



Instituto Brasileiro de Direito Público
Escola de Direito de Brasília – EDB
Mestrado em Direito Constitucional

VERÔNICA DE CAMARGO GOLFETTO

A JUDICIALIZAÇÃO DAS ESCOLHAS REGULATÓRIAS DO SETOR ELÉTRICO

**Brasília
2019**

VERÔNICA DE CAMARGO GOLFETTO

A JUDICIALIZAÇÃO DAS ESCOLHAS REGULATÓRIAS DO SETOR ELÉTRICO

Dissertação apresentada à Pós-Graduação Stricto Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito parcial para obtenção do título e grau de Mestre em Direito Constitucional.
Área de concentração: Direito Econômico

Orientador: Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho

**Brasília
2019**

VERÔNICA DE CAMARGO GOLFETTO

A JUDICIALIZAÇÃO DAS ESCOLHAS REGULATÓRIAS DO SETOR ELÉTRICO

Dissertação apresentada à Pós-Graduação Stricto Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito parcial para obtenção do título e grau de Mestre em Direito Constitucional.

Aprovada em (...) de 2019.

Comissão Julgadora

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Dedico a presente dissertação a duas pessoas, Celestino Ivo Golfetto e Wilma de Camargo Golfetto, em retribuição ao amor, carinho e incentivo dispensados a mim. Vocês me ensinaram a lutar pelos meus sonhos e a nunca desistir nos momentos difíceis. Mostraram-me que o respeito, a honestidade e a gratidão são as maiores virtudes do homem. A eles devo tudo, pois são os responsáveis pela pessoa que me tornei. Sou extremamente grata e tenho muito orgulho de chamá-los de pai e mãe. Vocês são o meu porto seguro. Amo vocês.

RESUMO

O presente trabalho, por meio da análise de três estudos de caso, analisou as causas que acarretaram a massiva judicialização do setor elétrico. O estudo constatou que a judicialização das discussões resultaram no agravamento do desequilíbrio regulatório, alterando a dinâmica de contabilização e liquidação da Câmara de Comercialização do Setor Elétrico - CCEE e aumentando a insegurança jurídica entre os agentes regulados. Nada obstante, tal consequência foi importante para alertar o Estado sobre as inconsistências das escolhas regulatórias, fazendo com que fossem detectadas as falhas sistêmicas e a reconstituição de medidas visando o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos vigentes.

Palavras-chaves: escolhas regulatórias. Judicialização. Setor elétrico Brasileiro.

ABSTRACT

The present work, through the analysis of three case studies, analyzed the causes that led to the massive judicialization of the electric sector. The study found that the judicialization of the discussions resulted in the worsening of the regulatory imbalance, altering the accounting and settlement dynamics of the Electric Sector Trading Chamber (CCEE) and increasing legal uncertainty among regulated agents. Nevertheless, this consequence was important to alert the State to inconsistencies in regulatory choices, leading to the detection of systemic failures and the reconstitution of measures aimed at the economic and financial balance of existing contracts.

Keywords: regulatory choices. Judicialization. Brazilian electric sector.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Atribuições do setor elétrico brasileiro - por instituição	24
Figura 2: Relação entre agentes de distribuição de energia e os consumidores	29
Figura 3: Características dos ambientes de contratação de energia: ACL e ACR	32
Figura 4: Fórmula GSF	36
Figura 5: funcionamento GSF	65
Figura 6: Impacto do GSF na Liquidação da CCEE	66
Figura 7: GSF médio anual	67
Figura 8: evolução participação termelétricas	68
Figura 9: Liquidação 2015.....	96
Figura 10: Liquidação CCEE 2016.....	96
Figura 11: Liquidação 2017.....	97
Figura 12: Histórico da adimplência percebida pelos agentes	97

ABREVIATURAS E SIGLAS

ABEEÓLICA – Associação Brasileira de Energia Eólica

ABRACEEL – Associação Brasileira dos Agentes Comercializadores de Energia Elétrica

ABRADEE – Associação Brasileira dos Distribuidores de Energia Elétrica

ABRAGEL – Associação Brasileira de Geração de Energia Limpa

ABRAGET – Associação Brasileira de Geradoras Termelétricas

ACL – Ambiente de Contratação Livre

ACR – Ambiente de Contratação Regulada

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

APINE – Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica

CAR – Curva de Aversão a Risco

CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

CDE – Conta de Desenvolvimento Energético

CMSE – Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNPE – Conselho Nacional de Política Energética

EPE – Empresa de Pesquisa Energética

ESS – Encargo de Serviço de Sistema

GSF – Generating Scaling Fator

GF – Garantia Física

MCP – Mercado de Curto Prazo

MME – Ministério de Minas e Energia

MRE – Mecanismo de Alocação de Energia

ONS – Operador Nacional do Sistema

PIEE – Produtor Independente de Energia Elétrica

PLD – Preço de Liquidação das Diferenças

SIN – Sistema Integrado Nacional

TCU – Tribunal de Contas da União

Sumário

1	O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO	16
1.1	<i>O arcabouço jurídico do Setor Elétrico Brasileiro sob a égide da Constituição Federal de 1988</i>	16
1.2	<i>O Poder Concedente</i>	17
1.3	<i>Os agentes institucionais do setor elétrico</i>	18
1.4	<i>Estrutura do Setor</i>	24
1.5	<i>Dos consumidores de energia elétrica</i>	27
1.6	<i>Modelo econômico</i>	29
1.7	<i>Ambiente de Contratação Regulada – ACR e Ambiente de Contratação Livre – ACL</i>	30
1.8	<i>O Sistema Interligado Nacional – SIN</i>	32
1.9	Garantia Física e Lastro Contratual	33
1.10	Mecanismo de Realocação de Energia – MRE	34
1.11	O Mercado de Curto Prazo – MCP	36
1.12	Alocação de riscos no setor elétrico brasileiro	38
1.12.1	Definição de “risco”	38
1.12.2	Fatores de riscos existentes no setor elétrico brasileiro	41
1.12.2.1	<i>Riscos de Mercado</i>	42
1.12.2.1.1	<i>Variação de Preço de Mercado</i>	43
1.12.2.1.2	<i>Incerteza na evolução da oferta e demanda</i>	43
1.12.2.1.3	<i>Risco estratégico</i>	44
1.12.2.1.4	<i>Riscos de Inadimplência</i>	44
1.12.2.2	<i>Riscos técnicos e climáticos</i>	44
1.12.2.3	<i>Riscos Econômico-financeiros</i>	45
1.12.2.4	<i>Riscos Jurídicos e Institucionais</i>	46
1.12.2.5	<i>A importância da alocação eficiente de riscos</i>	46
2	ESTUDOS DE CASOS	51
2.1	Resolução CNPE nº 03/2013	51
2.2	Caso GSF (<i>Generation Scaling Factor</i>)	62
2.2.1	<i>Primeira onda de judicialização: “isenção GSF”</i>	72

2.2.2 Segunda onda de judicialização: “isenção rateio”	75
2.2.3 Terceira onda de judicialização: “loss sharing”	78
2.3 Caso CDE (“Conta de Desenvolvimento Energético”)	84
2.4 O impacto regulatório das decisões judiciais no setor elétrico nas liquidações financeiras do MCP	93
3 ANÁLISE DOS ESTUDOS DE CASOS À LUZ DAS TEORIAS DA REGULAÇÃO	98
3.1 Da regulação pós-moderna	98
3.2 <i>Legitimação das agências reguladoras à luz da teoria da separação de poderes</i>	101
3.3 Análise Econômica do Direito (AED) e o Princípio da Eficiência	105
3.4 Democracia deliberativa e legitimidade	109
3.5 Democracia deliberativa no Direito Administrativo Contemporâneo	114
3.6 Controle judicial dos atos regulatórios	119
3.6.1 <i>Teorias da regulação de Richard Posner</i>	119
3.6.2 <i>Inadequação do Poder Judiciário para dirimir as celeumas regulatórias</i>	125
3.7 Diálogo entre as agências reguladoras e o Poder Judiciário no Brasil	131
3.8 Agências Reguladoras e o Diálogo Social	133
3.8.1 Da alocação de riscos equivocada perpetrada pela Agência Reguladora	133
3.9 Visão prospectiva do Setor Elétrico Brasileiro quanto à alocação de riscos	139
3.10 Sugestões de aprimoramento	143
3.10.1 Recomendações ao Judiciário	144
3.10.1.1 Criação de Varas Especializadas	144
3.10.1.2 Moderação técnica na concessão de medidas liminares que tenham o escopo de alterar a sistemática regulatória vigente e ainda proibição de deferimento de liminar inaudita altera pars	145
3.10.1.3 Maior controle sobre a fundamentação das decisões administrativas	145
3.10.1.4 Oficiar diretamente os órgãos técnicos das agências reguladoras para prestar informações	145
3.10.2 Recomendações às agências reguladoras	145
3.10.2.1 Separação dos departamentos técnico e econômico de cada agência	145
3.10.2.2 Resposta direta do órgão técnico que produziu determinado parecer técnico questionado em juízo	146
3.10.2.3 Adoção de mecanismos que garantam maior celeridade à análise dos processos administrativos	146
3.10.2.4 Fomento de soluções negociadas a fim de diminuir a quantidade de demandas judiciais e aumentar a segurança jurídica	146

3.10.2.5	Maior transparência na elaboração de critérios que regem a sistemática regulatória	147
3.10.2.6	Realização de estudos específicos por agência sobre os fatores que desencadeiam a judicialização de temas regulatórios	147
	CONCLUSÃO	148
	BIBLIOGRAFIA	153

INTRODUÇÃO

No âmbito regulatório, intenta-se compatibilizar duas visões aparentemente antagônicas, quais sejam, o Estado busca atingir o interesse coletivo, enquanto que o particular visa a obtenção de lucro da sua empresa. Nesse sentido, a necessidade de harmonizar esses dois interesses faz da concessão um ajuste complexo que merece estudo.¹ Assim, é possível perceber que a agência reguladora é uma instituição criada para, articulando interesses distintos dos agentes, mas convergentes, instrumentalizar a consecução de uma atribuição imputada ao Poder Público.

Considerando que a atuação regulatória foi concebida para funcionar de forma orgânica, equilibrada e técnica, pressupunha-se que os agentes regulados fossem se submeter às decisões administrativas. Todavia, no contexto atual, percebe-se que a intervenção do Poder Judiciário em temas de natureza regulatória tem sido cada vez mais requisitada, por mais que falte ao magistrado conhecimentos específicos e técnicos para compreender o cenário complexo que lhe é entregue para decidir. Isto porque, a falta de consistência das escolhas regulatórias com os objetivos que foram traçados constitucionalmente e a ausência de análise dos impactos sob os agentes regulados acarretaram uma insatisfação generalizada dos players do setor, que optaram por transferir a discussão de temas eminentemente regulatórios ao crivo do Poder Judiciário.

