aos reajustes e revisões tarifárias das concessionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica, prorrogadas nos termos do Decreto nº 8.461/2015 ou que assinaram o termo aditivo ao contrato de concessão nos termos do Despacho nº 2.194/2016 que não interferem na análise dos casos de deferimento de antecipação de tutela para desobrigar os consumidores a pagarem parcelas da CDE.

⁵ O Parecer nº 233/2004 - PF/ANEEL, de 30 de agosto de 2004, apresenta ainda como requisito mínimo para o processamento de uma revisão tarifária extraordinária, o evento ser alheio à vontade ou à gestão da concessionária: *“No que toca especificamente à revisão tarifária extraordinária, que é o instituto que interessa no caso presente, ela ocorrerá apenas quando comparecerem, ao mesmo tempo, os elementos abaixo apontados: (i) a imprevisibilidade do evento, ou, ainda, a imprevisibilidade dos seus efeitos sobre o contrato de concessão; (ii) evento deve ser alheio à vontade e à ação do concessionário; (iii) desequilíbrio significativo do contrato como consequência do evento”*.

Nos processos de revisão tarifária, que ocorre a cada 3, 4 ou 5 anos, dependendo de disposição contratual, todos esses custos são revistos. Nos processos de reajuste tarifário, por sua vez, essa apuração direta somente ocorre com a Parcela A. A Parcela B é atualizada por um índice de inflação deduzida de um Fator X. O objetivo do Fator X é compartilhar os ganhos de produtividade obtidos pela concessionária decorrentes de escala e incentivar a busca contínua de qualidade na prestação do serviço de distribuição.

A seguir, serão descritos brevemente todos os componentes da receita regulatória das distribuidoras.

Como descrito anteriormente, a Parcela A é composta pelos custos com encargos setoriais, com compra de energia e com transmissão de energia.

Os encargos setoriais são oriundos de políticas de governo para o setor elétrico, possuem finalidades específicas e são definidos em legislação própria. Seus valores são estabelecidos pela ANEEL e não representam ganhos de receita para a concessionária. Dentre os encargos setoriais considerados nos processos tarifários destacam-se a Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, a Taxa de Fiscalização do Setor Elétrico – TFSEE, o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA, a Compensação Financeira pela Utilização dos Recursos Hídricos, os Encargos de Serviço do Sistema – ESS e Encargo de Energia de Reserva – EER e, por fim, o encargo referente à Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) e Programa Eficiência Energética (PEE).

Para o objetivo deste trabalho, destaca-se a CDE, criada pela Lei nº 10.438, de 26/4/2002, com redação alterada pelas Leis nº 12.783, de 11/1/2013, e nº 12.839, de 9/7/2013, que tem como finalidade o desenvolvimento energético dos Estados, a universalização do serviço de energia elétrica, garantia de recursos para atendimento da subvenção econômica destinada aos consumidores residenciais Baixa Renda, prover recursos para os dispêndios da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC ou para atender à finalidade de modicidade tarifária, promover a competitividade da energia produzida a partir de fontes eólica, termossolar, fotovoltaica, pequenas centrais hidrelétricas, biomassa, gás natural e carvão mineral nacional nas áreas atendidas pelos sistemas interligados, prover

recursos para compensar descontos tarifários aplicados nas tarifas de uso dos sistemas elétricos de distribuição e nas tarifas de energia elétrica.

Os custos com transporte de energia elétrica cobrem a transmissão da energia das usinas até as redes de distribuição da concessionária, sendo compostos por: rede básica, conexão, transporte de Itaipu e uso de sistemas de distribuição, não constituindo ganhos de receita para a Concessionária.

Os custos de rede básica referem-se aos valores pagos pelas concessionárias de distribuição às transmissoras, conforme contrato de uso do sistema de transmissão — CUST celebrado com o ONS, para acesso à rede de transmissão do sistema interligado.

O custo de conexão refere-se ao uso, pelas distribuidoras, das demais instalações de transmissão — DIT não integrantes da rede básica e pertencentes às transmissoras, para conexão às instalações da rede básica de transmissão.

O transporte da energia elétrica proveniente de Itaipu Binacional refere-se ao custo de transporte da quota-parte de energia elétrica adquirida, pela concessionária, daquela geradora. O custo relativo ao uso de sistemas de distribuição refere-se aos valores pagos pelas concessionárias de distribuição a outras distribuidoras, conforme contrato de uso do sistema de distribuição — CUSD celebrado entre as partes, para acesso à rede de distribuição daquelas.

A Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, ao dispor sobre a comercialização de energia elétrica, alterou as regras de compra e venda de energia elétrica especialmente no que diz respeito às concessionárias de distribuição de energia elétrica. O modelo instituído pela Lei nº 10.848/2004 define dois ambientes em que as contratações devem ser feitas. O primeiro é o ambiente de contratação regulada — ACR e o segundo, o ambiente de contratação livre — ACL. Com relação aos agentes de distribuição, a opção é o ACR. O art. 2.º da Lei nº 10.848/2004 determina que as empresas de distribuição de energia elétrica “deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada”.

A Parcela B engloba os custos eficientes de operação e manutenção das redes, a remuneração do capital e quota de reintegração regulatória. A remuneração do capital corresponde à remuneração dos investimentos

realizados pela concessionária. A quota de reintegração regulatória, por sua vez, corresponde à parcela que considera a depreciação e a amortização dos investimentos realizados e tem por finalidade recompor os ativos afetos à prestação do serviço ao longo da sua vida útil.

Os processos tarifários calculam, portanto, a receita regulatória e dividem-na por um mercado de referência da concessionária, resultando na tarifa dos consumidores finais. O valor da tarifa resultante desses processos tarifários pode ser alterado para mais ou para menos, decorrente das mudanças nos custos, do mercado das concessionárias e do estímulo à eficiência. A ANEEL, que tem suas atribuições decorrentes da Lei nº 9.427/1996, publica anualmente por meio de Resoluções Homologatórias as tarifas a serem cobradas pelas distribuidoras de energia do país. O controle judicial analisado, nesse trabalho, concentra-se nos casos de deferimentos de pedidos de antecipação de tutela para desobrigar consumidores a pagarem itens da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, contrariamente aos valores homologados pela agência reguladora.

De forma geral, as ações judiciais contestam alguns itens de custos do encargo, outros a forma de rateio do encargo, e outros ainda não se restringem a contestar a cota da CDE de um determinado ano, podendo afetar também os orçamentos da CDE de anos subsequentes.

1.2. Mudanças no marco regulatório do setor elétrico

Nesse subtópico, serão abordadas mudanças empreendidas no Setor Elétrico brasileiro, a partir de 2012, pelo governo federal que, em grande medida, impulsionou, posteriormente, o recrudescimento do controle judicial nos atos administrativos da agência reguladora, notadamente na definição das tarifas de energia elétrica a serem aplicadas pelas distribuidoras de energia do país.

No dia 23 de janeiro de 2013, em pronunciamento em cadeia nacional de rádio e televisão, a então Presidente Dilma Rousseff anunciou redução nas tarifas de energia de 18% para residências e de até 32% para indústrias.

Essa redução foi decorrente de medidas do governo federal que em setembro do ano anterior, teria antecipado, por meio da Medida Provisória nº

579/2012 (convertida posteriormente na Lei nº 1.2783/2013), o vencimento das concessões de geração e de transmissão que acabariam entre 2015 e 2017 e diminuído os encargos setoriais.

Os dispositivos da MP nº 579/2012 possibilitaram a prorrogação das concessões de geração sob algumas condições, como a submissão aos padrões de qualidade do serviço fixados pela ANEEL e a remuneração por tarifa calculada pela ANEEL. Segundo esse instrumento normativo, houve alocação de cotas de garantia física de energia e de potência das usinas hidrelétricas prorrogadas às concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional - SIN, a ser definida pela ANEEL, conforme regulamento do poder concedente.

De forma análoga, a prorrogação das concessões de transmissão também dependia da aceitação expressa de algumas condições como a submissão aos padrões de qualidade do serviço fixados pela ANEEL e aceitação da receita fixada conforme critérios estabelecidos pela ANEEL.

As tarifas das concessões de geração de energia hidrelétrica e as receitas das concessões de transmissão de energia elétrica, prorrogadas ou licitadas nos termos dessa Lei, passaram a levar em consideração, dentre outros, os custos de operação e manutenção, encargos, tributos e, quando coubesse, pagamento pelo uso dos sistemas de transmissão e distribuição. As tarifas resultantes desse cálculo representaram uma queda significativa no custo da energia para as distribuidoras de energia.

Outra medida importante empreendida pela MP foi a autorização conferida à União para adquirir créditos que a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRAS detinham contra a Itaipu Binacional e para que pudesse destinar esses créditos que possui diretamente na Itaipu Binacional à CDE. Dessa forma, com esses recursos, o encargo CDE a ser pago pelas distribuidoras também diminuiu significativamente no ano de 2013.

E por fim, as concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétricas, as concessionárias de serviço público de transmissão de energia elétrica licitadas a partir de 12 de setembro de 2012 e as concessionárias de serviço público de transmissão e geração de energia elétrica prorrogadas ou licitadas nos termos da Lei nº 1.2783/2013 foram

desobrigadas a partir de 1º de janeiro de 2013, do recolhimento da quota anual da RGR.

Em suma, em relação aos encargos setoriais, a MP 579 determinou o fim da cobrança da RGR e diminuiu o valor da CDE nas tarifas. O novo regime instituído a partir de 2013 ampliou os usos e fundos da CDE, que passou a incorporar finalidades da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC, da Reserva Geral de Reversão - RGR, custear subsídios antes compensados pela própria estrutura tarifária das concessionárias⁶ e permissionárias de distribuição, além de promover novas políticas setoriais.

Pode-se afirmar que com a promulgação da Lei nº 1.2783/2013 as empresas detentoras dos ativos de geração que tiveram suas concessões renovadas nos termos dessa lei, passaram à posição de prestadoras de serviços, não podendo mais comercializar a energia elétrica ao preço de mercado. Portanto, a competição no setor da geração diminuiu e a regulação estatal aumentou. Antes da renovação das concessões, as empresas detentoras das usinas hidroelétricas assumiam os ônus e os bônus pela geração da energia, ou seja, elas arcavam com o risco hidrológico que após 2013 passou a ficar com as distribuidoras.

Parte significativa das medidas empreendidas por meio da Lei nº 1.2783/2013 levou ao recrudescimento da judicialização do Setor Elétrico, como o pagamento da CDE, que faz parte do escopo desse trabalho, o questionamento sobre a responsabilidade pelo risco hidrológico das geradoras e sobre o pagamento das indenizações para as transmissoras.

Entre os dias 5 de julho e 7 de agosto de 2017, o Ministério de Minas e Energia abriu a Consulta Pública nº 33 para colher ideias e debater os rumos do Setor Elétrico Brasileiro - SEB. Em suma, foram propostas medidas legais que viabilizassem o futuro do setor elétrico com sustentabilidade a longo prazo. Em continuidade à Consulta Pública nº 21, de 2016, submeteu-se proposta de aprimoramento do marco legal do setor elétrico em nova etapa de consulta à sociedade.

⁶ Anteriormente, os subsídios tarifários de uma determinada área de concessão eram custeados pelos consumidores dessa mesma área.

Por meio da Nota Técnica nº 5/2017/AEREG/SE, o Ministério de Minas e Energia apontou indícios de *“possível esgotamento do modelo regulatório e comercial vigente no Brasil”*, sendo necessário *“construir uma visão de futuro, contemplando elementos básicos que levem a um modelo adaptado às pressões externas às quais o Setor Elétrico Brasileiro é exposto e que garanta sua sustentabilidade no longo prazo”*.

A referida Nota Técnica descreve que os desafios enfrentados pelo SEB *“com modelos centralizados de gestão de risco e comando-e-controle por parte do Estado, o litígio judicial se incorporou como estratégia comum de preservação de posições de diversas classes de agentes no lugar da busca de eficiência empresarial e produtiva como estratégia de melhora de posições competitivas. Este resultado, por sua vez resulta em novos obstáculos à inovação do setor”*.

A Nota Técnica apresenta aprimoramentos que podem ser divididos em quatro grupos, dentre os quais *“iv-medidas de sustentabilidade, que incluem propostas de desjudicialização e distribuição da renda dos ativos do setor”*. A Nota Técnica aborda propostas direcionadas à desjudicialização do tema risco hidrológico, do pagamento das cotas de CDE e dos encargos de serviços de sistema.

Sobre o primeiro tópico: *“a proposta é retroagir a 2013, com compensação mediante extensão de prazo de outorga, a compensação pelo deslocamento hidrelétrico causado pela geração fora da ordem de mérito (GFOM), com alcance a toda a energia não repactuada e cujo titular não tenha ação judicial”*. Para o pagamento das cotas de CDE e dos encargos de serviços de sistema, propõe-se oferta de parcelamento de débitos pendentes, sem aplicação de multa, mediante desistência de ações judiciais.

O estudo das propostas apresentadas nessa Nota Técnica apontam a dissolução de grande parte das medidas empreendidas pela Medida Provisória nº 579/2012. Em que pese as críticas possíveis quanto o modo que se busca a desjudicialização, vislumbra-se que o próprio Poder Concedente tem identificado que a judicialização crescente do Setor Elétrico apresenta riscos indesejáveis como a possibilidade de a regulação do Setor passar a ser feita pelo Poder Judiciário.

2. O conceito de Estado Regulador e a atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos

Este capítulo visa a discorrer a respeito do conceito de Estado Regulador e em que medida a atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos da ANEEL tem contribuído ou não para a realização dos pressupostos desse modelo estatal.