Em que pese o entendimento no sentido de que a atuação do Poder Judiciário deve ser limitada aos aspectos procedimentais, tais como o devido processo legal, a legalidade, razoabilidade e proporcionalidade das decisões administrativas², a intervenção judicial tem sido cada vez mais frequente, acabando por adentrar em uma complexa cadeia normativa, decidindo sobre o mérito e conveniência administrativa.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 76.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 351

Porém, a verdade é que a excessiva judicialização do Setor Elétrico Brasileiro decorre precipuamente da tentativa de diversos agentes de se protegerem contra os ônus excessivos que lhes foram impostos por escolhas regulatórias inadequadas. E a consequência dessa judicialização do Setor Elétrico Brasileiro foi a prolação de decisões judiciais cujos efeitos colaterais comprometeram e ainda comprometem o funcionamento das liquidações financeiras da Câmara de Comercialização de Energia elétrica – CCEE no âmbito do Mercado de Curto Prazo. Daí, os estudos de casos trazidos neste trabalho ilustram bem a repercussão e os efeitos decorrentes de decisões judiciais que adentraram o mérito administrativo.

Nessa ordem de ideias, a questão que se coloca é saber se o atual cenário permite a desjudicialização a partir de uma análise mais adequada de alocação de riscos entre os agentes regulados, reconduzindo o Poder Judiciário para seu papel residual. Quais seriam os incentivos dos agentes para que desistissem das ações ou não ajuizassem novas?

Assim, considerando a complexidade do tema, o primeiro capítulo traz as especificidades do setor elétrico brasileiro que influenciam na regulação dessa esfera econômica para que haja uma melhor compreensão dos estudos de caso que serão apresentados. Em síntese, são apresentados os principais agentes do setor, o arcabouço jurídico, quem são os consumidores de energia elétrica, o modelo econômico vigente, os principais fatores de riscos do setor e os mecanismos de mitigação de riscos existentes atualmente.

O segundo capítulo traz o estudo de três casos do setor elétrico brasileiro que foram altamente judicializados em decorrência da repercussão das escolhas regulatórias na esfera dos agentes regulados e seus respectivos contextos político-econômicos. O primeiro deles foi o caso da Resolução CNPE Nº 03/2013, que impôs um novo critério de rateio do ESS (Encargos do Serviço do Sistema) a todos os agentes setoriais. O segundo, é o caso GSF (“Generation Scaling Factor”) que decorreu de uma hidrologia desfavorável e a consequente inversão da matriz energética. O terceiro, consiste no caso CDE (Conta de Desenvolvimento Energético), que diz respeito a ações judiciais que contestam a partir da edição da Medida Provisória nº 579/2012, convertida na Lei nº 12.783/2013, e respectivos decretos

regulamentares, a falta de correspondência entre o encargo tarifário e a contraprestação do serviço, dentre outras irregularidades. Por fim, é realizada uma análise dos impactos das decisões judiciais que desoneraram os agentes do setor a arcarem com os ônus advindos das escolhas regulatórias no âmbito das liquidações financeiras do Mercado de Curto Prazo.

O terceiro e último capítulo traz uma análise dos estudos de caso á luz das teorias da regulação modernas, buscando ressaltar o papel da agência reguladora na busca da mediação de conflitos e interesses e a sua influência na judicialização dos temas em estudo. Por fim, é realizada uma análise prospectiva das possíveis soluções que estão sendo traçadas visando a desjudicialização do setor.

1 O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

1.1 O arcabouço jurídico do Setor Elétrico Brasileiro sob a égide da Constituição Federal de 1988

No âmbito brasileiro, a crise econômica da década de 1980 acarretou escassez de recursos para investimentos em infraestrutura e, especificamente no que toca ao setor elétrico, esse cenário gerou paralisia de obras e estrangulamento das concessionárias estatais, até então as responsáveis pela prestação de serviços de energia elétrica e pela expansão do setor.³

Diante da referida crise, o movimento que defendia um Estado mais liberal, isto é, menos intervencionista na economia tomou força, influenciando sobremaneira o texto constitucional de 1988, que estabeleceu as bases jurídicas desse novo modelo por meio do art. 175, que determina que os serviços públicos não serão mais prestados pelos entes estatais, mas por investidores privados, por meio de delegação legal.⁴

Esse modelo foi completado pelo artigo 173, § 1º, II e § 2º da Constituição Federal, que previu que as empresas públicas e sociedades de economia mista se sujeitarão ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários e não poderão gozar de privilégios fiscais não extensíveis ao setor privado. O objetivo dessa norma era evitar conceder vantagens para a entidade da administração indireta que pudessem promover desequilíbrio na competição com o ente privado.⁵

Dessa forma, a base constitucional do setor elétrico brasileiro prevê a prestação do serviço por agentes privados em regime de competição com os agentes

³ FAGUNDES, Maria Aparecida de A. P. Seabra. **Os novos rumos do direito da eletricidade**. Revista de Direito Administrativo. Vol. 224, p. 1-29, 2001, p. 1 e 2 E Maurício T. Tolmasquim, In: Novo modelo do setor elétrico brasileiro, Rio de Janeiro: Synergia; Brasília: EPE, 2011, p. 5 a 7.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

públicos, bem como a regulação e a consequente fiscalização dos serviços pelo Estado.⁶

No plano infraconstitucional, foi introduzida a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que regulamenta o regime de concessão e permissão da prestação dos serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal. Logo após, sobreveio a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu nova espécie de regime de concessão, as denominadas Parcerias Público-Privadas.

No que diz respeito especificamente ao setor elétrico, a Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, surgiu para regulamentar a outorga e prorrogações das concessões de serviços de energia elétrica, dispondo sobre premissas básicas para a instauração de um ambiente concorrencial.

Em momento posterior, foram criados diplomas legais com o intuito de estruturar a reforma institucional do setor, criando entidades para desempenhar as funções de regulação e planejamento setorial.

1.2 O Poder Concedente

O art. 175 da Constituição Federal dispõe que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”⁷. A partir do referido dispositivo constitucional, infere-se que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência para conceder ou permitir a prestação dos serviços públicos que lhe são atribuídos. Em outras palavras, os entes federados, dentro dos seus respectivos âmbitos de atuação, formam o “Poder Concedente”.

Nessa senda, o inciso I do art. 2º da Lei nº 8.987/1995 estabelece que “poder concedente é a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja

⁶ Ibidem.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17.mai. 2019

competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão”.⁸

Portanto, não existem dúvidas que a União exerce o papel de Poder Concedente na hipótese dos serviços públicos de titularidade da ANEEL. Ocorre que, na prática, pode haver hesitação de quem exerce as atribuições do Poder Concedente. Primeiramente, com a criação das agências reguladoras, levantou-se a sugestão de que elas seriam as responsáveis por desempenhar tais funções. Em razão disso, houve dissenso a respeito do âmbito de competência das agências reguladoras e dos respectivos Ministérios Setoriais.

No âmbito do Setor Elétrico, a partir da edição da Lei nº 10.848/2004, essa divergência deixou de existir, na medida em que o diploma legal atribuiu competências ao Poder Concedente e à ANEEL, explicitando que algumas atribuições, como no caso das licitações, deverão ser executadas pela agência mediante delegação do Poder Concedente.

1.3 Os agentes institucionais do setor elétrico

Adicionalmente, importa explicitar a estrutura institucional básica do setor elétrico sobre a qual a geração elétrica está assentada. A configuração atual do modelo começou a ser formada a partir de 1995 com o Projeto RE-SEB (Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro), com o intuito de viabilizar a competição nos segmentos de geração e comercialização de energia elétrica e da adoção de regulação vigorosa das atividades de transmissão e distribuição.⁹

Assim, o setor elétrico brasileiro foi estruturado a partir de quatro subsetores, quais sejam: geração, transmissão, distribuição e comercialização. A transmissão e a

⁸ BRASIL. 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.mai. 2019

⁹ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Setor Elétrico**. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/setor_eletrico?_afzLoop=171766523015654&_adf.ctrl-state=28vy4wewa_1#!%40%40%3F_afzLoop%3D171766523015654%26_adf.ctrl-state%3D28vy4wewa_5> Acesso em 20. Set. 2019

distribuição constituem monopólios naturais, enquanto que isso não ocorre com a geração e a comercialização.¹⁰

A geração, a transmissão e a distribuição estão, essencialmente, sob os cuidados de pessoas jurídicas ou consórcios formados por pessoas que detenham a concessão, permissão ou autorização para tanto. Em caráter excepcional, o art. 8º da Lei nº 9.074/1995 ressalva que “O aproveitamento de potenciais hidráulicos e a implantação de usinas termoelétricas de potência igual ou inferior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) estão dispensados de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente.”.¹¹

Atualmente existem no Brasil 75 distribuidoras de energia elétrica, confiadas a empresas públicas e privadas. As empresas públicas pertencem às três esferas de governo, enquanto que as empresas privadas são pertencentes a grandes grupos nacionais ou estrangeiros. Essas concessionárias representam o atendimento a 47 milhões de unidades consumidoras, dentre as quais 85% são consumidores residenciais, estando presente em mais de 99% dos municípios brasileiros.¹²

No campo da geração, temos a figura do produtor independente de energia elétrica - PíEE, cuja definição está prevista no art. 11 da Lei nº 9.074/95: “a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.”¹³

¹⁰ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Setor Elétrico**. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/setor_eletrico?_afzLoop=171766523015654&_adf.ctrl-state=28vy4wewa_1#!%40%40%3F_afzLoop%3D171766523015654%26_adf.ctrl-state%3D28vy4wewa_5> Acesso em 20. Set. 2019

¹¹ BRASIL. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm>. Acesso em 16. mai.2019.

¹² Dados disponíveis no site <<https://www.ambienteenergia.com.br/index.php/2017/07/distribuidoras-de-energia-brasil/32659>>. Acesso em 13.jun.2019

¹³ Ibidem.

Por sua vez, o autoprodutor de energia elétrica é uma pessoa jurídica ou física ou ainda um consórcio de empresas que recebe concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu exclusivo uso.¹⁴

O autoprodutor e o produtor independente podem operar de forma integrada ao sistema ou não. A operação integrada nada mais é do que seguir determinadas regras operativas visando a otimização dos recursos eletroenergéticos.

O comercializador, por outro lado, corresponde à pessoa jurídica que, após preencher determinados requisitos, recebeu autorização da ANEEL para comercializar a energia elétrica, o que inclui tanto os geradores como os distribuidores.

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL é uma autarquia sob regime especial, veiculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal, criada por meio da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com a finalidade de regular e fiscalizar o setor. Sua Administração é colegiada, sendo dotada de competências executivas, normativas, sancionadoras, para dirimir conflitos e fiscalizadoras. Possui receitas próprias a fim de preservar sua autonomia.¹⁵

O Conselho Nacional de Política Energética – CNPE foi instituído pela Lei nº 9.478 de 06 de agosto de 1997, e é um órgão de assessoramento da Presidência da República responsável por formular as políticas e diretrizes do setor elétrico, visando a aproveitamento racional dos recursos energéticos nacionais, assegurar o suprimento de insumos energéticos; rever periodicamente as matrizes energéticas aplicadas às diversas regiões do País, levando em consideração as fontes convencionais e energéticas, bem como as tecnologias disponíveis; estabelecer diretrizes para programas específicos; estabelecer diretrizes para a importação e

¹⁴ BRASIL. **Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 1996**. Regulamenta a produção de energia elétrica por Produtor Independente e por Autoprodutor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2003.htm>. Acesso em 17.mai.2019

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em 17.mai.2019.

exportação; sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica.¹⁶

A estruturação e o funcionamento do CNPE foram regulamentados pelo Decreto nº 3.520/2000, segundo o qual, o referido Conselho é formado pelos Ministros de Minas e Energia; da Ciência e Tecnologia; do Planejamento, Orçamento e Gestão; da Fazenda; do Meio Ambiente; do Desenvolvimento; da Indústria e Comércio Exterior; da Integração Nacional e da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, além do Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República. Além disso, o CNPE é composto por um representante dos Estados e do Distrito Federal; um representante da sociedade civil especialista em matéria de energia e um representante de universidade brasileira, especialista em matéria de energia.¹⁷

O Operador Nacional do Sistema – ONS é uma pessoa jurídica de direito privado criada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e 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 da ANEEL.¹⁸

O Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE foi criado pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, com o fito de acompanhar e avaliar de forma permanente a segurança do suprimento energético de todo o país.¹⁹ Nos termos do

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm>. Acesso em 17. mai. 2019.

¹⁷BRASIL. **Decreto nº 3.520, de 21 de junho de 2000**. Dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3520.htm>. Acesso em 17. mai.2019

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998**. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648cons.htm>. Acesso em 17.mai.2019

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004**. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm>. Acesso em 17.mai.2019

Decreto nº 5.175/2004, o CMSE é composto pelo Ministro de Minas e Energia (que o preside), por 4 representantes do MME e pelos titulares da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, da Agência Nacional do Petróleo – ANP, da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, da Empresa de Pesquisa Energética – EPE e do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS.²⁰

Também foi criada a Empresa de Pesquisa Energética – EPE pela Lei nº 10.847, de 15 de março de 2004, cuja finalidade é prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético. Um dos fatores preponderantes para a criação da EPE foram os racionamentos e apagões no início da década de 2000, atribuídos em parte à carência de planejamento. A EPE é uma entidade independente, não subordinada a nenhuma outra empresa, apenas vinculada ao Ministério de Minas e Energia.²¹

Por sua vez, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) é uma pessoa jurídica do direito privado, sem fins lucrativos, criada pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, em sucessão ao Mercado Atacadista de Energia (MAE) e tem como

²⁰ “De acordo com o art. 3º do decreto 5.175, de 9 de agosto de 2004, compete ao CMSE as seguintes atribuições:

I - acompanhar o desenvolvimento das atividades de geração, transmissão, distribuição, comercialização, importação e exportação de energia elétrica, gás natural e petróleo e seus derivados;

II - avaliar as condições de abastecimento e de atendimento, relativamente às atividades referidas no inciso I deste artigo, em horizontes pré-determinados;

III - realizar periodicamente análise integrada de segurança de abastecimento e atendimento ao mercado de energia elétrica, de gás natural e petróleo e seus derivados, abrangendo os seguintes parâmetros, dentre outros:

a) demanda, oferta e qualidade de insumos energéticos, considerando as condições hidrológicas e as perspectivas de suprimento de gás e de outros combustíveis;

b) configuração dos sistemas de produção e de oferta relativos aos setores de energia elétrica, gás e petróleo; e

c) configuração dos sistemas de transporte e interconexões locais, regionais e internacionais, relativamente ao sistema elétrico e à rede de gasodutos;

IV - identificar dificuldades e obstáculos de caráter técnico, ambiental, comercial, institucional e outros que afetem, ou possam afetar, a regularidade e a segurança de abastecimento e atendimento à expansão dos setores de energia elétrica, gás natural e petróleo e seus derivados; e

V - elaborar propostas de ajustes, soluções e recomendações de ações preventivas ou saneadoras de situações observadas em decorrência da atividade indicada no inciso IV, visando à manutenção ou restauração da segurança no abastecimento e no atendimento eletroenergético, encaminhando-as, quando for o caso, ao Conselho Nacional de Política Energética - CNPE.”

²¹ BRASIL. **Lei nº 10.847, de 15 de março de 2004**. Autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm>. Acesso em 17.mai.2019

finalidade a comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional, nos termos do art. 4º da Lei nº 10.848/2004.²²

Por fim, a Eletrobrás – Centrais Elétrica S.A foi criada em 1962 e atualmente é uma holding responsável por 37% do total da capacidade de geração do país. A reestruturação do setor na década de 1990, com a criação da ANEEL, do ONS, da CCEE e da EPE, reduziu as responsabilidades da empresa que funcionava como *longa manus* do Poder Concedente no exercício de atividades não empresariais, a fim de viabilizar sua maior concentração na prestação de serviços e permitir sua participação no mercado em regime de concorrência com o setor privado.²³

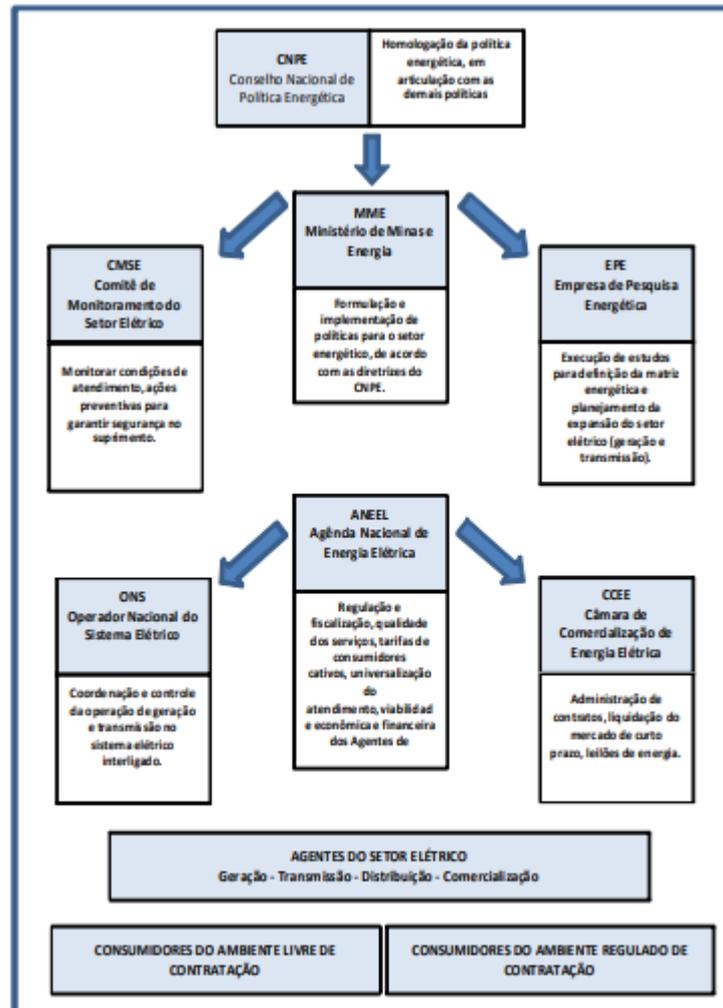
Por derradeiro, as criações dessas entidades juntamente com a desverticalização dos serviços, que se traduz pela segregação das diversas atividades do setor elétrico, melhor detalhada no tópico seguinte, viabilizaram um ambiente de livre concorrência no setor, como também a especialização técnica da regulação desse segmento econômico.

A figura a seguir traz a estrutura institucional do Setor Elétrico Nacional:

²² BRASIL. 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.mai.2019

²³ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Panorama geral do setor elétrico e governança setorial.** Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/655804/14752877/Panorama+geral+do+setor+el%C3%A9trico+e+governan%C3%A7a+setorial_Victor.pdf/43046afc-c5ce-8f77-0f68-597e1dcdafa0>. Acesso em 17.mai.2019

Figura 1: Atribuições do setor elétrico brasileiro - por instituição



Fonte: Amaral Filho (2007)

Após trazer um breve panorama dos agentes que atuam no setor elétrico, importa agora abordar alguns aspectos estruturais expressivos desse setor.

1.4 Estrutura do Setor

Com efeito, a expressão desverticalização do setor elétrico caracteriza-se como a separação dos segmentos de geração, transmissão e distribuição com o objetivo de alcançar uma maior eficiência e especialidade de cada um dos serviços operacionais de energia elétrica.²⁴

²⁴ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Setor Elétrico**. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/setor_eletrico?_afLoop=171766523015654&_adf.ctrl-

O segmento da geração consiste na produção da energia, isto é, na transformação de uma fonte primária, como a água, o vento, a biomassa, em energia elétrica. Como é sabido, a matriz energética brasileira²⁵ é composta predominantemente pelas fontes hídricas, haja vista que o país é uma das maiores reservas de água doce do mundo. Considerando a necessidade das usinas hidrelétricas estarem localizadas em áreas isoladas, o sistema elétrico nacional é estruturado de forma interligada. Em outras palavras, a energia que é produzida na Região Sul do país pode ser consumida na Região Centro-Oeste ou até mesmo na Região Norte.²⁶

E isso somente é possível a partir de um sistema de transmissão que é o serviço de transporte de grandes quantidades de energia produzidas pelas usinas geradoras até, geralmente, às distribuidoras, utilizando-se de uma rede de linhas de transmissão e subestações em tensão igual ou superior a 230 kV, denominada Rede Básica, que nada mais é do que o conjunto de conexões e instalações de transmissão de energia elétrica integrantes do SIN. As linhas de transmissão no Brasil geralmente são extensas, uma vez que as grandes usinas hidrelétricas estão geralmente situadas a distâncias consideráveis dos centros consumidores de energia. O sistema interligado permite que as diferentes regiões permutem energia entre si, quando uma delas apresenta queda no nível dos reservatórios. Como o regime de chuvas é diferente nas regiões sul, sudeste, Nordeste e Norte, as linhas de transmissão de mais alta tensão (500 kV ou 750 kV) possibilitam que os pontos com produção insuficiente sejam abastecidos por centros de geração em situação mais benéfica.²⁷

O serviço de distribuição, por sua vez, consiste na última etapa da cadeia de suprimento do setor elétrico. Assim, são as distribuidoras que recebem a energia transportada pelo sistema de transmissão e a distribui de forma pulverizada aos

[state=28vy4wewa_1#!%40%40%3F_afrLoop%3D171766523015654%26_adf.ctrl-state%3D28vy4wewa_5](#)> Acesso em 20. Set. 2019

²⁵ A matriz energética brasileira representa o conjunto de recursos energéticos (fontes de energia) utilizados no país para suprir sua demanda de energia.