O reposicionamento do papel do Estado na sociedade brasileira causou mudanças na forma de controle da atividade econômica. Antes dos anos 90, o Estado atuava de forma direta no domínio econômico, sendo

desnecessária qualquer forma de controle do Estado. Afinal, ele era o proprietário da maioria absoluta das empresas concessionárias, invadindo até setores que tradicionalmente sempre couberam à iniciativa privada. (PAGOTTO, 2009, p. 236)

No entanto, desde a promulgação da Lei nº 8031/90 (reformulada pela Lei nº 9491/97), o arcabouço jurídico dessa fase anterior se mostrou insuficiente para induzir o comportamento do mercado após a desestatização. O direito administrativo, buscando uma solução para esses problemas, deslocou, novamente, para o centro das atenções as autarquias sob regime especial, dotadas agora de independência econômica, administrativa e decisória, mas denominadas, na maioria dos casos, agências reguladoras. Foi conferido a essas agências amplo poder regulador e normativo, devendo elas seguir a orientação dada pela lei. (PAGOTTO, 2009, p. 236)

A regulação inicialmente visa a suprir as falhas do mercado, apresentando-se como seu substitutivo. Tem como pressuposto a natural imperfeição do mercado e a exigência constitucional da tutela econômica por parte do Estado. Daí a necessidade da existência de mecanismos jurídicos preestabelecidos, que possibilitem, ainda que num plano ideal, a equalização da atividade dos agentes econômicos – sempre tendo em vista o interesse público posto à guarda da Administração. (CUÉLLAR, 2001, p. 53)

A regulação pode ser concebida, em sentido amplo, como toda forma de intervenção do Estado na economia. Para uma interpretação menos abrangente, regulação equivale à intervenção estatal na economia que não se efetiva pela participação direta na atividade econômica (como agente), mas se concretiza mediante condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada. (CUÉLLAR, 2001, p. 53)

É certo que por esse modelo regulador reserva-se ao Estado funções voltadas à fiscalização, fomento e planejamento. Nesse contexto, não há como permanecer o Estado atuando diretamente em setores sem amparo Constitucional. (GUERRA, 2005, p. 26)

Vale dizer, deve ser interrompida a participação direta do Estado naqueles setores que não se refiram a imperativos da segurança nacional, relevante interesse coletivo ou prestação de serviços públicos, mesmo que o

desempenho estatal seja eficiente e, até mesmo rentável. (GUERRA, 2005, p. 26)

O professor Márcio Iório Aranha nos oferece vários insumos necessários para a reflexão acerca da temática proposta no trabalho, quais sejam os diversos pressupostos teóricos do Estado Regulador.

O primeiro pressuposto do Estado Regulador é o de que a regulação tem por finalidade preeminente a proteção dos direitos fundamentais. Enquanto na Administração Pública burocrática, a garantia dos direitos sociais é remetida à contratação direta de servidores públicos atuantes nos diversos ramos das atividades econômicas, na Administração Pública gerencial do Estado Regulador, o mercado é tomado como instrumento para consecução dos direitos fundamentais mediante acompanhamento conjuntural e ponderado de custos, infraestrutura, serviços, bens públicos, tarifas, áreas de cobertura, dentre outros componentes das opções de investimento de um setor regulado. (ARANHA, 2015, p.9)

Nesse sentido, a regulação é conceituada como um método especial de intervenção capaz de se readequar conjunturalmente de acordo com as respostas originadas do sistema controlado. O caráter dinâmico da regulação a torna capaz de se aperfeiçoar continuamente. Por meio de análises de impacto regulatório e de acordo com as respostas do próprio setor regulado, a regulação adapta sua atuação para a consecução do objetivo de salvaguarda de direitos fundamentais.

Há que se destacar que a proteção dos direitos fundamentais situa-se para além do mero enunciado abstrato de um direito subjetivo. O pressuposto do Estado Regulador, portanto, é a compreensão da intervenção estatal como garantia de preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais. (ARANHA, 2015, p.9)

Desse modo, as decisões de normatização secundária adquirem importância ao especificar, ao adensar o conteúdo dos direitos fundamentais e possibilitar a implementação de decisões estatais influentes sobre setores essenciais ao desenvolvimento socioeconômico do país.

Em que pese ser a proteção dos direitos fundamentais o objetivo principal do Estado Regulador, o processo judicial pode servir como instrumento de

controle e de preservação desses direitos, dado que nem sempre a regulação é eficiente.

Em muitos casos, más práticas no âmbito do órgão regulador podem conduzir à uma regulação ineficiente, que pode ser constatada e corrigida pelo processo civil, enquanto método dialético de controle da Administração Pública. Cita-se, por exemplo, a captura regulatória. A captura estará configurada quando a agência perde a condição de autoridade imparcial comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos do setor regulado. A captura da agência é uma distorção de finalidades verificada em alguns setores burocráticos estatais. (SILVA, 2014, p.59).

Há um movimento permanente de participação e transparência pública nas agências reguladoras, notadamente na ANEEL. A participação pública nas decisões da ANEEL faz parte de um exercício de cooperação para uma regulação equilibrada. Por meio de consultas públicas, por exemplo, a ANEEL expõe propostas de normativos para colher sugestões dos agentes do setor. As reuniões públicas da diretoria colegiada da agência, por sua vez, são semanais e abertas à população e transmitidas ao vivo no *site* da agência. As partes envolvidas nos itens da pauta podem argumentar antes das decisões dos diretores, por meio da sustentação oral.

Apesar de positiva, nem mesmo a atual tendência de instituir mecanismos de participação do “público” no processo de decisão das agências, como corolário da adoção de um controle social, tornaria menos importante o controle judicial. O processo administrativo não pode assumir o lugar do processo político decisório, eis que o provável envolvimento dos grupos de interesse no âmbito das agências invalida essa “participação” como estrutura geral de legitimação das decisões discricionárias daqueles órgãos. (SILVA, 2014, p.35).

Deve-se ainda destacar que a atividade regulatória é uma fonte potencial de conflito. Não pode ser olvidado que em determinadas atividades um ato regulatório atinge centenas de agentes econômicos, sem considerar os usuários e consumidores que podem ser afetados. Nesse sentido, haveria necessidade de análise sistemática dos resultados e dos indesejados efeitos colaterais da regulação (*unintended side-effects of regulations*), que pode

justificar o controle judicial, como instância imparcial entre os usuários de um serviço, os prestadores e órgão regulador, na busca de aperfeiçoamento da atividade e consecução do interesse público. (SILVA, 2014, p.31)

Outro pressuposto do Estado Regulador encontra-se na identificação mesma do Estado Administrativo, em que as noções de profissionalismo e *expertise* tradicionalmente aplicadas aos negócios privados são adaptadas ao conceito de *expertise* na atividade de governar com a conotação de permanência, treinamento e especialização de funções. (ARANHA, 2015, p.12)

Sob o enfoque do Estado Administrativo, a percepção do alastramento das funções entre os poderes estatais implica também a compreensão da função administrativa como uma realidade equidistante das clássicas funções estatais. Trata-se, portanto, da progressiva institucionalização da administração como algo ligeiramente distinto das funções executivas, legislativas e jurisdicionais. (ARANHA, 2015, p.14)

A grande novidade da teoria administrativista do século XX está justamente na identificação da administração estatal como algo distinto das funções executivas presidenciais de comando supremo das forças armadas e aplicação das leis. O Estado Administrativo expressa uma função separada das demais – a administração das leis – como uma atividade intermediária entre as funções clássicas executivas, legislativas e jurisdicionais: um “reino de *expertise*” imune à influência política direta. (ARANHA, 2015, p.14)

A busca da eficiência administrativa é uma justificativa importante para a atribuição às agências de competências originárias da Administração Direta, afastando-se a técnica da política, com a suposição de que as decisões tomadas pelas agências, no âmbito de sua discricionariedade, estarão imunes a forças políticas sazonais. (CARDOSO, 2007, p.294)

Essa concepção de Estado relaciona-se com a valorização das agências reguladoras como um corpo técnico especializado em determinado setor fundamental da economia do país. Nesse contexto, no exercício do controle judicial, os julgadores devem conhecer as especificidades do setor regulado, sendo uma condição necessária para uma decisão adequada. Essa ideia poderia nos levar a uma conclusão precipitada e errônea de que o Judiciário nunca poderia decidir de melhor forma que o regulador.

O termo comumente utilizado para descrever o fenômeno de abertura de opções administrativas por meio da definição técnica como argumento de autoridade é o da discricionariedade técnica da Administração Pública. Esse termo transparece a afirmação de que certas decisões, por sua elevada complexidade de ordem técnica, somente poderiam ser tomadas por quem nelas é especializado, deixando ao Judiciário a possibilidade de se pronunciar somente quanto aos erros manifestos. (ARANHA, 2015, p.94)

Vale ratificar que quem conhece tecnicamente, é verdade, tem condições de decidir melhor sobre o significado objetivo de um termo técnico, mas não necessariamente de forma mais adequada ao ordenamento jurídico, que agrega caráter teleológico aos dados técnicos, vinculando-os a uma finalidade específica normativa, cuja prerrogativa de proteção última situa-se no Poder Judiciário. (ARANHA, 2015, p.95)

Com essa complexidade e tecnicidade, se, de um lado, a doutrina sustenta uma maior participação do Poder Judiciário na sindicância dos atos administrativos discricionários, para evitar-se o arbítrio do administrador, de outro, também é defendida uma comedida e moderada atuação das funções jurisdicionais na revisão desses atos, haja vista o risco do magistrado usurpar a competência técnica do Administrador. (GUERRA, 2010, p.3)

Outro pressuposto do Estado Regulador está na questão do *modus operandi* de manifestação da legitimação política, em um movimento de despersonalização da legilitimidade, que deixa de ser referida ao guardião, ao filósofo, ao estrategista, ao cientista, ao monarca, ao proletariado, ao *Fuhrer*, ou mesmo ao administrador, para ser referida à institucionalização da dimensão política do ser. O Estado Regulador contribui para o reposicionamento da questão da legitimidade democrática ao reconhecer no regulado não mais um ser subserviente alheio ou utente de serviços, mas verdadeiro partícipe necessário da decisão política. Por regulado, deve-se entender todo *player* do ambiente regulatório, independentemente das fronteiras nacionais. Por regulador, deve-se entender a instituição regulatória, como ambiente de manifestação dos poderes regulatórios de administração das leis. (ARANHA, 2015, p.16-18)

Nesse movimento de despersonalização da legitimidade, as instituições regulatórias, das quais as agências reguladoras fazem parte, devem possuir

autonomia reforçada para cumprimento de seu mandato institucional. O controle judicial deve ser pautado por limites, sob pena do juiz substituir o regulador.

Assim como o controle judicial das políticas públicas ensejou a “judicialização da política”, o controle judicial dos órgãos reguladores pode conduzir à uma “judicialização da atividade regulatória” ou regulação judicial, com a indesejável consequência de o juiz substituir-se ao regulador. (SILVA, 2014, p.34).

A judicialização da política é abordada, na literatura recente, como um processo em que o Judiciário é evocado para controlar constitucionalmente os atos do Executivo e do Legislativo. Esse processo seria o desdobramento da complexificação dos sistemas democráticos que, mediante controle de constitucionalidade, acionam mecanismos de revisão judicial e aportam ao sistema de *checks and balances* mais um instrumento de controle. As discussões sobre o papel do Judiciário nas democracias atuais transitam das análises do ativismo deste à judicialização da política, sendo o olhar para a judicialização da regulação mais recente. (DE ABREU MONTEIRO et al, 2013, p.408)

No caso específico do setor elétrico, há um movimento crescente de judicialização de questões outrora resolvidas no âmbito administrativo, conforme será demonstrado posteriormente.

No ordenamento brasileiro, há ainda que se destacar que as possibilidades de acesso ao Judiciário são amplas. Não se exige o prévio esgotamento da instância administrativa e dos recursos administrativos colocados à disposição do administrado. (SILVA, 2014, p.69).

Sem adentrar no mérito do deferimento dos casos de antecipação de tutela, faz-se mister ratificar que quando a regulação é feita indiretamente pelo Poder Judiciário, além de demandar tempo, poderá trazer prejuízos e instabilidades imprevisíveis e indesejáveis ao setor.

Ademais, a judicialização traz ainda custos que originalmente não foram contemplados nas tarifas e que, em algum momento, irão fazer parte delas. A revisão judicial pode ainda afetar outros indivíduos além dos integrantes da relação processual. Aliás, esse efeito é certo quando se trata de tarifa de energia elétrica, visto que o custo desonerado a um consumidor deve

necessariamente ser coberto por outro, visto as garantias concedidas aos prestadores do serviço de distribuição de energia elétrica nos contratos de concessão celebrados por eles e pelo Poder Concedente.

Há que se destacar que quando há uma intensificação da utilização do Poder Judiciário, o que ocorre é o deslocamento do polo decisório. A substituição do regulador pelo juiz é indesejável pelo simples fato de que o regulador passa a perder sua razão de existir.

De um ponto de vista normativo, o estudo da regulação concentra-se no desenho de mecanismos que irão induzir os agentes a adotar um comportamento competitivo ou que permitam a simulação das pressões de um processo concorrencial, cujo resultado deveria ser o aumento da eficiência econômica. Entretanto, em virtude da existência de um ambiente intrinsecamente incerto, os efeitos práticos dessa intervenção podem ser muito distintos daqueles previstos por esses modelos teóricos. Uma vez que nem todas as variáveis relevantes do sistema podem ter seu comportamento devidamente antevisto, seja a partir de relações de causalidade direta ou de inferências sobre as distribuições de probabilidade dos eventos que concorrem no processo regulatório, uma abordagem positiva dos efeitos da regulação teria como objeto de estudo a estimação de seus resultados efetivos sobre o desempenho de um determinado mercado. (LAPLANE, 2006, p.50)

Uma das características da regulação, portanto, é seu aspecto contingencial e adaptável às respostas do setor regulado. Essa dinamicidade pode não ser encontrada na revisão por parte do Judiciário. A revisão no âmbito judicial frequentemente se dá em tempo incompatível com a celeridade que o setor elétrico requer.

Constata-se, dessa forma, a necessidade da revisão dos atos regulatórios pelo Poder Judiciário, de acordo com determinados parâmetros, de modo a realização dos objetivos do Estado Regulador. Resta então a discussão sobre o que pode ser objeto da revisão judicial e se a intensificação da judicialização do setor elétrico contribui ou dificulta o desenvolvimento do mercado de energia elétrica de modo equilibrado, visando o bem da sociedade, em referência à missão institucional da ANEEL.

Passemos então a analisar a jurisprudência norte-americana sobre o controle judicial de atos regulatórios.