²⁶ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Setor Elétrico**. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/setor_eletrico?_afLoop=171766523015654&_adf.ctrl-state=28vy4wewa_1#!%40%40%3F_afrLoop%3D171766523015654%26_adf.ctrl-state%3D28vy4wewa_5> Acesso em 20. Set. 2019

²⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **ATLAS DO SETOR ELÉTRICO**. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/arquivos/pdf/atlas_par1_cap1.pdf> Acesso em 20. Set. 2019

consumidores médios e pequenos. Importante ressaltar que as unidades geradoras de menor porte, normalmente menores do que 30MW, injetam sua produção diretamente nas redes de distribuição. No Brasil, esse segmento é bastante fragmentado, contando com 63 concessionárias, as quais são responsáveis pela administração e operação de linhas de transmissão de menor tensão (abaixo de 230 mil Volts), mas principalmente das redes de média e baixa tensão (aquelas instaladas nas ruas e avenidas das cidades). Assim, são as distribuidoras as responsáveis em entregar energia elétricas nas residências e pequenos comércios e indústrias.²⁸

Diferente do que ocorre com os segmentos de geração, as transmissoras e as distribuidoras tem os seus preços regulados pela Agência Reguladora de Energia Elétrica – ANEEL, de modo que essas empresas não são livres para praticar os preços que almejam, estando limitadas aos termos do contrato de concessão, que contam com mecanismos de revisões e reajustes periódicos, operacionalizados pela própria agência reguladora.²⁹

No atual modelo brasileiro, há ainda a atividade de comercialização, que compreende a atividade empresarial de compra e venda de energia elétrica no mercado de livre negociação, podendo a comercializadora ser a própria geradora ou um agente independente. Dentro as formas de comercialização, destaca-se a importação de energia, como forma de ampliar a oferta de energia no sistema elétrico brasileiro. A comercialização de energia como atividade autônoma está sujeita a um regime competitivo, inclusive com a participação de agentes geradores. Diferentemente da prestação dos serviços de distribuição e transmissão, cujos preços são regulados pela ANEEL, na comercialização de energia elétrica os preços são fixados de forma livre, balizados pelas condições de mercado.³⁰

²⁸ DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL. Ambiente Energia, 2017. Disponível em: <<https://www.ambienteenergia.com.br/index.php/2017/07/distribuidoras-de-energia-brasil/32659>>. Acesso em: 13.jun.2019

²⁹ Ibidem,

³⁰ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Entenda o mercado e a CCEE.** Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/como-participar/participe/entenda_mercado?_afLoop=174208038166676&_adf.ctrl-state=117rfj5i52_14#!%40%40%3F_afLoop%3D174208038166676%26_adf.ctrl-state%3D117rfj5i52_18>. Acesso em: 13.jun.2019

Até a década de 1990, as atividades eram prestadas por um mesmo agente. Em que pese a integração vertical dos segmentos decorrer da própria natureza da atividade, o principal motivo da adoção desse modelo integrado era a dificuldade técnica em implementar um sistema centralizado que permitisse controlar a operação dos serviços prestados pelas empresas, além da possibilidade de maior controle pelo Poder Executivo, por meio de comandos discricionários.³¹

Todavia, percebeu-se que a verticalização dos segmentos do setor elétrico estava acarretando um entrave à entrada de novos agentes ao permitir a prática de subsídios cruzados entre os diversos serviços, acabando por transferir os custos da atividade competitiva para a monopolizada, desfazendo os resultados positivos da concorrência.³²

Nesse contexto, a partir do novo marco setorial, que visava primordialmente um ambiente competitivo para a prestação de serviços a partir da participação cada vez maior de agentes e capital privado, foi necessário introduzir a desverticalização do setor a fim atrair investimentos privados para o setor.³³

Essa desverticalização foi implementada pelo art. 4º, §5º, da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, com a separação dos setores de geração e transmissão daqueles de distribuição.³⁴

1.5 Dos consumidores de energia elétrica

O setor elétrico brasileiro possui dois tipos de consumidores: os livres e os cativos. No tocante à qualidade da energia e à segurança de sua oferta não há

³¹ PRAÇA, Julio Cesar Guimarães. FURST, Roberto Drumond. **A evolução do modelo da transmissão no setor elétrico brasileiro**. In: A gestão do sistema de transmissão no Brasil. Roberto Gomes (Org.). Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 26.

³² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2006, pp. 275 e 276.

³³The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Relatório **Fostering investment in infrastructure: lessons learned from OECD investment policy reviews** aponta a desverticalização no setor de energia como um dos fatores capazes de aumentar a participação de capital privado (OECD, 2015, p. 6 e 37. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Fostering-Investment-in-Infrastructure.pdf>>. Acesso em: 02.abr.2019.

³⁴ BRASIL. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm>. Acesso em 16. mai.2019

diferença entre esses dois tipos de consumidores. A diferença reside na compra da energia.³⁵

Os cativos compreendem os consumidores residenciais, comerciais ou industriais. Para eles, a Distribuidora é sua fornecedora compulsória, com tarifa regulada isonômica para uma mesma classe (A1, A2, A3 ou A4), e não contam nenhum tipo de flexibilidade contratual.³⁶

O consumidor cativo absorve as incertezas e erros do planejamento centralizado do governo e da própria distribuidora, participando do rateio dos custos da geração programada e a efetivamente realizada, ou seja, está exposto aos riscos e não possui ferramentas para gerenciá-los.³⁷

Já os consumidores livres são aqueles que consomem 3 ou mais MWh, na maioria das vezes correspondem a grandes indústrias, como siderúrgicas e as montadoras de automóveis, e possuem a prerrogativa de serem atendidos pela distribuidora local ou por comprar energia diretamente de um produtor, pagando apenas uma tarifa pelo uso dos sistemas de transmissão e de distribuição das outras empresas, conforme o caso. Assim, o valor de sua energia corresponde a sua opção de compra, dependendo de contratos de diferentes prazos e maior ou menor exposição ao preço de curto prazo. No âmbito do mercado livre o consumidor é responsável por gerir suas compras de energia e os riscos a elas associados.³⁸

A seguir, confira a relação entre os agentes de distribuição de energia e os consumidores:

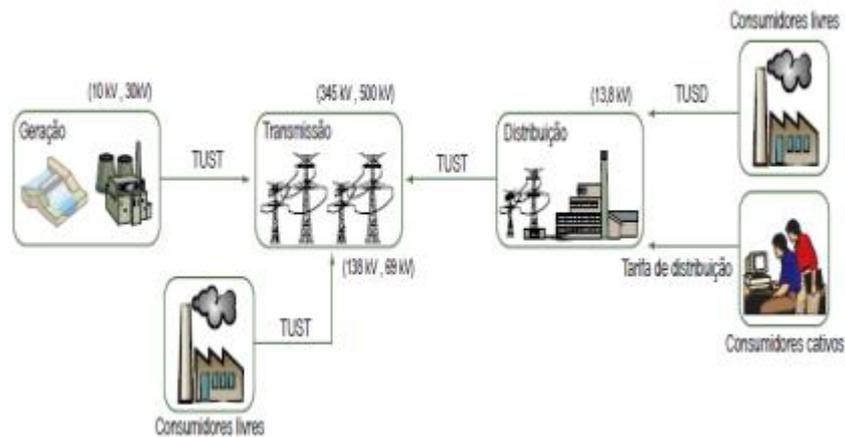
³⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE ENERGIA. **Diferenças entre consumidores livres e cativos**. Disponível em: < <https://abraceel.com.br/mercado-livre/diferencas-entre-consumidores-livres-e-cativos/>>. Acesso em: 02.abr.2019

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

Figura 2: Relação entre agentes de distribuição de energia e os consumidores



Fonte: Agência Nacional de Energia Elétrica (2008)

1.6 Modelo econômico

O modelo econômico do setor elétrico brasileiro pode ser considerado um dos mais complexos já existentes e compreende dois submercados: o regulado e o livre. No mercado regulado, em leilões promovidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica, as distribuidoras compram a quantidade de energia para atender ao seu mercado cativo por um determinado período. Firmam contratos longos, que variam de 5, 10 ou 15 anos e pegam às distribuidoras pelo uso das redes para trazê-las às subestações. Os custos com as referidas transações, acrescidos de impostos e encargos, são repassados ao consumidor final.³⁹

Já no ambiente do mercado livre, a energia excedente, isto é, aquela energia não comprometida com os contratos de longo prazo, é negociada entre os geradores e os grandes consumidores, por meio da intermediação de empresas comercializadoras. Os consumidores, por sua vez, pagam às empresas transmissoras e distribuidoras, conforme o caso, pelo uso das respectivas redes. São contratos de curto prazo.⁴⁰

³⁹ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Comercialização**. Disponível em: < https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/comercializacao?_afLoop=175064577071881&_adf.ctrl-state=117rfj5i52_27#!%40%40%3F_afLoop%3D175064577071881%26_adf.ctrl-state%3D117rfj5i52_31>. Acesso em: 02.abr.2019;

⁴⁰ Ibidem.

Nesse contexto, a energia mais em conta é oferecida nos leilões de longo prazo organizados pela ANEEL, responsável por fixar um preço máximo a ser cobrados das distribuidoras. Assim, vence quem oferece a menor tarifa⁴¹.

Nada obstante, a participação no leilão não obriga as usinas a venderem toda a produção ao preço máximo definido pela agência reguladora. Assim, se o teto estipulado é abaixo do preço que as geradoras gostariam de cobrar, elas podem optar em não vender, ou ainda vender apenas uma fração da produção e ofertar o excedente no mercado livre.⁴²

Portanto, diante da complexidade física e econômica do setor elétrico brasileiro, ressaí a necessidade da intervenção estatal com o intuito de regular a produção, transmissão, distribuição e comercialização da energia elétrica.⁴³

1.7 Ambiente de Contratação Regulada – ACR e Ambiente de Contratação Livre – ACL

A partir da edição da Lei nº 10.848/2004, a comercialização da energia elétrica passou a ser comercializada em dois ambientes de contratação. O primeiro deles é o Ambiente de Contratação Regulada – ACR, onde as distribuidoras adquirem sua energia e o Ambiente de Contratação Livre – ACL, no qual são realizadas as negociações livres entre vendedores e compradores de energia elétrica.⁴⁴

Assim, o ambiente de contratação regulada (ACR) é o espaço jurídico por meio do qual as distribuidoras compram energia elétrica. O pagamento é feito através das tarifas pagas pelos consumidores atendidos por essas distribuidoras (consumidores cativos). Como o próprio nome sugere, a comercialização nesse ambiente obedece regras rígidas de funcionamento, inclusive sobre o repasse dos custos ao consumidor.⁴⁵ Isso se dá justamente pelo fato do consumidor cativo não ter

⁴¹ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Comercialização**. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/comercializacao?_afLoop=175064577071881&_adf.ctrl-state=117rfj5i52_27#!%40%40%3F_afLoop%3D175064577071881%26_adf.ctrl-state%3D117rfj5i52_31>. Acesso em: 02.abr.2019;

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ SANCHES, Luiz Antônio Ugeda. **Curso de Direito da Energia: da história, tomo I**. São Paulo: Instituto de Geodireito Editora, 2011, p. 360 e 361

⁴⁵ Vide art. 20 do Decreto nº 5.163/2004

a prerrogativa de escolher de quem irá adquirir a energia, sendo obrigado a recebê-la da distribuidora que a ele está conectada.⁴⁶ Ademais, a aquisição de energia no ACR é proveniente de leilões de energia elétrica, devendo as concessionárias declarar os montantes de energia para o atendimento de todos os seus consumidores, o que agregou transparência à atuação das distribuidoras.⁴⁷

A relação das distribuidoras com os demais agentes do mercado que comercializam energia elétrica é fundamental para os consumidores que são atendidos por elas, haja vista que a tarifa de energia elétrica é sensível às condições de negociação, ainda mais considerando a possibilidade do repasse dos custos de aquisição de energia que eventualmente supere o consumo, limitado a 105%.⁴⁸

Por seu turno, o Ambiente de Contratação Livre (ACL), é o ambiente no qual a energia elétrica é negociada livremente por meio de contratos bilaterais.⁴⁹ Considerando a possibilidade prevista nos editais de licitação de novos empreendimentos de geração de vincular um percentual da energia a ser produzida ao comércio regulado, a comercialização no ambiente livre se dá em relação ao montante remanescente que não foi destinado ao ambiente regulado.⁵⁰ Nesse ambiente também é exigido que os agentes forneçam a informação de quanto de energia é necessário para o suprimento de suas obrigações contratuais. Em contrapartida com o ACR, os agentes atuantes no ACL têm a prerrogativa de fixar livremente seus preços, volume de energia, garantias e prazos.⁵¹ Desse mercado, advém 24,8% de toda a energia consumida no Brasil.⁵²

⁴⁶ NERY, Eduardo (org.) **Mercados e Regulação de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Interciência, 2012, p.60

⁴⁷ MARTINS, Dimitri Melo Rodrigues. **Setor Elétrico Brasileiro: Análise do Investimento de Capital e Usinas Termelétricas**. 2008 (mestrado em Economia). Centro de Ciências Sociais, PUC-Rio. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=12130@1>>. Acesso em 27 ago. 2019

⁴⁸ Vide art. 38 do Decreto nº 5.163/2004.