Ao examinar-se o grau de deferência judicial às ações administrativas nos Estados Unidos, em primeiro lugar, é preciso ter-se em vista que, ao contrário do que ocorre no Brasil, cuja Constituição estabelece o princípio da indeclinabilidade de jurisdição, (art. 5º, XXXV da Constituição Federal), a interpretação dada pela Suprema Corte norte-americana à Constituição daquele país contempla o princípio da imunidade soberana (*sovereign immunity*), que, em relação ao controle judicial da Administração, significa justamente o inverso, ou seja, que o Poder Público (dos Estados ou da União) não pode ser demandado em juízo, salvo com seu consentimento expresso. Embora, no caso dos Estados-Membros daquela federação, essa imunidade tenha sido contemplada expressamente pela 11ª Emenda Constitucional, no caso do Poder Público federal tal imunidade não conta com previsão expressa no texto constitucional, resultando apenas da interpretação que tradicionalmente sempre lhe foi dada pela Suprema Corte, que trata esse tema como pertencente ao Direito Constitucional consuetudinário. (BRUNA, 2003, p.235).

Nesse contexto, a possibilidade de revisão judicial dos atos estatais deve ser vista como uma verdadeira exceção à regra constitucionalmente estabelecida. Não obstante, no campo do Direito administrativo, o problema não se coloca com frequência, já que o *Administrative Procedure Act* contém disposições de caráter geral (5, US Code, §§ 702 e ss.) que autorizam a revisão judicial, nos termos previstos por essa lei, abdicando, assim, da imunidade soberana que vigora como regra constitucional, exceto quanto a demandas indenizatórias, que são objeto de outro regime legislativo. Por outro lado, os diplomas legislativos dedicados à atividade das agências reguladoras setoriais costumam conter disposições específicas regulando as hipóteses de revisão judicial, as quais prevalecem sobre as regras gerais contidas no APA sobre o tema.(BRUNA, 2003, p.235-236).

Há exceções, porém, estabelecidas pelo próprio *Administrative Procedure Act* (5, US Code, §701, “a”), que prevê duas situações em que é vedada a reapreciação judicial da ação administrativa: (1) quando a revisão judicial tenha sido proibida por lei e (2) quando a questão tenha sido cometida pela

lei à “discrição da agência”. Segundo Ronald M. Levin, há hoje na doutrina uma visão mais restritiva do que outrora sobre o papel dos tribunais no processo administrativo. Levin analisa a segunda das hipóteses de vedação à possibilidade de revisão judicial, que diz configurar uma autolimitação, pelo Judiciário, de sua capacidade de revisão da ação administrativa, ao contrário do que ocorre com a outra hipótese, em que a impossibilidade de revisão decorreria de uma decisão do Legislativo. Isso porque, no caso em exame, cabe ao próprio Judiciário definir quando a questão tenha sido “confiada à discrição da agência”, a fim de declarar-se impedido de exercer a revisão judicial do assunto. (BRUNA, 2003, p.236-237).

O que pode ser objeto da revisão judicial constitui verdadeira obsessão dos estudiosos do direito administrativo, quando se trata de controle das decisões das agências. No caso *United States v. Mead Corp*, considerado por alguns como o precedente mais importante da Suprema Corte sobre direito administrativo nos últimos anos, decidiu-se que a tolerância da Corte depende muito da formalidade procedimental que a agência adotou para editar sua decisão. Quando o Congresso deixa uma ambiguidade na lei que criou uma agência, presume-se que pretendeu deixar a critério da agência, dentro dos limites da interpretação razoável, a decisão de como a ambiguidade deve ser resolvida. Ao deixar a aplicação da lei a uma agência, em vez de aos tribunais, o Congresso realizou uma interpretação inicial e primária, que deve ser observada. (SILVA, 2014, p.176).

Na jurisprudência norte-americana, o caso *Chevron U.S.A. Inc. V. Natural Resources Defense Council Inc.* é o mais significativo no que se refere à definição de padrões sobre a revisão judicial das decisões das agências. Trata-se de um caso indispensável para se determinar o grau de deferência que um juiz ou tribunal (*judicial deference*) deve dar à decisão de uma agência. (SILVA, 2014, p.192).

Neste importante precedente, a Suprema Corte dos EUA, estabeleceu critérios (*Chevron Test*) para analisar quando a decisão técnica de uma agência deve ser respeitada. É um precedente no qual, de forma mais clara, a Suprema Corte articulou a *doctrine of administrative deference*. O precedente é tão importante que em decisões mais recentes a própria corte faz menção a *Chevron deference*. (SILVA, 2014, p.192).

No caso Chevron, a Suprema Corte, em decisão escrita pelo Justice John Paul Stevens, manteve a interpretação feita pela agência (Environmental Protection Agency – EPA), entendendo que o Judiciário não estava autorizado a adotar seu próprio conceito de fonte poluidora. (SILVA, 2014, p.192-193).

Para a Suprema Corte, a análise judicial deve ser feita em duas etapas, método que deu origem à expressão Chevron *two-step test* (prova das duas etapas Chevron): primeiramente, a Corte deve decidir se o legislador foi preciso e direto sobre a matéria a ser regulada. Se a manifestação do Congresso foi clara e direta quanto à matéria, o assunto está encerrado. Não há margem para adoção de outra solução. As agências e os tribunais devem assegurar a manifestação que foi veiculada de modo claro pelo legislador. (SILVA, 2014, p.193).

Mas se o Congresso foi ambíguo ou tratou da matéria apenas indiretamente, não cabe aos tribunais simplesmente impor sua opção. Devem as cortes de justiça, nesse caso, respeitar a decisão tomada pela agência. Diante do silêncio ou da ambiguidade com respeito a uma questão específica, a questão a ser respondida pela Corte é se a solução dada pela agência está fundamentada numa construção permitida pela legislação. (SILVA, 2014, p.193).

Com efeito, esse precedente da jurisprudência norte-americana assegura a primazia ao órgão regulador, ao mesmo tempo em que possibilita a revisão do Judiciário quando necessário, impondo, de certa forma, limites a esse controle.

Portanto, o controle judicial, proporciona a análise casuística da atividade das agências e, além disso, também possibilita o controle da razoabilidade das decisões, através da exigência de suporte factual e conclusões racionais. Mais ainda, uma das principais funções do controle judicial é se assegurar que a agência está agindo de acordo com a vontade dos braços políticos, conforme expressado na legislação de criação/definidora de objetivos. (NETO, 2009, p. 410)

O escopo de atuação dos tribunais no exame de decisões das agências pode variar significativamente. Ademais, há ainda críticas e limitadores à ação das cortes: por um lado, o exame judicial é custoso e moroso, não se

pode prever seu resultado, por outro, ainda que a agência observe sua obrigação de *fairness* e racionalidade, a decisão judicial pode não ser satisfatória. Finalmente, uma decisão judicial pode ser de pouca ou nenhuma eficácia caso existam fortes razões políticas para a agência manter sua decisão. Não obstante, o controle judicial é geralmente visto como a salvaguarda mais relevante existente para o controle e vedação de eventuais excessos existentes na prática das agências. (NETO, 2009, p. 410)

É fato que a agência reguladora pratica ato administrativo, formado por cinco elementos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, que estão submetidos ao controle de existência e validade pelo judiciário. O controle da competência ocorre na medida em que cabe a agência reguladora atuar dentro da sua esfera de atribuição. Já o controle da finalidade é necessária, porque a agência deve atender ao interesse público, ponderando interesses diversos. No tocante à forma, verifica-se que deve ser atendido o princípio democrático, com a realização de audiências públicas e consultas públicas bem como obediência por autoridade singular dos atos normativos que exigem manifestação do colegiado. Por sua vez, o elemento motivo demonstra a situação de fato ou de direito que gera a vontade do administrador. Assim, juntamente com a motivação, que apresenta a justificativa do motivo, a agência reguladora deve apresentar a motivação técnica do ato regulatório, possibilitando maior visibilidade e conseqüentemente amplo controle judicial. (ASSED, 2006, p. 202)

A regulação é considerada em si mesma como uma forma de controle estatal. A concentração de competências normativas e administrativas no âmbito estatal propicia riscos sérios. A redução da atuação direta do Estado e o incremento da competência regulatória não asseguram, de modo automático, a obtenção de resultados satisfatórios. O Estado pode formular escolhas equivocadas e manejar de modo inadequado seus poderes regulatórios. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 31)

A instauração de um modelo regulatório demanda, então, a consagração de instrumentos organizatórios orientados a controlar o desempenho das funções correspondentes. Ou seja, é necessário e imprescindível produzir uma estrutura institucional voltada a controlar a regulação estatal. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 31)

Nesse capítulo, portanto, procurou-se demonstrar que para além da universalidade de jurisdição garantida pelo art. 5º, XXXV, da CRFB/88, que segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, a temática em análise traz à baila a discussão se deve haver limites do controle judicial da regulação, sob pena do juiz substituir o regulador, apesar de se ratificar a imprescindibilidade do controle judicial na realização dos pressupostos do Estado Regulador.

3. Estudo de caso: decisões judiciais com concessão de liminares sobre tarifas de energia elétrica homologadas pela ANEEL

Neste capítulo, serão analisados os casos de deferimentos de antecipação de tutela para desobrigar consumidores a pagarem itens da CDE, e, que, portanto, revisaram decisões da agência sobre as tarifas de energia elétrica, com destaque para a primeira ação judicial que contestou esse tema, sob o novo marco regulatório do setor elétrico. Também serão avaliados os problemas envolvidos com o controle judicial reiterado, a partir de dados obtidos no relatório 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.

No capítulo anterior, firmou-se entendimento da importância da atuação do Poder Judiciário na consecução dos direitos fundamentais objetivados, faz-se então necessário a identificação de possíveis inconvenientes do controle judicial de atos regulatórios que podem surgir nos casos concretos.

Sampaio et al, em importante texto acerca da relação entre regulação e o Judiciário, constata, a partir da análise da jurisprudência, que a legislação de proteção e defesa do consumidor de um lado, e a desestatização do setor de distribuição de eletricidade, de outro, aumentaram o nível de litigiosidade relacionada ao setor elétrico. A maioria dessas demandas não discute se as regras da ANEEL violam a lei ou a Constituição Federal. Ao invés disso, elas se concentram na proteção ao consumidor e se baseiam na alegada violação

do Código de Defesa do Consumidor. Na maior parte desses casos, a ANEEL nem sequer é parte na ação. (SAMPAIO et al, 2016, p.150)

Portanto, embora empresas de distribuição de energia elétrica figurem entre os maiores litigantes do país, a agência reguladora não figura nesse rol. Isto não significa que as políticas públicas do setor não tenham sido alvo de judicialização. Controvérsias emblemáticas afetaram a regulação da eletricidade desde a privatização, tais como a suspensão potencial do serviço por falta de pagamento, fraudes na mensuração do consumo, ou mesmo a grande controvérsia envolvendo o racionamento da energia elétrica em 2001. (SAMPAIO et al, 2016, p.150)

Um primeiro problema que surge na análise do controle judicial da atividade regulatória diz respeito às formas diferentes de agir das agências reguladoras e do Judiciário, sem que façamos com isto referência às funções primordiais diferentes que exercem. Referimo-nos às diferentes formas pelas quais decidem as questões que lhes são atribuídas institucionalmente. (ISSA, 2015, p.160-161)

Primeiramente, o ordenamento jurídico brasileiro consagra a imutabilidade das sentenças de mérito não mais sujeitas a recurso, com a finalidade de evitar que a mesma questão venha a ser novamente suscitada perante o Judiciário, mesmo após a emissão de decisão que analise o mérito da causa, o que implicaria na ausência de segurança e estabilidade das relações jurídicas. (ISSA, 2015, p.161)

Assim, o que se percebe é que, no Brasil, a decisão judicial que enfrenta o mérito de uma causa está sujeita ao efeito da imutabilidade, qualidade esta que não está presente nas políticas regulatórias, sempre sujeitas às alterações impostas pelas condições técnicas e econômicas que afetam o setor regulado e à interação entre os próprios agentes de tal setor (prestadores, reguladores e usuários de diversas categorias). (ISSA, 2015, p.161-162)

Nesse sentido, a regulação exercida pelas Agências Reguladoras ao fornecer respostas conjunturais de acordo com o setor regulado tem uma dinamicidade maior que o Poder Judiciário.

Em segundo lugar, o Judiciário somente pode se manifestar nos estritos termos das postulações postas pelas partes, o que decorre, de um lado, da

inércia da jurisdição (art. 2º do Código de Processo Civil) e, de outro, do princípio dispositivo, que impede o juiz de conhecer de fatos e de pedidos além dos feitos pelas partes na ação. (ISSA, 2015, p.164)

E tais limitações de ordem processual fazem com que o Judiciário possua apenas uma visão pontual do problema da política pública ou política regulatória em análise. É dizer: ao invés de possuir uma visão macro do problema e das soluções que podem ser adotadas ou das correções necessárias, o Judiciário possui apenas a visão daquele problema específico em jogo na ação proposta. (ISSA, 2015, p.164)

Outro problema que se coloca no controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras se refere à impossibilidade de o Judiciário se recusar a decidir determinada matéria ou postergá-la em demasia, o que é permitido às autoridades administrativas. (ISSA, 2015, p.164)

Em suma, não apenas o juiz é obrigado a julgar, como não possui condições de escolher quando julgar, para mitigar os efeitos sociais de suas decisões. (ISSA, 2015, p.167)

Em sentido oposto, o Executivo e o Legislativo possuem maior margem de escolha do momento de agir para a implementação e execução de uma política pública ou regulatória, de tal modo que possuem margem de apreciação do momento de agir e da melhor forma de fazê-lo, o que permite calcular os efeitos sociais, políticos e econômicos da decisão tomada de antemão. (ISSA, 2015, p.167)

E, por fim, há que se enfatizar o consequencialismo como parâmetro a ser observado pelo Judiciário.

A análise das consequências dos atos estatais implica em importante obstáculo para a eficiência do Estado enquanto instituição voltada à consecução de finalidades coletivas, tendo em vista que não se deve analisar apenas o que se faz, as razões pelas quais se faz, mas, também, as consequências do que se faz. (ISSA, 2015, p.191)

Ou seja, o controle deve servir como meio de aprimoramento da atividade administrativa, o que não significa que o controlador deva fechar os olhos à ilegalidade ou ao abuso de poder. O que o controle deve fazer é servir de mecanismo para a consecução de finalidades públicas, sempre com vistas a,

ao mesmo tempo em que reprime os abusos, permitir que as finalidades públicas sejam alcançadas. (ISSA, 2015, p.191)

Com efeito, ao controlar os atos regulatórios, o Judiciário deve se perguntar, por exemplo, (i) se a invalidação do ato normativo regulatório é o melhor meio de salvaguardar a legalidade e a finalidade do setor regulado sobre o qual se exerce o controle; (ii) se a invalidação deve ou não retroagir à época da edição do ato normativo; (iii) se é possível a permanência do ato regulatório no ordenamento até que outro seja expedido em substituição a ele; (iv) quais os efeitos concretos que a anulação total, parcial, retroativa ou não terá sobre o sistema regulado; (v) quais as razões que levaram a agência a adotar determinada política regulatória no sentido do ato normativo expedido. (ISSA, 2015, p.202)

Czelusniak, em interessante trabalho intitulado “A regulação em julgamento: ações coletivas sobre telecomunicações na jurisprudência do STJ”, conclui pela existência de um potencial normativo da tutela coletiva face à regulação, ao analisar esses casos específicos. Segundo o autor, o potencial normativo da tutela coletiva em face da regulação decorre da possibilidade de que as decisões das ações coletivas tenham eficácia geral atingindo a totalidade (ou a quase totalidade) dos destinatários diretos das normas regulatórias que sejam submetidas a controle através dessas ações. Por conta disso, quando a decisão de uma ação coletiva afirma a ilegalidade da norma regulatória que é submetida ao seu controle, é possível que ela efetivamente suspenda a vigência de tal norma para todos (ou quase todos) os destinatários diretos. É possível ainda que uma decisão como essa altere o comando da norma regulatória controlada, o que, da mesma forma, geraria efeitos para todos (ou quase todos) os destinatários diretos da norma. (CZELUSNIAK , 2009, p.180)

Nesse sentido, vislumbra-se que a decisão judiciária pode alterar a regulação, caso em que o Judiciário substitui o regulador, o que pode causar consequências não previstas inicialmente.

Por sua vez, de Abreu Monteiro et al, em artigo intitulado “Judicialização da regulação e perda da qualidade do fornecimento de energia elétrica em áreas periféricas”, analisam padrões de atuação de concessionários ante a punição regulatória. Para os autores, as regras induzem à procrastinação. No

momento em que a regulação fica subordinada à lógica da judicialização, sua operacionalização leva a um julgamento que não está submetido à *expertise* técnica que orienta uma racionalidade decisória no momento do julgamento no interior do ciclo de judicialização da regulação. Para tanto, torna-se possível o ato de postergar como estratégia de diminuição de custos para o cumprimento da regulação. (DE ABREU MONTEIRO et al, 2013, p.410)

No texto, é avaliado a atuação específica de duas distribuidoras. A ANEEL e as agências estaduais, para procurar garantir a qualidade de fornecimento de energia elétrica aos consumidores, recorreram a ações administrativas previstas como audiências públicas, fiscalizações, multas, termos de ajuste de conduta, certificados de descumprimento, entre outros. Uma dessas concessionárias recorreu administrativamente de todas as multas do período analisado e, como não tinha sucesso nesse âmbito, recorreu judicialmente a todas as multas aplicadas. Esse padrão de atuação ante a ação do órgão regulador fez com que migrassem para a esfera judiciária os processos que deveriam encerrar-se nas arenas da regulação. Em função dessa estratégia, do valor total das multas, somente foi pago o correspondente a 0,44% do total. Isso, efetivamente, minou a capacidade desse instrumento de regulação pública de alterar padrões de conduta da concessionária, o que é demonstrado nos baixos padrões de qualidade, demonstrado nos indicadores de continuidade utilizados pela ANEEL - Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora (DEC) e Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora (FEC). (DE ABREU MONTEIRO et al, 2013, p.413)

A outra concessionária analisada, por sua vez, respondeu aos incentivos regulatórios, como as multas decorrentes da má qualidade de fornecimento de energia, e melhorou significativamente a qualidade do serviço prestado nos anos seguintes. Esse caso, portanto, é ilustrativo de possível mau uso do acesso ao Judiciário para controle de políticas regulatórias.

3.1. Estudo patrocinado pelo CNJ

Antes de se passar à análise dos casos de deferimentos de antecipação de tutela para desobrigar consumidores a pagarem itens da CDE, apresentar-se-ão os resultados de uma pesquisa feita pela Universidade de São Paulo, patrocinada pelo CNJ, que viabilizará uma análise quantitativa do assunto tratado nessa monografia e fornecerá ferramentas analíticas adequadas para se tratar dos referidos casos.

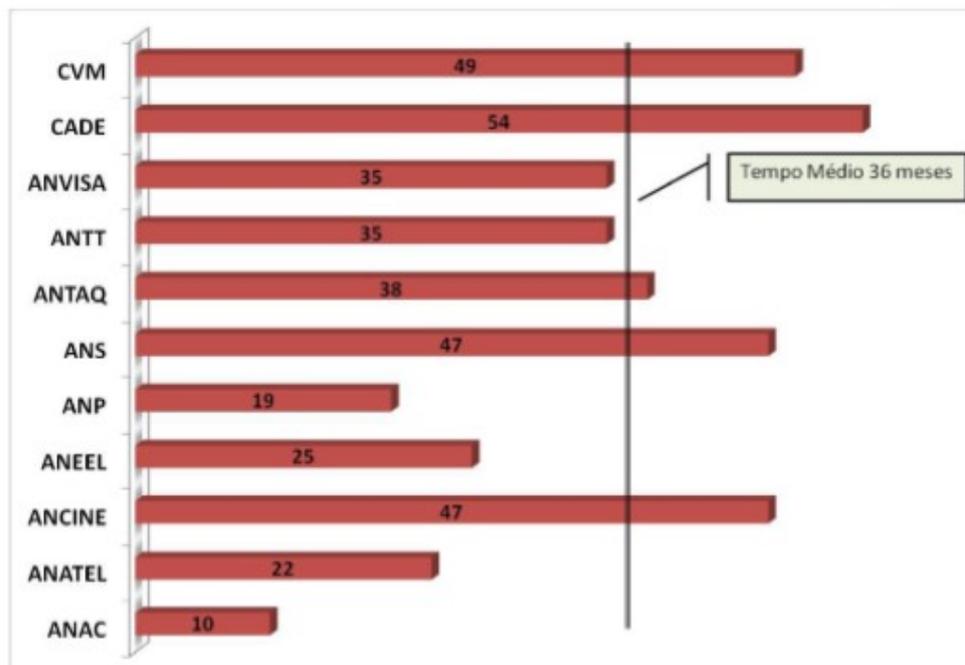
Em relatório final da pesquisa “As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública”, os autores apresentaram o resultado de uma análise empírica quantitativa, por meio da base de dados de processos administrativos e judiciais coletada ao longo da pesquisa, essencial para o tema em debate.

A base de dados quantitativa contemplou dois conjuntos de dados: um voltado a mensurar as variáveis de custo e incerteza jurídica da revisão judicial de decisões de agências reguladoras e o outro voltado à estimação da probabilidade de judicialização das decisões administrativas. As bases se complementam, mas diferem em um aspecto essencial. No caso da segunda, foi necessário observar todas as decisões administrativas passíveis de judicialização, mesmo aquelas que não resultaram em processos judiciais. No caso da primeira, o universo de pesquisa consiste nos casos judicializados, estratificados por agência reguladora, a fim de se permitir conclusões específicas para cada agência e setor regulado. A primeira base foi obtida por meio de mapeamento processual na Justiça Federal entre 1994 e 2010, realizada em agosto de 2010, visto que as agências não possuíam um banco de dados suficientemente abrangente das decisões constritoras de direitos de particulares e/ou impugnadas judicialmente. A segunda, por sua vez, foi obtida por meio de registro dos procuradores do CADE. (AZEVEDO et al, 2011, p.95-105).

De forma geral, foi feita uma amostragem estratificada por agência, porque decidiu-se que seria mais adequado tratar os processos de cada agência reguladora como um universo de análise separado, uma vez que não se pode dizer *a priori* se as características dos processos das diferentes agências são semelhantes, ou homogêneas. (AZEVEDO et al, 2011, p.106).

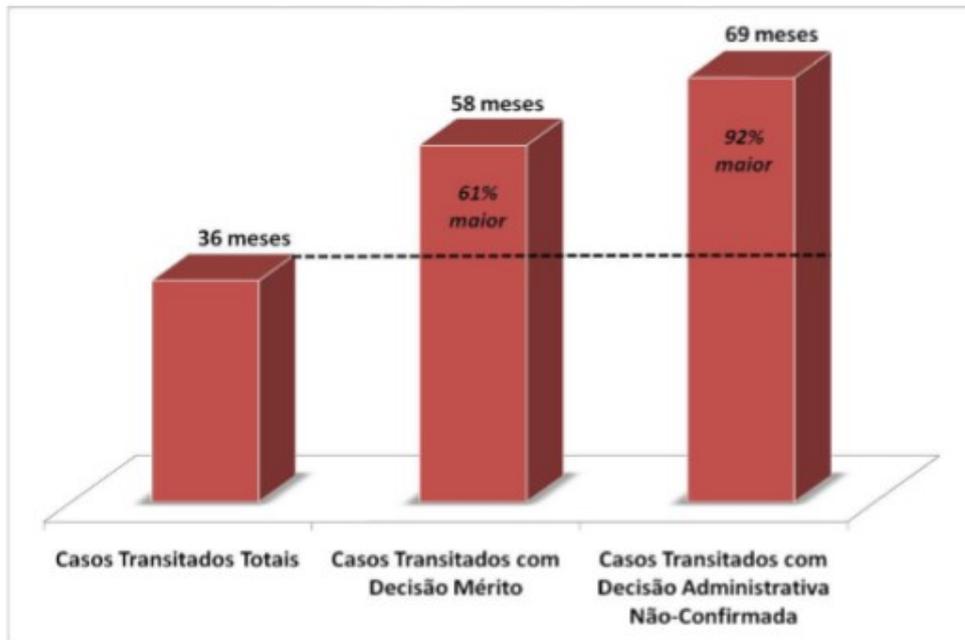
Uma variável considerada para mensuração do custo de judicialização de um processo para a sociedade foi o tempo de tramitação da revisão judicial. Obviamente, o custo da revisão judicial não se resume ao tempo de espera, compreendendo também, no âmbito público, os custos de movimentação do judiciário, a alocação de custos indiretos do próprio judiciário, e, no âmbito privado, de contratação de advogados, de dedicação de recursos internos da empresa na representação judicial e de perda social por pendência de decisão. Em sua maior parte, esses custos são de difícil mensuração direta, mas estão fortemente correlacionados com o tempo de tramitação do caso. Por este motivo, essa pesquisa optou por tratar o tempo de tramitação como variável objetiva de representação do custo da revisão judicial, o que, ademais, permite o benefício de quantificação e interpretação mais simples dos resultados. Nos gráficos a seguir estão demonstrados o tempo médio de trâmite de transitados em julgado por autarquia e a duração média em casos com decisão de mérito (AZEVEDO et al, 2011, p.129).

Gráfico 1. Tempo Médio de Trâmite de Transitados em Julgado por Autarquia



Fonte: Pesquisa de Campo OBS: Excluídas a ANA e a Previc, por contarem com número insuficiente de transitados em julgado.

Gráfico 2. Duração Média em Casos com Decisão de Mérito



Fonte: Pesquisa de Campo

Os dados indicam que as ações com decisão final levam uma média de 36 meses para sua finalização. Quando se considera apenas os casos nos quais há decisão de mérito, o tempo passa a ser de 58 meses. Quando, por sua vez, se considera os casos nos quais o Judiciário não tenha confirmado a decisão administrativa, o tempo passa a ser de 69 meses. A análise desses dados sugere que a complexidade do caso tem relação direta com o tempo de processamento, dado que nos casos em que a intervenção judicial é significativa, quando a decisão administrativa não é confirmada, o tempo de processamento é significativamente maior.

Em uma dimensão mais abrangente dos custos da revisão judicial talvez de maior importância do que os custos associados ao tempo é a incerteza jurídica que pode decorrer da revisão judicial. A pendência é frequentemente acompanhada de mudança de entendimento do judiciário a respeito da matéria, seja entre primeira e segunda instância, seja em uma mesma instância. Por exemplo, ao conceder um liminar suspendendo efeitos de uma decisão administrativa, um juiz emite um sinal à sociedade, expressando um entendimento, ainda que preliminar, sobre o caso em questão. (AZEVEDO et al, 2011, p.129-130).

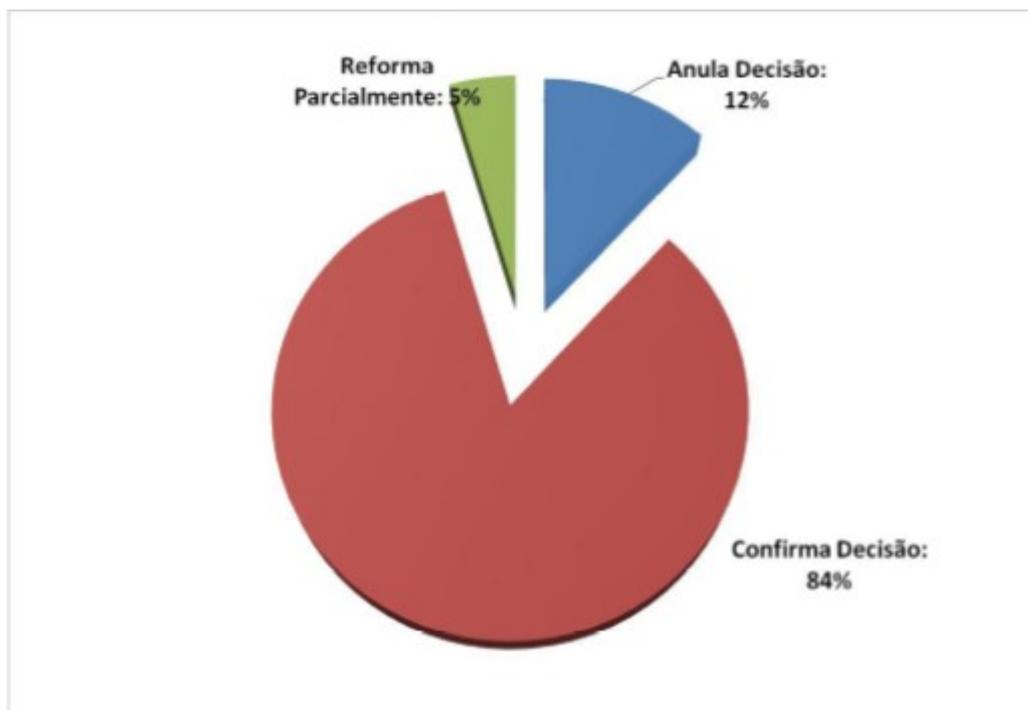
Tal ato pode ser entendido como uma manifestação do judiciário a respeito da decisão administrativa, modificando liminarmente seus efeitos. Se, ao final de sua análise, o mesmo juiz (ou um juiz substituto) entende que

as preocupações que ensejaram a concessão da liminar não subsistem após exame minucioso da matéria e conclui para confirmação da decisão regulatória, um novo sinal é emitido pelo judiciário, conflitante com o primeiro. Em outras palavras, embora a decisão judicial final confirme a decisão administrativa, durante o período de revisão judicial foram emitidos sinais conflitantes aos administrados e autoridade regulatória, sinais estes que cumprem o papel central das normas de orientar comportamentos. (AZEVEDO et al, 2011, p.130).