⁴⁹ Vide art. 1º, II, do Decreto nº 5.163/2004.

⁵⁰ Vide art. 3º, §2º, da Lei nº 10.848/2004.

⁵¹ Nery, Eduardo. Op. Cit, p. 61

⁵² EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. **Anuário Estatístico de energia elétrica de 2018**. Disponível em: <<http://epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-160/topico-168/Anuario2018vf.pdf>>. Acesso em: 27. Ago. 2019

A seguir, seguem as principais características dos ACL e ACR quanto aos participantes, tipos de contratação e ao preço:

Figura 3: Características dos ambientes de contratação de energia: ACL e ACR

	Ambiente Livre	Ambiente Regulado
Participantes	Geradoras, comercializadoras, consumidores livres e especiais	Geradoras, distribuidoras e comercializadoras. As comercializadoras podem negociar energia somente nos leilões de energia existente – (Ajuste e A-1)
Contratação	Livre negociação entre os compradores e vendedores	Realizada por meio de leilões de energia promovidos pela CCEE, sob delegação da Aneel
Tipo de contrato	Acordo livremente estabelecido entre as partes	Regulado pela Aneel, denominado Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR)
Preço	Acordado entre comprador e vendedor	Estabelecido no leilão

Fonte: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (2014)

1.8 O Sistema Interligado Nacional – SIN

O Sistema Interligado Nacional – SIN é a infraestrutura interligada que garante a produção e a transmissão da energia elétrica de 99,2% da energia consumida no país. Os 0,8% são realizados por Sistemas Isolados, que são aqueles responsáveis pela geração e transporte de uma pequena porção da energia elétrica consumida no país.⁵³ Esses sistemas isolados possuem disciplina própria, e sua existência se justifica em razão da extensão da rede para lugares muito distantes não ser economicamente viável.⁵⁴

Por sua vez, o funcionamento do SIN se dá por meio do acionamento priorizado das fontes de geração mais baratas. É possível a alternância das fontes de geração. O acionamento dos geradores hidrelétricos é feito nos períodos mais chuvosos, por exemplo. Das térmicas, quando for período de seca e os níveis dos reservatórios não estiverem abundantes. A forma de funcionamento do SIN traz inúmeros benefícios, apesar da sua grande complexidade técnica e operacional. A

⁵³ Os Sistemas Isolados correspondem ao consumo de 3.442MW enquanto que o SIN é responsável pelo consumo de 461.761 MW

⁵⁴ REIS, Lineu Belico. **Geração de Energia Elétrica**. 2.ed. Barueri, SP: Manole, 2011, p. 22.

sua operação física é feita de forma centralizada pelo ONS que determina quais são os geradores e transmissores que devem ser demandados a cada instante, visando sempre a otimização e segurança do sistema.⁵⁵

1.9 Garantia Física e Lastro Contratual

A garantia física (GF) é definida pelo Ministério de Minas e Energia – MME, mais precisamente pela Empresa de Pesquisa Energética – EPE, e corresponde a determinado montante de energia que um empreendimento de geração é capaz de produzir. Em um primeiro momento, é calculada a Garantia Física de todo o SIN, considerada a tolerância de risco de déficit de energia do sistema (garantia de suprimento do sistema). Posteriormente, essa garantia física total do SIN é rateada entre todos os agentes que compõem o sistema, daí obtendo a garantia física individual de cada empreendimento.⁵⁶

Dessa forma, a venda da energia elétrica produzida por cada gerador está limitada ao seu lastro comercial para garantir cem por cento de seus contratos, e este não deve ultrapassar a sua garantia física.⁵⁷

Nessa ordem de ideais, a garantia física serve como uma espécie de certificação que atesta a expectativa de geração de um dado empreendimento gerador. Entretanto, a remuneração do gerador não está atrelada à sua Garantia Física. Com efeito, nos contratos celebrados por quantidade de energia, o vendedor recebe pelo valor e quantidade que são negociados. Já nos contratos por disponibilidade de energia, o gerador recebe uma parcela de remuneração fixa, independente da sua produção, além de uma parcela variável para cobrir os custos com o despacho da usina. Esse tipo de remuneração é comum nos contratos de

⁵⁵ SOUZA, Luiz Felipe Falcone de. **Aspectos Bilaterais e Multilaterais da Comercialização de Energia Elétrica** in *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica* – Tomo V/Fábio Amorim da Rocha, Coordenador. Rio de Janeiro: Synergia, 2016, p. 55

⁵⁶ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. **Portaria MME nº 303, de 18 de novembro de 2004.** Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/documents/10584/1290149/Portaria+303+de+18-11-2004+Publicado+no+DOU+19-11-2004/6acba3a2-0c75-4829-ab10-32b434439115;jsessionid=2546679CC14BCA93C0C2C05101DE3351.srv155>>. Acesso em: 28. ago. 2019.

⁵⁷ Art. 2º, I, e §§ 1º e 2º do Decreto nº 5.163/2004.

energia de reserva, que é aquela destinada a garantir a segurança energética do SIN.⁵⁸

1.10 Mecanismo de Realocação de Energia – MRE

O Mecanismo de Realocação de Energia – MRE é um instrumento que possibilita o compartilhamento dos riscos hidrológicos entre as usinas hidrelétricas despachadas, de forma centralizada, pelo Operador Nacional do Sistema – ONS. Esse foi o mecanismo encontrado para lidar com as incertezas e complexidades que circundam a atuação das hidrelétricas. Assim, o MRE permite que as usinas que o integram honrem com seus compromissos contratuais, independentemente dos níveis de seus respectivos reservatórios, com a condição de que a geração total de energia do MRE não esteja abaixo da Garantia Física do conjunto de usinas.⁵⁹

Assim, a receita de uma usina não está necessariamente vinculada à sua efetiva produção, mas ao volume de energia que é negociada. Ocorre que em determinados períodos, o volume de energia que é gerado por uma usina pode ser menor que a garantia física para honrar seus compromissos contratuais. Dessa forma, o MRE se torna necessário para que não haja um eventual inadimplemento por conta dessa diferença. Por meio das regras veiculadas no MRE, essa usina deficitária receberá o volume de energia necessário para complementar sua garantia física. Esse volume que foi a ela alocada advém da geração de outras usinas que produziram além de suas respectivas garantias físicas.⁶⁰

⁵⁸ Vide art.10, p. único, do Decreto nº 2.655/98

⁵⁹ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA Regras de Comercialização: Mecanismo de Realocação de Energia. Versão 2019.1.0. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_p_id=audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=1&audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_documentId=38538&audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_tipoFaseReuniao=fase&audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_jspPage=%2Fhtml%2Faudiencias-publicas-visualizacao%2Fvisualizar.jsp> Acesso em: 27. Ago. 2019

⁶⁰ VALLE, Daniel Ribeiro do; GOMES, Raphael. **Breves considerações sobre o MRE e sua conjectura atual**. Migalhas, 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI209997,21048-Breves+consideracoes+sobre+o+MRE+e+sua+conjectura+atual>> Acesso em: 27. ago. 2019

A redistribuição da energia gerada pelo *pool* de usinas do MRE pode gerar 3 situações distintas, quais sejam, produção equivalente, superior ou inferior à garantia física total do MRE. Na primeira hipótese, a de equivalência, a cada usina será alocada a energia correspondente a sua Garantia Física, sendo alocada a energia excedente àquelas usinas que produziram abaixo de suas Garantias Físicas individuais. No caso superavitário, após realocar a energia entre as usinas, de modo que nenhuma fique deficitária, a energia excedente, chamada de energia secundária, é distribuída entre os agentes da *pool*, proporcionalmente à garantia física individual de cada um. Nesse caso, é possível conceber que mesmo um gerador que tenha produzido energia abaixo de sua garantia física, poderá ocupar uma posição superavitária. Outrossim, na hipótese de geração deficitária do MRE em relação à garantia física total das usinas, esse resultado deficitário também é redistribuído às usinas, proporcionalmente às suas garantias físicas individuais. Aqui, ao contrário do que ocorre no cenário, superavitário, um gerador que tenha produzido além de sua garantia física individual, poderá, ao final, ocupar posição deficitária. Seja qual for a situação, após a apuração e realocação da energia entre os agentes hidrelétricos, chega-se ao montante de energia que será utilizado para averiguar se aquele gerador honrará todos os seus compromissos contratuais.⁶¹

Essa realocação de energia entre as usinas hidrelétricas é realizada por meio de um fator de ajuste chamado de GSF (Generation Scaling Factor). Esse índice representa a relação entre a Geração Total produzida e a Garantia Física Total do MRE, conforme a fórmula abaixo:

⁶¹ Vide art. 21, §§2º e 3º do Decreto nº 2.655/98

Figura 4: Fórmula GSF

$$\text{AJUSTE_MRE}_{r,w} = \frac{\text{GTA_MRE}_{r,w}}{\text{GFIS_MRE}_{r,w}}$$

Onde:
 AJUSTE_MRE_{r,w} é o Ajuste do MRE no patamar “r”, da semana “w”
 GTA_MRE_{r,w} é a Geração Total Agregada do MRE no patamar “r”, da semana “w”
 GFIS_MRE_{r,w} é a Garantia Física do MRE no patamar “r”, da semana “w”¹²⁹

Fonte: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (2017)

O GSF é aplicado à Garantia Física das usinas do MRE a fim de determinar qual o montante de energia que a ela será alocado. Nesse sentido, quando o GSF for igual a 1 (um), significa que o MRE não produziu mais nem menos energia que a Garantia Física do bloco. Se o GSF for superior a 1 (um), haverá a existência de energia secundária (posição superavitária do MRE). E se o GSF for inferior a 1 (um), o bloco de usinas hidrelétricas produziu energia aquém da Garantia Física do bloco.

Sob a ótica comercial, o MRE garante segurança jurídica às usinas participantes, independentemente das condições climáticas da região em que estejam localizadas. Sob a ótica físico-operacional, garante que o Operador Nacional do Sistema – ONS opere com liberdade, sem realizar discriminação com o resultado comercial das usinas hidrelétricas.