Em síntese, à medida que as manifestações do judiciário modificam o seu próprio entendimento, até então prevalecente, sobre a decisão administrativa, diminui-se a previsibilidade sobre o modo de aplicação da norma regulatória ou concorrencial, o que implica, em última análise, em aumento da incerteza jurídica. A fim de captar esse efeito da revisão judicial o qual é separável do tempo de tramitação de um dado processo foram construídos indicadores de mudança do status da decisão administrativa, os quais foram denominados indicadores de insegurança jurídica. (AZEVEDO et al, 2011, p.130).

Nessa parte do trabalho, foram estimados indicadores diversos de custos da revisão judicial e de incerteza jurídica dela derivada. Um dos resultados do estudo foi que, no período analisado, o Judiciário Brasileiro tem confirmado as decisões das agências reguladoras. Em relação aos casos em que houve decisão sobre o mérito a taxa de confirmação é expressiva, perfazendo mais de 80% dos casos, mesmo se não incluídos os casos em que o judiciário reforma apenas parcialmente a decisão administrativa (Gráfico 3). Essa informação indica, ainda que de modo indireto e precário, que os benefícios da revisão judicial não parecem substanciais. Não se discute, em abstrato, os benefícios e o papel da revisão judicial em assegurar direitos e maior qualidade do *enforcement* das normas regulatórias e concorrenciais. Porém, no caso concreto da revisão judicial no Brasil, a baixa taxa de atuação como revisora de decisões administrativas indica que este papel não é de relevância expressiva (AZEVEDO et al, 2011, p.134).

Gráfico 3. Taxa de Confirmação de Transitados em Julgado com Julgamento de Mérito



Fonte: Pesquisa de Campo. Relatório USP

Nessa pesquisa, para captar o efeito da revisão judicial sobre incerteza jurídica foram utilizados indicadores de mudança do *status* da decisão administrativa, ou seja, uma medida da quantidade de sinais conflitantes emitidos pelo judiciário com respeito à apreciação da mesma decisão administrativa, dado que a observância apenas das decisões finais, mesmo que separadas em 1ª e 2ª instâncias, não revelaria uma das maiores dificuldades da revisão judicial. Ao longo do curso de um processo em uma mesma instância, há decisões liminares que suspendem ou alteram o efeito da decisão administrativa. Para fins da avaliação dos custos da revisão judicial, é necessário distinguir os processos em que embora tenham exatamente a mesma duração e desfecho sendo, portanto, idênticos quando considerados os critérios de tempo de trâmite diferem na quantidade de decisões liminares conflitantes entre si e com a decisão final. Por isso, o indicador base utilizado foi o número de decisões do judiciário que implicavam a mudança de status da decisão administrativa. (AZEVEDO et al, 2011, p.151).

Este indicador, entretanto, é sensível à duração dos processos, que, conforme já visto, é bastante variável de acordo com a autarquia e o tipo de caso. Para evitar a super estimação da incerteza jurídica das autarquias que têm processos mais antigos e longos, foi criado um indicador alternativo, que

mostra o número de mudanças de status da decisão administrativa por unidade de tempo (o número de mudanças de status da decisão administrativa é dividido pelo tempo de trâmite do processo, em mil dias). Ambos os indicadores são apresentados na Tabela abaixo. (AZEVEDO et al, 2011, p.151).

Tabela 1. Indicador de incerteza jurídica

Autarquia	Número de observações	Número médio de mudanças de status da decisão administrativa	Indicador de incerteza jurídica
ANA	16	0,81	1,49
ANAC	61	0,56	2,69
ANATEL	111	0,25	0,38
ANCINE	18	0,61	0,57
ANEEL	108	1,19	0,98
ANP	128	0,20	0,23
ANS	155	0,43	0,55
ANTAQ	37	0,89	1,16
ANTT	108	0,67	0,59
ANVISA	107	0,88	2,53
CADE	183	1,45	0,80
CVM	176	0,25	0,14
Previc	3	0,33	0,08
Total	1211	0,67	0,83

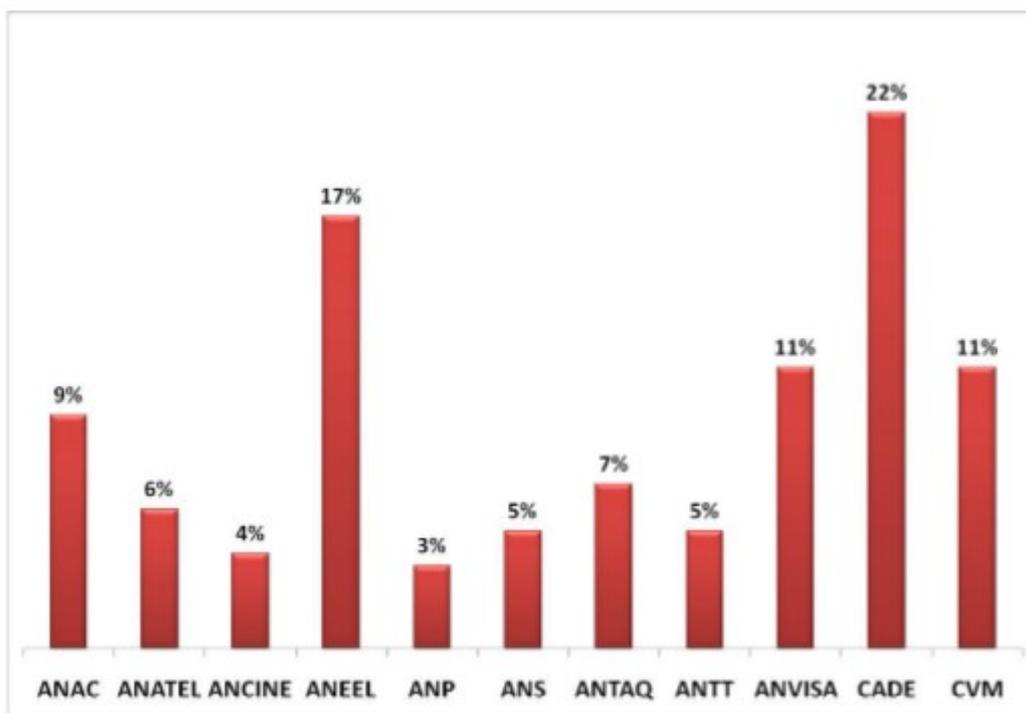
Fonte: Pesquisa de Campo

Tendo por critério o primeiro indicador, CADE e ANEEL são as autarquias mais sujeitas aos sinais conflitantes emitidos pelo judiciário. Em ambos os casos, há mais mudanças de status da decisão administrativa do que processos judiciais, o que é especialmente gravoso tendo-se em conta que a grande maioria das decisões administrativas é confirmada ao final. Uma atuação perfeitamente consistente do judiciário levaria a um nível médio de mudança de *status* da decisão administrativa idêntico à taxa de modificação da decisão final. (AZEVEDO et al, 2011, p.153).

Por fim, vislumbra-se que a proporção de transitados em julgado por autarquia, por período analisado, ainda é baixa, o que torna desejável que a

pesquisa da USP seja refeita de modo a melhorar a análise sobre como tem se dado o controle judicial de atos regulatórios nos últimos anos.

Gráfico 4. Proporção de Transitados em Julgado por Autarquia



Fonte: Pesquisa de Campo. Relatório USP

Essa pesquisa nos ofereceu portanto elementos quantitativos que ratificaram a hipótese de que a resposta do Judiciário pode ocorrer em tempo incompatível com a dinamicidade do setor regulado e que a incerteza jurídica, quando há, por exemplo, respostas contraditórias do Judiciário ao longo dos processos, dificulta a efetividade do controle judicial sobre atos regulatórios.

O caso paradigmático a seguir fornecerá elementos para uma análise qualitativa para se avaliar possíveis inconvenientes do controle judicial de atos regulatórios.

3.2. Casos de deferimentos de antecipação de tutela para desobrigar consumidores a pagarem itens da CDE⁷

A CDE é um fundo setorial que tem como objetivo prover recursos para o custeio de diversas políticas públicas do setor elétrico brasileiro e possui como fonte de recursos, dentre outras, as quotas anuais pagas por todos os agentes que comercializam energia elétrica com consumidor final, mediante encargo tarifário incluído nas tarifas de uso dos sistemas de distribuição e transmissão de energia elétrica (TUSD e TUST) conforme valores fixados pela ANEEL, em observância à legislação e regulamentação vigentes.

Conforme explicitado em capítulo anterior, as tarifas homologadas pela Agência a serem cobradas pela distribuidora dos consumidores de sua área de concessão arcam com as despesas com os custos operacionais eficientes, com a remuneração do capital investido, com os custos de energia elétrica, com a transmissão de energia elétrica e encargos setoriais, dentro os quais a CDE.

Notadamente a partir de 2015, houve um aumento de ações judiciais contestando as tarifas de energia elétrica resultantes do novo marco regulatório do setor. As ações judiciais sob análise defendem a inconstitucionalidade das medidas instituídas na CDE a partir de 2013 pela Medida Provisória nº 579/2012, convertida na Lei nº 12.783/2013, e ilegalidade dos atos regulatórios praticados pelo Poder Executivo, na edição dos Decretos nº 7.891/2013, 7.945/2013, 8.203/2014, 8.221/2014 e 8.272/2014, e pela ANEEL, nos processos de fixação das quotas anuais e das tarifas de uso dos sistemas de distribuição e transmissão, em atendimento ao novo marco legal.

Em síntese, as ações judiciais contestam falta de correspondência entre o encargo tarifário e a contraprestação do serviço, prática de política tarifária à revelia da lei, criação de subsídios cruzados entre mercado cativo e livre e entre consumidores da alta e da baixa tensão, e ilegalidade da cobrança da CDE sobre o consumo de energia elétrica, sem refletir a proporção do uso dos sistemas de distribuição e transmissão.

⁷ O início dessa sessão foi elaborada a partir de dados colhidos a partir da *Nota Técnica nº 174/2016–SGT/ANEEL*. Brasília: ANEEL, 2016.

A CDE foi criada originalmente em 2002, por meio da Lei nº 10.438/2002, para o desenvolvimento energético dos Estados, com a finalidade de promover a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional, prover recursos para compensar os descontos tarifários concedidos aos consumidores da Subclasse Residencial Baixa Renda (Tarifa Social de Energia Elétrica – TSEE) e promover a competitividade da energia produzida a partir de carvão mineral nacional, eólica, pequenas centrais hidrelétricas, biomassa e gás natural.

O novo regime instituído a partir de 2013 ampliou os usos e fundos da CDE, que passou a incorporar finalidades da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC, da Reserva Geral de Reversão - RGR, custear subsídios antes compensados pela própria estrutura tarifária das concessionárias e permissionárias de distribuição, além de promover novas políticas setoriais.

Do lado da receita, além dos pagamentos anuais realizados pelos concessionários a título de Uso de Bem Público – UBP, das multas aplicadas pela ANEEL e das cotas anuais pagas por todos os agentes que comercializam energia elétrica com consumidor final, permitiu-se o repasse de recursos da União e a transferências de recursos entre fundos setoriais geridos pelas Centrais Elétricas Brasileiras - Eletrobras.

Com relação às quotas anuais, deixaram de resultar da mera atualização do valor inicial pela inflação e o crescimento do mercado⁸, passando a corresponder à diferença entre as necessidades de recursos da Conta e a demais fontes de receita. Quanto às competências para atuação na CDE, manteve-se a regulamentação pelo Poder Executivo, a movimentação financeira da Conta pela Eletrobras e a fixação das quotas anuais pela ANEEL, que também tem competência para fiscalizar a gestão da Conta.

Até a promulgação do Decreto nº 9.022, de 31 de março de 2017, a regulamentação da CDE estava desatualizada, visto que havia lacunas e

⁸ As cotas anuais da CDE, em atendimento à redação original do art. 13 da Lei n. 10.438/2002, foram definidas inicialmente em valores idênticos àquelas estipuladas para o rateio da CCC dos Sistemas Elétricos Interligados do ano de 2001 - mecanismo previsto no §1º, art. 11, da Lei nº 9.648/1998 - que continha uma relação de 4,53 entre as cotas das regiões S/SE/CO e as cotas das regiões N/NE; nos anos subsequentes, até 2012, esses mesmos valores sofreram atualização pelo crescimento do mercado e pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA.

revogações tácitas no Decreto nº 4.541/2002. O Decreto nº 4.541/2002 estabelecia competências, procedimentos e prioridades na destinação dos recursos da CDE que estavam desatualizados no contexto do novo regime, sobretudo em relação à ampliação dos usos e fundos da Conta, à responsabilidade para a elaboração do orçamento anual e à fixação das quotas anuais, fragilizando a atuação da ANEEL e das demais instituições envolvidas no processo, além de motivar ações judiciais em curso.

Atualmente, a regulamentação e a programação orçamentária da CDE compete ao Poder Executivo, a movimentação financeira da conta e a consolidação do orçamento à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, e à ANEEL cabe a fiscalização da gestão econômica e financeira do fundo, a fixação das quotas anuais a serem pagas por todos os agentes que comercializam energia com consumidores finais, mediante encargo tarifário a ser incluído nas tarifas de uso dos sistemas de distribuição e transmissão e a aprovação do orçamento.