1.11 O Mercado de Curto Prazo – MCP

O Mercado de Curto Prazo – MCP é o ambiente em que ocorre o tratamento das diferenças entre o valor da energia gerada e o seu consumo, daí porque também é conhecido como “mercado de diferenças”. Nos termos da Resolução Normativa ANEEL nº 622, de 19 de agosto de 2014, o MCP pode ser compreendido como a:

Denominação do processo em que se procede à contabilização e liquidação financeira das diferenças apuradas entre os montantes de energia elétrica seguintes: a) contratados, registrados e validados

*pelos agentes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, cujo registro tenha sido efetivado pela Câmara; e b) de geração ou de consumo efetivamente verificados e atribuídos aos respectivos agentes da CCEE.*⁶²

Uma das principais funções da CCEE é realizar mensalmente as operações de contabilização e liquidação do MCP. O processo de contabilização é iniciado com a coleta de informações da geração e consumo de energia dos agentes, através de um sistema conectado com pontos de medição.⁶³ Após, esses dados são cotejados com os contratos firmados pelos agentes, seja no ACL ou no ACR, para se averiguar se os compromissos foram totalmente adimplidos.⁶⁴

NO ACR e no ACL as relações entre as partes são sempre bilaterais, isto é, os contratos são firmados entre um agente vendedor e outro agente comprador. Já o MCP é mercado multilateral. Isto significa dizer que ele não enxerga esses contratos de forma isolada, de modo que para o MCP só existem agentes em posição credora e posição devedora. Os devedores entregarão ao mercado e não diretamente aos agentes, os recursos financeiros que devem. Esses recursos, em seguida, são distribuídos aos credores. Assim, o volume de créditos sempre equivale ao volume de débitos (soma zero).⁶⁵

Os devedores são aqueles agentes que venderam mais energia do que entregaram, como também aqueles que consumiram mais energia do que compraram. Seja qual for a situação, houve o consumo de energia sem a devida cobertura contratual. Caso um determinado agente não consiga honrar com seu compromisso contratual, outro será chamado a lhe dar cobertura, e ele se torna devedor perante o MCP, enquanto que o agente

⁶² AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Resolução Normativa ANEEL nº 622, de 19 de agosto de 2014.** Disponível em:

http://www.aneel.gov.br/home?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2F&_101_assetEntryId=15050759&_101_type=content&_101_groupId=656835&_101_urlTitle=mercado-de-curto-prazo-mcp&inheritRedirect=true. > Acesso em 27.ago.2019

⁶³: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Sistema de coleta de dados de energia – SCDE.**

Disponível em:

http://www.aneel.gov.br/busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=http%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fbusca%3Fp_auth%3DxLLrDmYZ%26p_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D1%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_state_rcv%3D1&_101_assetEntryId=15056087&_101_type=content&_101_groupId=656835&_101_urlTitle=sistema-de-coleta-de-dados-de-energia-scde&inheritRedirect=true. > Acesso em 27.ago. 2019.

⁶⁴ ARAGÃO, Cid Arruda. **Controle Judicial sobre a Regulação Do Setor Elétrico: uma análise crítica a partir do estudo do caso do GSF.** Brasília, UniCEUB, 2012, p. 140

⁶⁵ Ibidem.

que entregou energia elétrica além de seus compromissos contratuais, se torna credor do MCP.⁶⁶

Ao final da operação, as diferenças que foram apuradas são valoradas ao Preço de Liquidação de Diferenças – PLD, chegando-se aos valores brutos que serão destinados ao MCP pelos devedores e entregues aos credores.⁶⁷

O PLD é calculado toda semana e leva em consideração os custos marginais de geração de energia elétrica. A exposição dos agentes no MCP pode refletir em grave impacto financeiro, em períodos que o PLD esteja muito alto, como também pode ser vantajoso quando o PLD está abaixo dos valores contratados no ACL e ACR. Assim, depreende-se que a atuação no setor elétrico exige um planejamento complexo dos agentes, buscando sempre minimizar os riscos e aumentar os lucros.⁶⁸

1.12 Alocação de riscos no setor elétrico brasileiro

1.12.1 Definição de “risco”

Inicialmente, antes de adentrar a análise dos estudos de caso, faz-se necessário conceituar o que seria este “risco” regulatório. Para tanto, a doutrina traz algumas definições, entre elas: (i) desconhecimento do resultado final; (ii) variação de um possível resultado que poderia existir em uma determinada situação; (iii) alta chance de frustração do resultado esperado; (iv) imprevisibilidade sobre a estrutura, resultado ou consequências de uma decisão ou planejamento; (v) impacto sobre objetivos e metas.⁶⁹

Segundo Marcos Nobrega:

A essência do risco, no entanto, é caracterizada por três aspectos fundamentais: o evento, que significa a possível ocorrência de algo que poderia impactar o investimento; a probabilidade, que significa a chance do evento de risco ocorrer em determinado período de tempo

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ ARAGÃO, Cid Arruda. **Controle Judicial sobre a Regulação Do Setor Elétrico**: uma análise crítica a partir do estudo do caso do GSF. Brasília, UniCEUB, 2012, p. 140.

⁶⁹ . PADIYAR, Vaijayanti; SHANKAR, Tarun; VARMA, Abhishek. **Risk management in PPP**. IL & FS Infrastructure Development Corporation LTD. Disponível em: <[http://www.ffdtoolkit.org/InfraDev/assets/10/documents/Padiyar%20et%20al%20-%20Risk%20Management%20in%20PPP%20\(2004\).pdf](http://www.ffdtoolkit.org/InfraDev/assets/10/documents/Padiyar%20et%20al%20-%20Risk%20Management%20in%20PPP%20(2004).pdf)> Acesso em 27.ago. 2019

e, por fim, o impacto, que corresponde ao valor financeiro resultante de uma incidência do risco.⁷⁰

Nas palavras de Jorion, “risco pode ser definido como a volatilidade de resultados inesperados, normalmente relacionada ao valor de ativos e passivos de interesse”.⁷¹

Em síntese, os riscos são aqueles fatores que eventualmente podem alterar a rentabilidade de um projeto de infraestrutura. Sendo complexos, como geralmente são os contratos de concessão e as Parcerias Público-Privadas, é de grande importância estabelecer como esses fatores serão alocados entre as partes durante todo o período de vigência do contrato, devendo trazer a maior quantidade de detalhes possível. Como afirma Marcos Augusto Perez:

O planejamento, esclareça-se, não tem o condão de eliminar os riscos de uma concessão. Sua virtude encontra-se em prevê-los e equacioná-los, tendo em vista a preservação dos fins da concessão e a solução dos impasses criados na eventualidade da sua eclosão. Como disse Auby: ‘a planificação é a função que se traduz pela vontade de administrar a mudança’; o planejamento, portanto, é de fundamental importância, na medida em que tende a reduzir os conflitos ao longo da execução do contrato de concessão, aumentando o seu grau de estabilidade⁷².

Nessa ordem de ideias, para o fim específico deste trabalho, o “risco” será definido como qualquer fator que não se possa ter controle completo sobre ele, cuja ocorrência poderá afetar a rentabilidade do projeto e em relação ao qual nenhuma das partes possua controle completo, cuja ocorrência possa influir no contrato de forma positiva ou negativa e cuja administração provoque dispêndios para quem o assuma.

Em regra, ao contrário dos contratos privados, os contratos administrativos possuem uma proteção contra a instabilidade que corresponde justamente à proteção da equação econômico-financeira inicial do contrato, que deverá ser mantida diante de quaisquer eventos, sejam naturais ou humanos, excetuando-se aqueles

⁷⁰ NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: QuartierLatin, 2011. p. 126

⁷¹ JORION, O. “**Value at risk: a nova fonte de referência para o controle do risco de mercado**”. São Paulo: Bolsa de Mercadorias & Futuros, 1998, p.3.

⁷² PEREZ, Marcos Augusto PEREZ, M. A. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Fórum: Belo Horizonte, 2006. p. 140.

previsíveis, inerentes à própria álea da economia e que nada tenham a ver com a atuação do Estado.⁷³

Anteriormente à promulgação da Carta de 1988, Francisco Campos já ensinava que:

[...] a obrigação, imposta à propriedade privada das concessionárias de serviço público, de tarifas inferiores à justa remuneração a que tem direito resulta em diminuir, de modo indireto, o seu valor, e, portanto, em expropriá-la de uma parte do seu valor. [...] As tarifas que não corresponderem a uma justa remuneração do capital serão, portanto, tarifas confiscatórias, ainda que fisicamente ou no seu *corpus* em nada haja sofrido a propriedade.⁷⁴

Atualmente, o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo está previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 ao enunciar os princípios que norteiam a Administração Pública.

Nesse sentido, a Lei nº 8.666, que de acordo com seu artigo 124, aplica-se às concessões de serviços públicos naquilo que não conflita com a legislação específica, dispõe:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.⁷⁵

⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos. **A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs.** RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p.35-66, maio/ago.2013.

⁷⁴ CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. p. 159-160.

⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 29.ago.2018

Já o art. 10 da Lei nº 8.987/95 dispõe que: “*Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.*”⁷⁶

O referido diploma legal acrescenta ainda em seus §§ 3º e 4º do art. 9º:

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.⁷⁷

O respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão é ainda contemplado no art. 35 da Lei nº 9.074/95:

Art. 35. A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁷⁸

Considerando que os contratos de concessão de serviços públicos são de longa duração e que visam atingir uma atividade estatal, há uma preocupação ainda maior com a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro. Isto é, se no transcorrer da execução contratual houver algum fato que a altere, seja impondo-lhe um maior custo ou a sua diminuição, a equação deve ser recomposta.

1.12.2 Fatores de riscos existentes no setor elétrico brasileiro

No âmbito do setor elétrico, há vários fatores de riscos que afetam o sistema energético, a exemplo da variação do preço de mercado da energia elétrica, que abala o fluxo de caixa dos agentes expostos a essa oscilação. Há, ainda, os riscos atinentes

⁷⁶ _____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 29.ago.2018.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ BRASIL. **Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995.** Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm>. Acesso em: 29.ago.2018

à dinamicidade entre produção e demanda, entre transmissão e estocagem e entre compra e venda, que atingem os preços de curto e longo prazo.

Nesse contexto, a gestão dos riscos nesse setor torna-se primordial, exigindo um amplo estudo de todos os fatores que podem influenciar o mercado energético.