A partir do orçamento anual da CDE consolidado por meio de processo administrativo conduzido pela Agência, calcula-se a quota anual pela diferença entre a estimativa total de despesas e demais fontes de receita, sendo o valor resultante rateado entre todos os agentes de distribuição e transmissão do Sistema Interligado Nacional - SIN, mediante encargo tarifário incluído TUSD ou TUST, observando a proporcionalidade com relação aos valores fixados em 2012, ou seja, com o mercado de energia elétrica e com a relação de 4,53 entre as cotas das regiões S/SE/CO e N/NE (§§1º, 2º e 3º, art. 13, da Lei 10.438/2002).

A definição da metodologia de cálculo das tarifas de uso dos sistemas de distribuição e transmissão – veículo de cobrança da CDE - é competência exclusiva da ANEEL, atribuída pelo art. 3º da Lei n. 9.427, de 1996, com redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004. As metodologias de cálculo das tarifas de energia e de uso dos sistemas de distribuição e transmissão, que inclui a forma de cobrança do encargo da CDE, estão definidas nos

Procedimentos de Regulação Tarifária – PRORET e Resoluções Normativas da ANEEL⁹.

Em 28 de abril de 2015, a Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres – ABRACE, propôs ação declaratória de inexibibilidade de preço público, com pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela, contra a ANEEL. Trata-se de um caso paradigmático, visto que foi a primeira ação judicial a contestar a CDE, após as alterações do regime de formação e utilização dos recursos desse encargo tarifário decorrentes da edição da Medida Provisória nº 579/2012, convertida na Lei nº 12.783/2013

Em sua petição inicial, a ABRACE alegou que a fixação da quota da CDE para 2015 revelava *“um sem número de inconstitucionalidades e ilegalidades: (i) exercício de política tarifária por ato infralegal, em contrariedade flagrante ao princípio da reserva legal; (ii) criação de subsídios cruzados sem base legal; e (iii) repasse de diversos e vultosos custos desprovidos de comprovação ou de prévia auditoria”*.

A ABRACE utiliza como argumentação jurídica para seus pedidos, precedentes nos quais o Supremo Tribunal Federal teria esclarecido os limites ao poder estatal de instituir encargos tarifários. Como fundamentação jurídica, apresenta a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9, impetrada pelo governo, que tinha como objeto a Medida Provisória editada para enfrentar a escassez de energia verificada em 2001.

Destaca um trecho do voto do Ministro Moreira Alves em que ressalta que, com a nova ordem constitucional, tornou-se possível não só (i) a cobrança pela contraprestação dos serviços – preço público em sentido estrito ou tarifa em sentido estrito -, mas também (ii) a cobrança de valores destinados a custear medidas voltadas à manutenção do serviço adequado:

“O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Considero que o preço público antes não era preço político, mas só preço público no sentido da contraprestação do serviço ou da mercadoria. Por isso mesmo é que a Constituição era específica. Daí a razão pela qual eu ter dito, no voto que V. Exa. citou, que não era

⁹ Módulo 7 dos Procedimentos de Regulação Tarifária, última versão aprovada pela REN nº 775/2017.

possível haver uma sobretarifa que se destinasse ao concessionário, mas a terceiro. Agora, pela Constituição, esse preço público pode ser, além de preço público stricto sensu, preço público político, ou seja, servir para a política tarifária, a fim de que seja possível às concessionárias cumprir 'a obrigação de manter serviço adequado'.

(...)

Hoje, o preço público tem também o caráter político. Daí se ter de admitir, a meu ver, que haja possibilidade da utilização extralimites de um preço público, exclusivamente considerado como tal, para atender finalidades outras que, no entanto, têm uma limitação, que sejam para permitir que a concessionária possa cumprir a obrigação de manter o serviço adequado. Se não for para isso, obviamente, não é possível uma política tarifária para outra finalidade. E o caso é exemplo de livro".

Ficando sedimentado, assim, o entendimento de que o preço público em sentido amplo tarifa em sentido amplo ou política tarifária - compreende: (i) o preço público em sentido estrito, ou tarifa em sentido estrito, o qual corresponde à remuneração pelos serviços prestados; e (ii) o encargo tarifário - ou, na dicção do Ministro Moreira Alves, o "preço público político" – correspondente aos valores destinados a custear políticas públicas voltadas à manutenção de serviço adequado.

Para a ABRACE, nesse precedente, o Supremo Tribunal Federal assentou que os encargos tarifários, ou preços públicos políticos, além de precisarem ser instituídos por lei, observariam o que o Ministro Moreira Alves qualificou como "limitação", deveriam custear finalidades "que sejam para permitir que a concessionária possa cumprir a obrigação de manter o serviço adequado".

A ABRACE apresenta ainda que ambas as limitações - instituição por lei e associação com a obrigação de manter serviço adequado - foram extraídas diretamente dos incisos III e IV do parágrafo único do artigo 175 da Constituição Federal:

"Art. 175. Incumbe ao Poder Público [...] a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: [...]

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado."

A ABRACE também aponta outras limitações à instituição de encargos tarifários no setor elétrico a partir da análise do Recurso Extraordinário nº 576.189-4. Neste RE, discutiam-se os encargos de capacidade emergencial e de aquisição de energia elétrica emergencial, instituídos pela Lei n. 10.438/2002.

No voto condutor do acórdão, o Ministro Ricardo Lewandowski, primeiro, estabeleceu distinção entre taxa e preço público:

"Tanto a taxa quanto o preço público constituem um pagamento realizado em troca da fruição de um serviço ou bem estatal, divisível e específico. A distinção entre ambas está em que a primeira caracteriza-se pela nota da compulsoriedade, porque resulta de uma obrigação legal, ao passo que o segundo distingue-se pelo traço da facultatividade por decorrer de uma relação contratual."

Em seguida, o Ministro descreveu as principais características dos encargos tarifários, realçando que constituem "contraprestação pecuniária pelo consumo de energia elétrica" e que é "perfeitamente compatível com a ordem natural das coisas que [os encargos] fossem cobrados daqueles que [da continuidade do serviço] se utilizaram":

"Não vejo, também, no caso, a alegada violação aos princípios da moralidade, da isonomia, da proporcionalidade ou da razoabilidade. Isso porque, como os encargos foram criados com o objetivo de permitir a continuidade dos serviços de

geração e distribuição de energia elétrica no âmbito do Sistema Interligado Nacional, afigura-se perfeitamente compatível com a ordem natural das coisas que eles fossem cobrados daqueles que dela se utilizaram, na medida do respectivo consumo. Ou por outra, a sobrecarga e a dependência do sistema de distribuição e geração ao qual se conectaram os usuários era diretamente proporcional à quantidade de energia elétrica que consumiam. "

Portanto, na opinião da ABRACE, a decisão no Recurso Extraordinário nº 576.189-4 teria revelado limitação adicional à instituição dos preços públicos políticos: o sujeito passivo deve ser aquele que se utiliza do serviço cuja adequada manutenção é propiciada pela política custeada pelo encargo. Ou seja, de haver referibilidade entre o sujeito passivo e a política pública custeada pelo encargo.

A ABRACE alegou vício de inconstitucionalidade e de ilegalidade na definição do orçamento anual de 2015 e das tarifas a serem pagas pelos consumidores. Para essa associação, teria havido exercício inconstitucional de política tarifária, já que ato infralegal teria ampliado as finalidades da CDE por ato infralegal. Embora as finalidades da CDE tivessem sido fixadas na Lei nº 10. 438/2002, o Governo, por intermédio dos Decretos nº 7. 945/2013, 8.203/2014, 8.221/2014 e 8.272/2014, teria promovido a ampliação do escopo da CDE mediante a criação de 7 novas atribuições:

(i) neutralizar a exposição das distribuidoras no mercado de curto prazo, decorrente da alocação das cotas de garantia física de energia e de potência e da não adesão à prorrogação de concessões de geração;

(ii) "cobrir o custo adicional para as concessionárias de distribuição decorrente do despacho de usinas termelétricas acionadas em razão de segurança energética, conforme decisão do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico";

(iii) "neutralizar a exposição contratual involuntária das concessionárias de distribuição no mercado de curto prazo, decorrente da compra frustrada no leilão de energia proveniente de empreendimentos existentes realizado em dezembro de 2013";

(iv) "cobrir os custos com a realização de obras no sistema de distribuição definidas pela Autoridade Pública Olímpica APO, para atendimento aos requisitos determinados pelo Comitê Olímpico Internacional";

(v) "cobrir os custos relativos à exposição involuntária das concessionárias de distribuição no mercado de curto prazo";

(vi) cobrir os custos adicionais das distribuidoras relativos ao despacho de usinas vinculadas a Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado - CCEAR, na modalidade por disponibilidade;

(vii) "cobrir os custos relativos à Conta no Ambiente de Contratação Regulada - CONTA-ACR, de que trata o art. 1º do Decreto nº 8.221/2014".

A ABRACE pondera ainda que os Decretos que atribuíram novas funções à CDE não seria, por si só, ilegal se houvesse aporte de recursos do Tesouro Nacional para custeá-las.

A ABRACE argumenta ainda que a ANEEL também incorreu em inconstitucionalidade e ilegalidade ao desvirtuar o critério de alocação dos custos da CDE. Dispõe o § 1º do artigo 13 da Lei n. 10. 438/2002 que as quotas anuais da CDE, pagas por todos os agentes que comercializem energia com consumidor final, são recolhidas mediante encargo tarifário incluído nas tarifas de uso dos sistemas de transmissão ou distribuição.

Para a ABRACE, em virtude de a lei ter determinado a cobrança da CDE nas Tarifas de Uso dos Sistemas de Transmissão ou Distribuição - TUST ou TUSD - , a alocação dos custos da CDE deveria observar a mesma lógica de alocação de custos observada na construção dessas tarifas, ou seja, o rateio de custos deveria ocorrer na proporção do uso dos sistemas de transmissão e distribuição.

A ABRACE alega ainda contesta o repasse de itens específicos do orçamento da CDE, como o indevido repasse da despesa "Indenização de concessões" à quota da CDE. Como já mencionado, a Medida Provisória nº 579/2012 antecipou a renovação das concessões que venceriam entre 2015 e 2017. No momento da antecipação, investimentos vinculados às concessões não estavam integralmente amortizados, motivo pelo qual se fez necessário indenizá-los. Para a ABRACE, o pagamento da indenização foi pressuposto para a antecipação da captura da "renda hidráulica", e como ela foi integralmente alocada aos distribuidoras (ACR), logo, a despesa com

"Indenização de Concessões" não poderia ser rateada pelos consumidores do ACL, os consumidores livres, via CDE, por faltar o requisito da referibilidade no componente tarifária.

Na decisão de primeira instância, o juiz reconheceu a complexidade da questão e, após audiência convocada para obter maiores subsídios para o julgamento do pedido, concedeu o pedido de antecipação de tutela por meio de exame sumário da causa em analisou os requisitos do Código de Processo Civil para a concessão de antecipação de tutela, quais sejam, a verossimilhança do direito e perigo de dano.

Ao se analisar a verossimilhança do direito, destacou-se a inovação no mundo jurídico por decreto sem correspondência na lei formal. O juiz federal citou vários itens da composição da CDE para o ano de 2015 que estariam divorciados da legalidade exigida no art. 175, III da Constituição Federal e do conceito doutrinário de tarifa.

Com relação ao perigo de dano, também recomentou-se a tutela de urgência porque teria havido um aumento significativo da quota de CDE, para aquele ano, dificultando seu pagamento que totalizaria quatro bilhões de reais por ano.

A ANEEL requereu então a suspensão da antecipação de tutela ao Tribunal Regional Federal. Além de refutar os argumentos de mérito apresentados pela ABRACE, a Agência dispôs que a regra criada pela decisão não era auto-aplicável e não esclarecia como seria coberto o déficit que causaria na CDE, demandando alteração dos regulamentos vigentes, análise de impacto regulatório das alternativas metodológicas, com sujeição de matéria à audiência pública. A Agência alegou ainda que a decisão liminar desnatura o próprio instituto da CDE, sendo inevitável a ameaça aos objetivos da política pública inscrita no art. 13 da Lei 10.438/2002 e prejudica o exercício regular das funções da Administração, com dispêndio de tempo e recurso para a complexa operacionalização do recálculo das quotas da CDE/2015, com provável efeito multiplicador.

O Tribunal Regional Federal- TRF indeferiu o pedido de suspensão. Houve a manutenção da decisão agravada, ante a possibilidade, segundo o tribunal, de dano inverso mais grave à economia pública, decorrente do repasse de custos de novas atribuições da CDE aos grandes consumidores

de energia elétrica, com aumento desproporcional nos encargos de energia elétrica acarretando a imediata diminuição dos investimentos e aumento do custo de produção das indústrias e, conseqüentemente, a perda de competitividade da produção e aumento de desemprego.

Ante o indeferimento do TRF, a Agência apresentou novamente o pedido de suspensão da antecipação de tutela, dessa vez ao Superior Tribunal de Justiça – STJ. A ANEEL defendeu a competência do STJ ao afirmar que uma vez que a questão que se cinge à correta aplicação da Lei nº 10.438/2002, o órgão competente para apreciar este novo pedido de suspensão é o STJ, pois a competência desse tribunal para deliberar acerca de pedidos de suspensão de decisão está vinculada à fundamentação de natureza infraconstitucional da causa. Também se solicitou extensão dos efeitos da suspensão a 31 (trinta e uma) decisões liminares semelhantes listadas no pedido, dado que elas teriam sido deferidas sob os mesmos argumentos apresentados pelo autor da ação originária, sob o fulcro do art. 4º, §8º, da Lei nº 8.437/1992.

A ministra Laurita Vaz, presidente do STJ, conclui que a competência para processar e julgar o requerimento é da Presidência do Supremo Tribunal Federal – STF, não conhece do pedido suspensivo e determina que os autos sejam encaminhados ao STF. Apresenta como um dos argumentos, precedente em que o STF admite a índole constitucional da controvérsia relativa à violação do postulado da reserva legal na formação da política tarifária.