Essa atividade de gestão de riscos é de interesse de todos os agentes do setor elétrico, destacando-se que tais serviços podem ser prestados: (i) a um gerador, distribuidor, consumidor ou comercializador; (ii) à própria empresa gestora de riscos que almeja formar uma boa carteira de ativos; ou ainda (iii) a agentes externos de outros mercados, a exemplo do mercado financeiro, que objetivem investir no setor elétrico, mas não possuem o conhecimento técnico suficiente.⁷⁹

O processo de gestão de riscos resume-se na identificação dos fatores de riscos, na respectiva distribuição da probabilidade da ocorrência desses eventos, na aceitação daquele risco e o emprego de instrumentos mitigadores do risco.⁸⁰

De modo geral, os riscos estão associados às perdas de natureza financeira de uma eventual remuneração não adequada aos investimentos aplicados. Existem vários tipos de riscos que envolvem o setor elétrico, porém para fins didáticos, eles serão agrupados em 4 subdivisões:

1.12.2.1 Riscos de Mercado

Os riscos de mercado são aqueles riscos que envolvem preço e volume. Isto é, dependem da variação do preço da energia elétrica em face das condições de mercado e do comportamento dos agentes que nele atuam, podendo ser subdivididos em 4 categorias, quais sejam: (i) variação do preço de mercado; (ii) incerteza na evolução da oferta e demanda (iii) estratégia comercial e (iv) inadimplência.⁸¹

⁷⁹ TAMAROZI, Rodrigo. **“Identificação, modelagem e mitigação de riscos em operações de comercialização de energia elétrica no mercado brasileiro”**. Dissertação apresentada como requisito parcial do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Recursos Hídricos e Ambiental do Setor de Tecnologia da Universidade Federal do Pará. Curitiba, 2002, p.29

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ TAMAROZI, Rodrigo. **“Identificação, modelagem e mitigação de riscos em operações de comercialização de energia elétrica no mercado brasileiro”**. Dissertação apresentada como requisito parcial do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Recursos Hídricos e Ambiental do Setor de Tecnologia da Universidade Federal do Pará. Curitiba, 2002, p.29.

1.12.2.1.1 *Variação de Preço de Mercado*

Em que pese todos os riscos estarem atrelados ao binômio indissociável preço/quantidade, haja vista que em qualquer mercado os superávits e os déficits da commodity afetam diretamente os preços de mercado, o risco aqui mencionado diz respeito às incertezas quanto aos preços de mercado e sua variabilidade.⁸²

A variação do preço de mercado é influenciada por fatores relacionados à demanda, condições hidrológicas, preço de combustível, disponibilidade de linhas de transmissão, dentre outros.⁸³

No contexto brasileiro, o Mercado de Curto Prazo é o ambiente por meio do qual a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE realiza a contabilização e a liquidação da energia elétrica produzida e consumida no Brasil. Assim, o risco aqui envolvido é justamente a exposição dos agentes à liquidação das diferenças ao preço de curto prazo.⁸⁴

Vale ressaltar que a referida exposição pode eventualmente ser desejável em determinadas situações, como quando o agente tem um montante de energia não contratada e resolve vendê-la a um preço alto no Mercado de Curto Prazo.⁸⁵

1.12.2.1.2 *Incerteza na evolução da oferta e demanda*

Quanto à incerteza na evolução da oferta e demanda, a premissa básica é que o binômio preço-qualidade é indissociável. Na ocorrência de superávits, há a dificuldade em vender a energia produzida, especialmente se o preço almejado for superior a uma média do mercado. Por outro lado, na hipótese de déficits, há a dificuldade ou mesma a impossibilidade em comprar energia elétrica, e o preço médio tende a ser alto.⁸⁶

⁸² Ibidem

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ TAMAROZI, Rodrigo. “**Identificação, modelagem e mitigação de riscos em operações de comercialização de energia elétrica no mercado brasileiro**”. Dissertação apresentada como requisito parcial do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Recursos Hídricos e Ambiental do Setor de Tecnologia da Universidade Federal do Pará. Curitiba, 2002, p.29-35

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem.

1.12.2.1.3 *Risco estratégico*

Já o risco estratégico é aquele em que a dinâmica do mercado é analisada pelos agentes previamente à tomada de ações e exposições de mercado. Essas estratégias envolvem preços, montantes e prazos de contrato. Seria o caso de um agente gerador que decidiu não contratar 50% do total da sua energia produzida, para vendê-la no Mercado de Curto Prazo, na expectativa de que houvesse aumento de preço. Assim esse agente assumiu o risco dos preços não aumentarem, ou pior, diminuïrem.⁸⁷

1.12.2.1.4 *Riscos de Inadimplência*

Por fim, os riscos correlatos à inadimplência diz respeito ao descumprimento de compromissos firmados por um dos agentes contratantes.⁸⁸

1.12.2.2 *Riscos técnicos e climáticos*

Os riscos operacionais/técnicos são aqueles relacionados à operação das usinas, habitualmente atrelados a não geração de energia elétrica por (i) atraso no início da operação, (ii) atraso no cronograma de obras, (iii) atraso nos licenciamentos, especialmente os ambientais; (iv) indisponibilidade de unidade geradora por paradas não programadas.⁸⁹

Os riscos climáticos, na maioria das vezes, estão relacionados à disponibilidade hídrica nas diversas regiões que compõem o Sistema Interligado Nacional – SIN, bem como às regras de otimização desse sistema, como é o caso do Mecanismo de Realocação de Energia (MRE). Com efeito, esse mecanismo foi criado no intuito de garantir que, sob condições normais de operação, os geradores recebam a receita relativa à sua energia assegurada por meio da realocação da geração das usinas com excedente para aquelas que estão deficitárias.⁹⁰

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ TAMAROZI, Rodrigo. “**Identificação, modelagem e mitigação de riscos em operações de comercialização de energia elétrica no mercado brasileiro**”. Dissertação apresentada como requisito parcial do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Recursos Hídricos e Ambiental do Setor de Tecnologia da Universidade Federal do Pará. Curitiba, 2002, p.29

⁹⁰ Ibidem.

Sempre que as condições hídricas forem favoráveis, o sistema é quase integralmente suprido pelas usinas hidroelétricas. Nesse contexto, as usinas termelétricas podem ficar ociosas e não ter geração suficiente para honrar seus contratos, precisando comprar (liquidar) no Mercado de Curto Prazo a geração excedente das hidroelétricas.⁹¹

Já na situação inversa, isto é, em condições hídricas desfavoráveis (secas severas), as usinas hidroelétricas ficam impossibilitadas de gerar toda a energia que efetivamente contratou, sendo compelidas a comprar a energia excedentes de outros agentes, como por exemplo, de termelétricas com energia gerada superior à contratada.⁹²

Ademais, pode haver ainda transações no âmbito do Mercado de Curto Prazo por outros motivos que não são relacionados ao despacho centralizado, como por exemplo o gerador que deixa descontratado parte de sua garantia física, liquidando-a no MCP.⁹³

1.12.2.3 Riscos Econômico-financeiros

Nada mais são do que os riscos tributários e de investimento e financiamento. Os riscos tributários envolvem a variação de encargos, taxas e impostos que impactam nos lucros auferidos pelos agentes.⁹⁴

Os riscos de custos de investimento e de financiamento são aqueles que afetam como um todo a economia do país, a exemplo da variação da taxa de juros e câmbio. Por exemplo: um agente comercializador que importa energia pagando em dólares americanos, e vende no mercado brasileiro em reais.⁹⁵

⁹¹ Ibidem.

⁹² Ibidem.

⁹³ TAMAROZI, Rodrigo. “**Identificação, modelagem e mitigação de riscos em operações de comercialização de energia elétrica no mercado brasileiro**”. Dissertação apresentada como requisito parcial do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Recursos Hídricos e Ambiental do Setor de Tecnologia da Universidade Federal do Pará. Curitiba, 2002, p.29

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Ibidem.

1.12.2.4 Riscos Jurídicos e Institucionais

Os riscos normativos estão relacionados ao desconhecimento, a ausência ou a falha na interpretação, ou mesmo aplicação dos instrumentos normativos que regem o setor.⁹⁶

Outro ponto que merece destaque é a inadequação dos instrumentos contratuais para a operacionalização desejada pelas partes contratantes. Dentre os riscos que envolvem a relação contratual, podemos citar a formação do contrato, que envolve desde a negociação até a redação do instrumento, a aplicação do contrato, por meio de interpretação e gerenciamento, e em casos excepcionais, a sua rescisão.⁹⁷

Os riscos institucionais envolvem a política setorial e os seus aspectos regulatórios. No que tange à política setorial, os riscos podem ser exteriorizados na (i) falha no planejamento energético de longo prazo; (ii) falha no funcionamento dos órgãos setoriais; (iii) criação de subsídios; (iv) estabelecimento de compras compulsórias, etc. quanto aos riscos institucionais regulatórios, cite-se a interferência do poder regulador nos preços da CCEE, bem como os encargos de serviço do sistema.⁹⁸

1.12.2.5 A importância da alocação eficiente de riscos

Conforme visto no tópico anterior, os riscos devem ser previamente identificados para que obtenham um tratamento contratual expresso, a fim de que, além da identificação da viabilidade econômico-financeira, seja possível a previsão de mecanismos de apelar as áleas, sejam ordinárias ou extraordinárias, e consequentemente conduzir a mecanismos de solução de conflitos na eventual

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ TAMAROZI, Rodrigo. **“Identificação, modelagem e mitigação de riscos em operações de comercialização de energia elétrica no mercado brasileiro”**. Dissertação apresentada como requisito parcial do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Recursos Hídricos e Ambiental do Setor de Tecnologia da Universidade Federal do Pará. Curitiba, 2002, p.29

ocorrência de uma situação fática consubstanciada em um risco previamente identificado na ocasião do estudo prévio da celebração do contrato de concessão.⁹⁹

Com efeito, essa alocação objetiva de riscos ganha relevância em um panorama de um contrato complexo e de longa duração, que é o caso do contrato de concessão. Nesse sentido, Irwin aduz que a relação concessória somente irá atingir seus objetivos se houver a alocação adequada dos riscos a que o concessionário está sujeito.¹⁰⁰ Indo mais adiante, Allen defende que o aumento da eficiência da gestão pública, isto é, o “*Value for Money*”, é obtido por meio da transferência de riscos, de tal modo que esse risco deverá ser transferido àquele que possui melhores condições de administrá-lo.¹⁰¹

A alocação apropriada dos riscos do empreendimento é essencial para que o projeto obtenha êxito, considerando que a eficiência da concessão depende da distribuição desses fatores de forma correta. Com isso, cada parte responsável por arcar com determinado fator de risco, empreenderá esforços a fim de evitar a sua ocorrência ou, ao menos, mitigar as consequências daquele evento. E a consequência disso será um ganho de eficiência e maior economia de recursos, conforme preceituam Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado:

A distribuição de riscos é a principal função de qualquer contrato. Trata-se de antecipar e atribuir a cada uma das partes a obrigação de assumir as consequências e ocorrências futuras. Ao fazê-lo, o contrato gera incentivo para as partes adotarem, por um lado, providências para evitar ocorrências que lhes sejam gravosas (os riscos negativos) ou, pelo menos, estimula-as a agirem com o objetivo de realizar as situações que lhes são benéficas – por exemplo, no caso da parte prestadora de um serviço, a melhoria da qualidade do serviço, para aumento da demanda, e, portanto, das suas receitas operacionais.¹⁰²

⁹⁹ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Fórum: Belo Horizonte, 2006.

¹⁰⁰ IRWIN, T.; KLEIN, M; PERRY, G.E.; THOBANI, M. **Dealing with public risk in private infrastructure: an overview**. In: _____. Dealing with public risk in private infrastructure. World Bank Latin American and Caribbean Studies, [S. l.], p. 1-19, 1997

¹⁰¹ ALLEN, G. The Private Finance Initiative (PFI). **Economic Policy and Statistics Section. House of Commons Library**. Research Paper 01/117. 2001. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2001/rp01-117.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2019

¹⁰² RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceira PúblicoPrivada Fundamentos Econômicos-Jurídicos**. 1ª Ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 117.