No STF, por sua vez, houve em maio de 2017, manifestação da Procuradoria - Geral da República, por meio da qual se expõe que o debate sobre encargos tarifários e exorbitância ou não dos parâmetros das leis de regência, dentro do campo regulado com especificidade pela ANEEL, não tem assento diretamente constitucional e que a controvérsia apenas de forma mediata ou reflexa poderia redundar em ofensa ao Texto Constitucional. Trata-se, portanto, de parecer pelo não conhecimento do pedido, seguido de devolução dos autos ao STJ.

Até a conclusão do presente trabalho, não há decisão definitiva ao processo iniciado em abril de 2015, ou seja, passado 30 meses não se tem uma resposta final do Judiciário. Ainda não há como se avaliar

numericamente o indicador incerteza jurídica apresentado pelo estudo patrocinado pelo CNJ, mas já se verifica que o aumento dessas liminares poderá inviabilizar políticas públicas setoriais custeadas pela CDE.

Conclui-se da análise dessa decisão que as limitações de ordem processual impostas ao Judiciário, fazem com que essa instituição possua apenas uma visão parcial do problema da política regulatória.

Em capítulo que trata sobre críticas e propostas acerca dos instrumentos clássicos e modernos que conformam a escolha administrativa, Sergio Guerra ratifica a existência de uma crise do direito administrativo pela falta de categorias/ fórmulas que tragam respostas objetivas a essa nova fase, que clama pela justiça social, que deve levar em conta aspectos econômicos, ambientais. (GUERRA, 2013, p. 219)

A primeira crise refere-se ao princípio da legalidade, até então a coluna vertebral do direito administrativo pátrio. Não se sustenta a desconsideração absoluta da regra legiferante, haja vista que não deixa de ser um padrão a ser observado no sistema jurídico-constitucional brasileiro. Contudo, ela vem sendo insuficiente, pois não decifra o politeísmo de valores necessários para propiciar uma decisão proporcional diante dos inúmeros conflitos sociais. (GUERRA, 2013, p. 219)

Considerando as características da composição e a atuação do Poder Legislativo, somadas as dificuldades naturais para regular em detalhes todos os subsistemas regulados pelo Estado, é necessário, portanto, redefinir a divisão clássica de tarefas e competências normativas. Até porque, em muitas situações, a busca de exaustiva regulação por meio da norma primária pode produzir consequências nefastas ao interesse público. A adequação da ação no campo regulatório a determinadas circunstâncias que se apresentam no cotidiano exigem uma flexibilidade (maleabilidade) de regras para sua correta apreciação e decisão. (GUERRA, 2013, p. 219)

Impõe-se o afastamento do legislador primário das minúcias normativas, sobretudo para adentrar em aspectos técnicos que, por sua natureza, não representam a “vontade geral”. Essa tarefa deve estar afeta ao Poder Executivo, seja por estar em melhores condições de avaliar qual será, em determinado caso, a justa solução para se encontrar um grau ótimo de execução das políticas públicas – que precisam ser mais bem definidas nas

regras legais -, seja por dispor de melhor aparato institucional para tecer maiores detalhamentos normativos. (GUERRA, 2013, p. 219)

Diante dessas críticas, propôs-se legitimar a regulação administrativa por meio da deslegalização de matérias. É irrefutável o fato de que, em vista da permeação de dados da realidade no direito, notadamente pelas novas relações sociais, econômicas, científicas e, especialmente, as tecnológicas, a filtragem dos novos ramos do conhecimento para a adequação da tecnologia jurídica tem-se tornado cada vez mais problemática. (GUERRA, 2013, p. 223)

A escolha administrativa em sede de regulação de subsistemas permeados pelo sistema social revela-se uma necessidade do Estado pós-moderno, um expediente atenuador e de cooperação entre os poderes Legislativo e Executivo. Dessa forma, sustentou-se que a categoria “regulação administrativa” se apresenta como uma nova etapa, uma real evolução do processo de mutação da escolha administrativa, que poderá ser legitimada e conformada ao contexto jurídico-constitucional brasileiro por meio da deslegalização de matérias, a conviver com as regras constitucionais e com a primeira fonte normativa ordinária: a lei. (GUERRA, 2013, p. 223)

Quando se cogitou a aplicação da deslegalização, não se quis sustentar a retirada da base legalitória para a atuação das entidades administrativas na regulação de atividades econômicas e setores sensíveis à sociedade – saúde, vigilância sanitária etc. O que se buscou perfilhar foi a autorização, prevista na própria norma primária, para que entes descentralizados do poder público possam complementar o marco regulatório de determinado subsistema especializado sem estar atrelado às poucas situações previstas – caso eventualmente detalhadas – anteriormente pela lei. (GUERRA, 2013, p. 223)

Até o momento em que se finaliza esse trabalho, são sessenta e duas ações judiciais que contestam a CDE, sendo quarenta e duas com decisões liminares já exaradas que concedem isenção do pagamento de parcelas controversas do encargo a grupos específicos de consumidores de energia elétrica. Os termos das ações não são idênticos, cada qual contesta itens específicos do orçamento, alguns discordam da forma de rateio do encargo e

outros não se restringem a contestar a cota da CDE de um determinado ano, podendo afetar também o orçamento de anos subsequentes.

Essas decisões com antecipação de tutela que demandam revisão dos atos homologatórios de tarifas a serem aplicadas pelas distribuidoras ensejam a revogação das Resoluções Homologatórias, com consequente recálculo dessas tarifas.

Faz-se necessário observar que nesses casos em análise, o cumprimento dessas decisões requer o desenvolvimento de metodologia específica para o cálculo das cotas anuais da CDE e do correspondente encargo tarifário, de forma não prevista na legislação e na regulação vigentes, com afetação de terceiros. Ou seja, para o cumprimento dessas decisões liminares ensejam toda uma mudança no procedimento de rateio de custos entre os consumidores de energia elétrica.

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

A ANEEL possui como um de seus papéis institucionais a fixação das quotas anuais da CDE de forma a garantir o equilíbrio econômico e financeiro da Conta, não impondo ônus ou bônus ao seu gestor.

Para cumprimento da liminar no caso ABRACE, foi realizada uma audiência pública para que se oportunizasse a manifestação de consumidores e de distribuidoras afetados pela decisão e que se aprovasse a forma para seu cumprimento. A metodologia resultante de audiência pública impôs a publicação de novas tarifas diferenciadas para os associados da ABRACE e a diferença de receita resultante da tarifa calculada anteriormente e da tarifa diferenciada da ABRACE foi apurada como um componente financeiro e alocada para os demais consumidores. Desta forma, garantiu-se a cobertura tarifária devida para a distribuidora conforme sua obrigação de recolhimento da quota CDE. Tratou-se, portanto, de um componente financeiro com efeito alocativo, diferenciando os consumidores ABRACE dos demais consumidores.

Posteriormente, em decorrência do aumento da concessão de liminares, em junho de 2016, decidiu-se modificar o procedimento de cumprimento, após nova realização de Audiência Pública e então a perda de arrecadação do encargo passou a refletir na execução orçamentária do Fundo e, conseqüentemente, nos reembolsos efetuados aos beneficiários cujos gastos estão sendo contestados na justiça. Com isso, as distribuidoras e os demais consumidores de energia elétrica, sem proteção judicial, não seriam mais diretamente impactados pelas liminares vigentes e novas decisões que pudessem ser tomadas. Por outro lado, o repasse dessa perda ao Fundo pode inviabilizar as políticas públicas promovidas pela CDE. Nesse sentido, vislumbra-se que “não existe almoço grátis” no cumprimento dessas decisões de antecipação de tutela.

3.3. Consequências da judicialização do setor elétrico

A judicialização do setor elétrico tem despertado atenção tanto do Poder Executivo como do Legislativo.

Tem sido constante nas abordagens atuais sobre o papel do Judiciário na regulação a interpretação de que o ativismo judicial atua nos momentos decisórios e de formulação, impacta também no processo de tomada de decisão *ex-post*. (DE ABREU MONTEIRO et al., 2013, p.409)

A lei nº 13.360, de 17 de novembro de 2016, pode ser interpretada como um exemplo do impacto dessa judicialização no processo de tomada de decisão *ex-post*. Esse dispositivo normativo tratou de alterações relevantes ao setor de energia elétrica, dentre as quais do processo de privatização das concessionárias de distribuição, do repasse dos custos decorrentes do Tratado de Itaipu para os consumidores, mudanças no Ambiente de Contratação Livre, possibilitando a venda de excedente de energia elétrica das distribuidoras para consumidores livres/especiais, quando houver excesso de energia contratada e o fim da restrição de tensão para os consumidores livres.

Para o escopo deste trabalho, merece destaque as alterações que essa lei trouxe para a CDE. Primeiramente, a lei nº 13.360/16 transferiu para a CCEE

a gestão da CDE, anteriormente administrada pela Eletrobras, bem como a gestão da RGR e CCC. Além disso, ampliou as despesas da CDE para abarcar a compensação dos descontos aplicados nas tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão; o impacto tarifário da reduzida densidade de carga do mercado de cooperativas de eletrificação rural, concessionárias ou permissionárias, em relação à principal concessionária de distribuição supridora; e os custos administrativos, financeiros e tributário da CCEE devido pela administração da CDE. Estabeleceu-se, ainda, a apresentação pelo Poder Concedente de plano estrutural de redução das despesas da CDE, até 31 de dezembro de 2017. E, por fim, alterou a forma de rateio das quotas anuais da CDE.

O rateio das quotas anuais da CDE entre os consumidores de energia elétrica deve atualmente observar trajetória para a relação entre os custos unitários da CDE, definido em R\$ por MWh, repassados aos consumidores das regiões S/SE/CO e N/NE, e dos níveis de atendimento da Alta Tensão - AT, Média Tensão - MT e Baixa Tensão - BT. As quotas devem observar um ajuste gradual e uniforme, de 2017 a 2030, dos custos unitários da CDE, para que ao final do período não haja diferenciação regional e a diferenciação por nível de tensão obedeçam uma proporção fixa entre consumidores de alta, média e baixa tensão, nos termos dos parágrafos 3º a 3º-G do art. 13 da Lei nº 10.438, de 2002.

Assim como as medidas propostas por meio da Nota Técnica nº 5/2017/AEREG/SE pelo Ministério de Minas e Energia, no âmbito da Consulta Pública nº 33, (*“iv-medidas de sustentabilidade, que incluem propostas de desjudicialização e distribuição da renda dos ativos do setor”*), a Lei nº 13.360/16, ao menos em parte, (como a nova forma de rateio das quotas anuais da CDE) pode ser interpretada como uma resposta a judicialização do setor. Pode-se conjecturar que sem a judicialização, essa nova forma de rateio não teria sido feita porque pode trazer consequências inicialmente não desejadas ao setor elétrico.

Em texto de 2010, o especialista em regulação, o sr. Leandro Caixeta Moreira advertia sobre a questão da assimetria tarifária. De certa forma, a forma que estava sendo feito o rateio da quota de CDE contribuía para a diminuição dessa problemática já apresentada em 2010.

No passado, a equalização tarifária associada a um sistema de regulação pelo custo do serviço não foi capaz de estimular as distribuidoras a adotarem práticas operativas eficientes. O atual sistema de regulação por preços máximos, que o sucedeu, tornou-se imprescindível para que as concessionárias passem a ser mais eficientes e forneçam energia a preços competitivos. No entanto, como todas as distribuidoras estão sujeitas aos mesmos métodos de alteração de tarifas, a assimetria hoje verificada não é resultado de ineficiências operativas, mas sim de características estruturais do mercado atendido. Concessões com baixa densidade de carga, em geral, geram maiores custos (por unidade consumidora) para a prestação de um serviço adequado. (MOREIRA, 2010, p.385).

Se não enfrentada, a questão apontada pode vir a criar uma espiral negativa, já que concessões com elevada densidade de carga, que têm tarifas menores, tornam-se mais atrativas a novos investimentos do que as concessões com tarifas maiores. Assim, não havendo desenvolvimento dos mercados menos densos, a tendência seria o agravamento das assimetrias hoje verificadas. Como a energia elétrica é vetor fundamental para o desenvolvimento, a questão discutida está diretamente relacionada com a evolução econômica e social do país. (MOREIRA, 2010, p.385).

Portanto, o desafio a ser enfrentado é o de propor um mecanismo que traga suavização das assimetrias tarifárias, e ao mesmo tempo preserve o modelo regulatório vigente, ou seja, mantenha o incentivo para que as concessionárias se tornem cada vez mais eficientes. Propõe-se, então, aperfeiçoar o mecanismo de recolhimento dos encargos setoriais para que as concessões que tenham Parcela B menor recolham proporcionalmente mais encargos setoriais. (MOREIRA, 2010, p.385).

Com relação aos encargos setoriais, à exceção do encargo de P&D, por força do qual a própria concessionária é obrigada a investir parte de sua receita em programas de pesquisa e eficiência energética, todos os demais têm natureza de subsídios cruzados. Não há relação direta entre a origem dos recursos e sua destinação. Trata-se de encargos estabelecidos por leis, com finalidades nela previstas, recolhidos via tarifa e geridos para se atingir a finalidade definida. Não há, por exemplo, relação entre os custos da CDE, recolhidos por determinada concessionária, e os recursos que são repassados a esta e oriundos daquele fundo. O que se busca é que sejam arrecadados recursos suficientes para que a Eletrobras, que é gestora desses recursos, tenha condição de atingir os objetivos previstos na Lei 10.438/2002, que instituiu a CDE. (MOREIRA, 2010, p.378).

Com efeito, ratifica-se o entendimento de que embora a atuação do Poder Judiciário possa contribuir para a realização dos pressupostos do Estado Regulador, sua atuação deve ser pautado por limites. A judicialização de um determinado setor regulado impacta consideravelmente o processo de tomada de decisão *ex-post* já que se torna uma variável a ser considerada na elaboração da regulação.

Conforme exposto pelo pedido de suspensão da liminar apresentado pela ANEEL, a decisão liminar do caso ABRACE trouxe impacto imediato à economia pública da ordem de R\$1,810 bilhão ao ano. Considerando o efeito multiplicador e a obtenção de decisões similares pelos demais consumidores, o impacto potencial chega a aproximados R\$9,2 bilhões.

Segundo a forma inicial de cumprimento da decisão judicial, esse impacto importaria em aumento tarifário de todo o Brasil de até 8% nos próximos processos de reajuste ou revisão, a depender do alcance da decisão judicial liminar em cada área de concessão.

Contudo, conforme relatado, a multiplicação de decisões judiciais tornou impossível compatibilizar o cumprimento da decisão judicial com o equilíbrio financeiro da CDE. Assim, a ANEEL, por meio da Resolução Homologatória

n.º 2.084, 14 de junho de 2016, viu-se compelida a aceitar a impossibilidade de cobertura do déficit da CDE pelos demais consumidores. Dessa forma, o impacto econômico continua existindo, mas passa a impactar diretamente o fundo da CDE em vez de refletir diretamente na tarifa de energia. O risco de novas decisões judiciais, no limite, pode inviabilizar a subsistência da CDE e de todas as políticas públicas que oportuniza.

4. Conclusão

As agências têm sido chamadas a responder pela regulação de determinadas áreas da atividade econômica em que a presença do Estado se faz necessária na qualidade de regulador, devido a estas áreas apresentarem algumas características próprias. Para estas áreas, a regulamentação clássica (regulamento estritamente executivo, aquele editado para dar fiel execução a uma lei de grande densidade normativa) não supre as necessidades dos diversos interesses envolvidos, devido a uma miríade de razões, como o fato de as agências apresentarem geralmente uma equipe especializada e, devido à restrita área em que agem, conseguem desenvolver um *know-how* que dificilmente seria encontrado em órgãos com competências mais amplas. (NETO, 2009, p. 393-394)

O desafio do Estado Regulador é intervir na economia sem aniquilar o mercado ou afetar mortalmente a livre iniciativa e a liberdade de ofício ou profissão. Além disso, deve garantir os direitos materiais, sem atingir o núcleo essencial de outros direitos e garantias também assegurados constitucionalmente. (SILVA, 2014, p.32).

Essa atividade, portanto, desafiadora e sujeita à falhas deve ser controlada.

O controle judicial persiste como eficaz instrumento de controle e aperfeiçoamento da atividade regulatória, reconhecendo-se a relação direta

entre o seu adequado funcionamento e a preservação do bem comum e do interesse público. (SILVA, 2014, p.35).

Por outro lado, apesar do Poder Judiciário ser importante para a garantia dos direitos fundamentais objetivados, sua atuação pode trazer alguns inconvenientes.

Primeiramente, a atuação das agências reguladoras tem uma dinamicidade não encontrada no Poder Judiciário.

Por outro lado, em relação ao Poder Judiciário, a Administração Pública possui uma visão bem mais ampla do objeto sobre o qual expedirá a política pública ou regulatória, uma vez que possui informações a respeito das fontes de receitas, qual o público que necessita de tal política (beneficiários), qual o objeto que será entregue, qual o melhor meio para o atingimento da finalidade etc., informações estas de que não dispõe o Judiciário no julgamento da ação que verse a respeito da política pública ou regulatória (ISSA, 2015, p.164)

Por fim, o controle da Administração apenas na relação ilegalidade = nulidade é insuficiente para a atuação judicial frente aos atos normativos regulatórios. (ISSA, 2015, p.189)

A complexidade do setor elétrico impõe ao Poder Judiciário o dever de analisar as consequências de suas decisões para todo o setor. A análise do casos de antecipação de tutela para desobrigar os consumidores a pagarem itens da CDE proporciona uma visão clara acerca dos custos e da incerteza jurídica que uma atuação morosa do Judiciário pode causar.

O estudo patrocinado pelo CNJ traz conclusões totalmente aplicáveis aos casos analisados.

Em termos de direitos difusos e coletivos, quando esses são efetivamente tratados em questões envolvendo consumidores e concessionárias, novamente se observa nos casos levados ao Judiciário uma tendência a privilegiar a dimensão do direito subjetivo pleiteado naquele caso individual pelo consumidor, sem olhar muitas vezes para as consequências da decisão para a política regulatória, para a massa de consumidores e até para os demais concorrentes, que, embora não sejam partes no caso diante do juiz serão afetados dado que a decisão de intervenção pode provocar ajustes na regulação (sem que institutos como o do litisconsórcio consigam dar conta do

problema). É o caso típico das demandas relativas a inadimplemento no pagamento de tarifas das concessionárias pelo consumidor, cuja correta proteção pelo Judiciário, em nome da dignidade do consumidor, acaba, porém, por provocar aumento no nível geral das tarifas e dificulta a gestão empresarial do serviço público, grande alvo do modelo de privatização aliado à regulação setorial.(AZEVEDO et al, 2011, p.298-299).

O Poder Judiciário certamente desempenha um papel vital no Estado Regulador. As intervenções do Judiciário podem ser vitais para correção de falhas de decisões regulatórias ou mesmo evitar que ocorra a captura nas agências reguladoras.

Na verdade, a simples existência do controle judicial dos atos regulatórios pode causar efeitos positivos nas ações das agências, visto que passam a decidir de forma mais bem fundamentada.

Por outro lado, a efetividade do controle judicial depende do tempo de resposta do Judiciário bem como da qualidade dessa resposta. No caso ABRACE, mesmo passados 30 meses do início da ação judicial, não houve nem mesmo sentença da primeira instância.

Os dados apresentados pela pesquisa patrocinada pelo CNJ demonstram que os tribunais superiores mostram uma tendência a confirmar a decisão das agências, ao mesmo tempo em que as liminares “mudam de sinal” de forma excessiva, isto é, são revogadas e novamente concedidas ao longo do processo judicial. Essas “oscilações judiciais” dão sinalizações indesejáveis ao mercado e às próprias agências. As agências podem ser desestimuladas a determinadas intervenções que seriam necessárias.

A incerteza jurídica estimula o recurso com fins meramente protelatórios e o uso do judiciário como instrumento de administração de dívidas, ao mesmo tempo em que desestimula o desejável recurso por aqueles que acreditam no erro de mérito da decisão administrativa ou do abuso por falha de fundamentação técnica. (AZEVEDO et al, 2011, p.306).

Apesar de fugir do escopo desse trabalho, que não assumiu caráter propositivo, a quase totalidade dos textos lidos que abordam os desafios do controle judicial apresenta a importância da criação de varas especializadas para a matéria regulatória, possibilitando a especialização de juizes e assessores.

Desse modo, os problemas relativos à multiplicação de demandas sobre um mesmo tema ou decisão administrativa serão reduzidos dada a concentração dos casos a um grupo especializado de juízes, que poderão otimizar a resposta, além de naturalmente ficar sinalizado aos agentes a frustração de estratégias de multiplicação. (AZEVEDO et al, 2011, p.298-299).

Buscou-se com este trabalho, a partir do conceito de Estado Regulador, avaliar a experiência do controle judicial de atos regulatórios no setor elétrico, especificamente no âmbito das tarifas homologadas pela ANEEL.

Inicialmente, objetivou-se a apresentação de considerações abrangentes sobre o setor elétrico, as principais instituições atuantes, por meio de estudo do marco regulatório e de normas secundárias da agência. Como pôde ser verificado, o processo de definição de tarifas a serem aplicadas pelas distribuidoras de energia segue um rito administrativo e metodologia de cálculo fundamentados nas cláusulas econômicas dos Contratos de Concessão assinados pelas distribuidoras e pelo Poder Concedente e que garantam equilíbrio econômico-financeiro à concessionária ou permissionária de distribuição. Na hipótese de haver decisões que desobriguem os consumidores a pagar determinados custos, outro consumidor ou beneficiários das políticas públicas setoriais necessariamente serão afetados.

Obviamente, dado a importância da temática, que acredito ser uma das principais questões a serem enfrentadas pelo Direito Administrativo Brasileiro contemporâneo, o trabalho é apenas uma contribuição inicial ao debate acerca do controle judicial de atos regulatórios em sentido estrito, para além do debate já consolidado na doutrina sobre o controle judicial de atos administrativos no sentido amplo.

5. Bibliografia

Atlas de Energia Elétrica do Brasil, 2ª Edição, Agência Nacional de Energia Elétrica, 2008, 236 p.

ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. Caleford, UK: Laccademia Publishing, 2014.

ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da atividade normativa das agências reguladoras**. 2010. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Recife, Recife. Disponível em: http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/3867/arquivo268_1.pdf?sequence=1. Acesso em: 08/08/2017.

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle judicial da regulação – o caso do setor elétrico**. 2009. 217 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4082/1/2009_GuilhermeHenriqueDeLaRocqueAlmeida.pdf Acesso em: 08/08/2017.

ASSED, Andressa Mendes Pinheiro. **Controle judicial dos atos das agências reguladoras**. 2006. 230 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp000580.pdf> Acesso em: 18/10/2017.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública**. São Paulo: USP, 2011. Relatório da pesquisa. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_ edital1_2009.pdf. Acesso em: 15/10/2017.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras: Poder Normativo, Consulta Pública, Revisão Judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle Jurídico da Legitimidade da Atividade Regulatória Normativa**. 2007. 343 f. Tese (Doutorado) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041800.pdf> Acesso em: 10/10/2017.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

CZELUSNIAK, Marcelo Salomão. **A regulação em julgamento: ações coletivas sobre telecomunicações na jurisprudência do STJ**. 2009. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8765/1/Marcelo%20Salomao%20Czelusniak.pdf> Acesso em 18/10/2017.

DE ABREU MONTEIRO, Maurílio; RAVENA, Nirvia; DA ROCHA CONDE, Cláudio Luciano. **Judicialização da regulação e perda da qualidade do fornecimento de energia elétrica em áreas periféricas**. Revista de Administração Pública-RAP, v. 47, n. 2, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v47n2/v47n2a06.pdf> Acesso em: 18/10/2017.

GOMES, Darcílio Augusto. **Glossário Técnico Jurídico: para conhecer o setor elétrico brasileiro**. Belo Horizonte: Coge, 2004.

GOLDENBERG, José; PRADO, Luiz Tadeu Siqueira. **Reforma e crise do setor elétrico no período FHC**. Tempo soc., São Paulo, v. 15, n. 2, p. 219-235, Nov. 2003. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702003000200009&lng=en&nrm=iso Acesso em 07 de agosto de 2017

GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____. Atualidades sobre o controle judicial dos atos regulatórios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, fevereiro/março/abril, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-2010-SERGIO-GUERRA.pdf> Acesso em: 17/10/2017.

_____. **Discrecionalidade, Regulação e Reflexividade. Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

ISONI, Ananda Tostes. **Controle Judicial de Atos Regulatórios**. 2011. 108 f. Graduação – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

Disponível em:
http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3507/1/2011_AnandaTostesIsoni.pdf
Acesso em: 07/07/2017.

ISSA, Rafael Hamze. **O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras**. 2015. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16062015-154504/pt-br.php> Acesso: 18/10/2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LAPLANE, Marcelo. **Regulação do setor elétrico brasileiro: uma análise do "custo regulatório"**. 2006. 103p. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, SP. Disponível em: <http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000431054> Acesso em: 18/10/2017.

LOPES, Camila Figueiredo Bomfim. **Regulação e credibilidade: o caso dos reajustes das tarifas de fornecimento de energia elétrica**. 2011. 185 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Regulação e Gestão de Negócios) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9342/1/2011_CamilaFigueiredoBomfimLopes.pdf. Acesso em 08/07/2017.

MOREIRA, L. C. Política Tarifária, Assimetrias Resultantes e Possíveis Aperfeiçoamentos. In: CASTRO, M.F.de; LOUREIRO, L.G.K. (Orgs.). **Direito da Energia Elétrica no Brasil. Aspectos Institucionais, Regulatórios e Socioambientais. Temas Polêmicos**. Brasília: ANEEL, 2010.

NETO, O.C. da S. Noções Gerais sobre o Controle das Agências Regulatórias no Direito Norte-Americano. In: DI PIETRO, M.S.Z. (Org.). **Direito Regulatório. Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

PAGOTTO, L.U.C. Fundamento Constitucional da Atividade Normativa das Autarquias no Direito Brasileiro. In: DI PIETRO, M.S.Z. (Org.). **Direito Regulatório. Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

PAIXÃO, L. A. Aspectos Jurídicos- Institucionais do Setor Elétrico Brasileiro. In: DI PIETRO, M.S.Z. (Org.). **Direito Regulatório. Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

SAMPAIO, P.; WADA, Ricardo Morishita. A regulação e o Judiciário: o caso do setor de eletricidade. In: PRADO, M. M. (Org.) **O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17700/O-judiciario-e-o-estado-regulador.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 15/10/2017.

SANTOS, Mylena Cristina Corrêa. **A legitimidade e o controle do poder normativo no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica**. 2011. 69 f. Graduação – Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais – Centro Universitário de Brasília, Brasília. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/298/3/20506255.pdf>
Acesso em 15/10/2017.

SILVA, Fernando Quadros da. **Controle Judicial das Agências Reguladoras: Aspectos Doutrinários e Jurisprudenciais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

5.1. Normas

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Superintendência de Gestão Tarifária. *Nota Técnica nº 220/2015–SGT/ANEEL*. Brasília: ANEEL, 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Superintendência de Gestão Tarifária. *Nota Técnica nº 255/2015–SGT/ANEEL*. Brasília: ANEEL, 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Superintendência de Gestão Tarifária. *Nota Técnica nº 258/2015–SGT/ANEEL*. Brasília: ANEEL, 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Superintendência de Gestão Tarifária. *Nota Técnica nº 174/2016–SGT/ANEEL*. Brasília: ANEEL, 2016.

BRASIL. Lei nº 8.631, de 04 de março de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8631.htm. Acesso em: 17/10/2017.

_____ Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em: 17/10/2017.

_____ Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm. Acesso em: 17/10/2017.

_____ Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm. Acesso em: 17/10/2017.

_____ Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10438.htm. Acesso em: 17/10/2017.

_____ Lei nº 10.847, de 15 de março de 2004. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l10.847.htm.
Acesso em: 17/10/2017.

_____ Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l10.848.htm.
Acesso em: 17/10/2017.

_____ Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2011-2014/2013/Lei/l12783.htm.
Acesso em: 17/10/2017.

_____ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.
Acesso em: 17/10/2017.

_____ Lei nº 13.360, de 17 de novembro de 2016. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/L13360.htm.
Acesso em: 17/10/2017.

_____ Decreto nº 2.335, de 06 de outubro de 1997. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2335.HTM. Acesso em:
17/10/2017.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. NOTA TÉCNICA Nº
5/2017/AEREG/SE