No ponto, Marcos Nóbrega ressalta que:

[...] a resposta convencional a esse dilema é que eles [os riscos] deverão ser alocados para a parte que tem melhor condição de gerenciá-los. A resposta é correta, porém simplista e vaga. Para ser mais preciso, cada risco deve ser alocado de acordo com o direito de tomar decisões de forma a maximizar o valor total do projeto (total project value) considerando a capacidade de cada parte para: a) influenciar o correspondente fator de risco; b) influenciar a sensibilidade do valor total do projeto em relação ao risco – antecipando ou respondendo ao fator de risco; e c) absorvendo o risco.¹⁰³

Com vistas a uma distribuição eficiente dos riscos da concessão/PPP, Maurício Portugal traz quatro critérios básicos para a alocação desses fatores.

O primeiro deles seria que o risco deve ser alocado à parte que conseguir mitigá-lo ou diminuir suas chances de ocorrência a um custo menor. Exemplificando esse critério, pode-se citar a alocação ao concessionário/parceiro privado dos riscos do material empregado no projeto, como incentivo para a utilização dos insumos mais adequados àquele serviço ou ainda os riscos de demanda, devem ser, a princípio, atribuídos também à parte privada do contrato, para que haja um maior engajamento para oferecer serviço de qualidade.¹⁰⁴

O segundo critério para a alocação de riscos é que estes devem ser atribuídos à parte mais capacitada para gerenciar os efeitos danosos na eventual ocorrência do evento malquisto. A título de exemplo, tem-se que, numa concessão de rodovias, mesmo que o concessionário instale instrumentos de sinalização nas estradas, não é possível evitar integralmente a ocorrência de acidente, porém este possui maior capacidade de prestar socorro de forma mais célere às vítimas.¹⁰⁵

Os dois critérios restantes dizem respeito à capacidade das partes de transferir para terceiros a prevenção ou atenuação dos efeitos dos eventos indesejados. De fato, o Estado “externaliza” os riscos do negócio aos contribuintes no

¹⁰³ NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: QuartierLatin, 2011, p. 129

¹⁰⁴ RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 81.

caso dos recolhimentos tributários por ele realizados, independentemente se eles são usuários ou não daquele serviço.

Quanto ao parceiro privado, este possui duas alternativas em relação aos riscos a ele imputados, quais sejam, o primeiro deles seria celebrar um contrato de seguro, introduzindo o valor do prêmio no valor de sua proposta, e o segundo deles seria, incorporar no valor da proposta o gerenciamento daquele risco. De todo forma, esse custo será transferido para a tarifa paga pelos usuários e/ou a contraprestação do poder público.

Feitas essas considerações, o terceiro critério de alocação de riscos seria, primeiramente, alocá-lo ao concessionário quando for possível a celebração de contrato de seguro, haja vista que o seguro permite uma repartição social do risco de forma mais eficiente.¹⁰⁶ Caso não seja possível celebrar um contrato de seguro, a alocação deste risco deve ser atribuído ao poder concedente, visto que o valor do gerenciamento de riscos será repassado pelo concessionário à tarifa dos usuários ou à própria Administração Pública.

Não restam dúvidas, portanto, que a alocação eficiente dos riscos em projetos de longa duração, como é o caso dos contratos de concessão e de PPP são de suma importância. E para isso, é fundamental que essa alocação de riscos se dê de forma racional, com base em uma sistematização do processo de alocação que contemple parâmetros que ajudem a estabelecer a maior previsão possível dos riscos que tornam o processo mais fácil de conceber.

De acordo com a Partnerships Victoria, o primeiro passo a ser dado é mapear os riscos. E esta etapa visa identificar, prevenir, conter e mitigar os riscos de um projeto, dividido em cinco etapas: identificação dos riscos; avaliação de risco; alocação de risco; mitigação de risco; e monitoramento/revisão. A partir das informações obtidas, é formada matriz de riscos que poderá ser mais ou menos detalhadas (nas colunas) a depender do escopo do projeto.¹⁰⁷

¹⁰⁶ O valor do prêmio cobrado pela seguradora geralmente é menor àquele considerado necessário ao gerenciamento do risco pelo parceiro privado.

¹⁰⁷ PARTNERSHIPS VICTORIA. **Risk allocation and contractual issues**. Department of Treasury and Finance, Melbourne: 2001. Disponível em:

Essa ferramenta é idealizada a partir do princípio da alocação ótima de riscos e objetiva assegurar maior eficiência nos contratos de concessão a fim de evitar, por exemplo, a assunção demasiada de riscos pelo concessionário, que acaba refletindo no preço do particular, onerando ao Poder Concedente ou ao usuário do serviço. Dessa forma, todos os riscos tidos por relevantes devem ser esboçados na referida matriz, para orientar a elaboração dos estudos e, posteriormente na elaboração do contrato de concessão.¹⁰⁸

Uma vez constatada a viabilidade do empreendimento, as partes licitantes poderão apresentar suas respectivas propostas, de tal forma que a vencedora servirá de base para definir a equação econômico-financeira inicial do contrato observada a repartição de riscos estabelecida contratualmente. É de fácil percepção, portanto, que a alocação eficiente dos riscos possui o condão de subsidiar a modelagem do projeto, criar um ambiente seguro para os licitantes, proporcionar um gerenciamento eficiente do contrato, delimitar o processo de reequilíbrio, aumentando significativamente a probabilidade de a proposta vencedora ser a mais vantajosa para a administração e do serviço ser prestado adequadamente nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei das Concessões.

<[http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/RiskAllocationandContractualIssues1-Entire/\\$File/Risk%20Allocation%20and%20Contractual%20Issues1%20-%20Entire.pdf](http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/RiskAllocationandContractualIssues1-Entire/$File/Risk%20Allocation%20and%20Contractual%20Issues1%20-%20Entire.pdf)>. Acesso em: 11 mar.2019

¹⁰⁸ Ibidem.

2 ESTUDOS DE CASOS

2.1 Resolução CNPE nº 03/2013

Inicialmente, ressalta-se que, ao comprar energia elétrica, o consumidor está pagando pela geração, transmissão e distribuição, além de tributos e encargos setoriais.¹⁰⁹ Especificamente sobre os encargos setoriais, estes podem ser compreendidos como “[...] custos inseridos sobre o valor da tarifa de energia elétrica, como forma de subsídio, para desenvolver e financiar programas relacionados ao setor elétrico, definidos pelo Governo Federal.”¹¹⁰

Dentre esses encargos setoriais, há o Encargo de Serviços do Sistema (ESS)¹¹¹ que, conforme definição do Glossário de Termos/Interpretações e Relação de Acrônimos da CCEE, representa “o custo incorrido para manter a confiabilidade e a estabilidade do SIN para o atendimento do consumo de energia elétrica no Brasil”.¹¹²

Esse encargo setorial é expresso em R\$/MWh e são pagos aos agentes geradores termelétricos que atendem a solicitação do despacho do Operador Nacional do Sistema (ONS) para realizar geração fora da ordem de mérito de custo. Em outras palavras, é o ESS que custeia o Despacho fora da ordem de mérito, quando há

¹⁰⁹ ROSENBLATT, José; LINO, Priscila Rochinha. **Evolução dos Encargos Setoriais**. In: Regulação Jurídica do Setor Elétrico (Org. Elena LANDAU). Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 325.

¹¹⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Atlas do Setor elétrico**. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/arquivos/pdf/atlas_par1_cap1.pdf>. Acesso em: 10.set. 2019

¹¹¹ “O ESS é um encargo previsto no Decreto 5.163, de 30 de julho de 2004, que, em seu artigo 59, dispõe: As regras e procedimentos de comercialização da CCEE poderão prever o pagamento de um encargo destinado à cobertura dos custos dos serviços do sistema, inclusive os serviços ancilares, prestados aos usuários do SIN, que compreenderão, dentre outros: I - custos decorrentes da geração despachada independentemente da ordem de mérito, por restrições de transmissão dentro de cada submercado; II - a reserva de potência operativa, em MW, disponibilizada pelos geradores para a regulação da frequência do sistema e sua capacidade de partida autônoma; III - a reserva de capacidade, em MVA, disponibilizada pelos geradores, superior aos valores de referência estabelecidos para cada gerador em Procedimentos de Rede do ONS, necessária para a operação do sistema de transmissão; e IV - a operação dos geradores como compensadores síncronos, a regulação da tensão e os esquemas de corte de geração e alívio de cargas.”

¹¹² AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Glossário de Termos/Interpretações e Relação de Acrônimos**. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2012/063/documento/glossario_de_termos_interpr_etacoes_e_relacao_de_acr%C3%B4nimos_anexo.pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2012/063/documento/glossario_de_termos_interpretacoes_e_relacao_de_acr%C3%B4nimos_anexo.pdf)>. Acesso em: 12 ago. 2019.

necessidade de adquirir energia das usinas termelétricas, que são mais caras do que a energia de fonte hidrelétrica.¹¹³

Segundo Girardi e Tisi, o ESS foi criado para cobrir com “os custos das termelétricas nos despachos fora da ordem de mérito, para preservar níveis adequados nos reservatórios das hidrelétricas e, por conseguinte, garantir a confiabilidade do fornecimento de energia elétrica aos consumidores.”¹¹⁴

Nesse contexto, percebe-se que o referido encargo foi criado com o fim precípuo de avaliar o fornecimento adequado de energia elétrica aos consumidores e, nos termos do inciso I, do artigo 14 da Lei nº 9.427/96¹¹⁵, diploma legal que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, o consumidor é o responsável pela contraprestação da execução do serviço de energia elétrica, haja vista que é o principal beneficiário da garantia de fornecimento de energia elétrica.

Com efeito, a Resolução do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE nº 08/2007 (antecessora da Resolução CNPE nº 03/2013) já previa que o custo do despacho fora da ordem de mérito seria custeado mediante o encargo ESS por todos os consumidores do Sistema Interligado Nacional – SIN:

§ 3º O custo adicional do despacho de usina acionada por decisão do CMSE, dado pela diferença entre o CVU e o PLD, será rateado proporcionalmente ao consumo médio de energia nos últimos doze meses por todos os agentes com medição de consumo do Sistema Interligado Nacional - SIN e será cobrado mediante Encargo de Serviços do Sistema por razão de segurança energética, conforme o disposto no art. 59 do Decreto no 5.163, de 30 de julho de 2004.65 (grifei)¹¹⁶

¹¹³ ROSENBLATT, José; LINO, Priscila Rochinha. Op. Cit, p. 326

¹¹⁴ IRARDI, Claudio; TISI, Yuri Schimitke A. Belchior. **Inconstitucionalidade da Resolução n. 3/2013 do CNPE e seus efeitos jurídico-regulatório**. In: Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica. Coordenado por Fábio Amorim da Rocha. Tomo II. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2013, p. 179.

¹¹⁵ “Art. 14. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende: I - a contraprestação pela execução do serviço, paga pelo consumidor final com tarifas baseadas no serviço pelo preço, nos termos da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995”.

¹¹⁶ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA. **Resolução nº 08, de 20 de dezembro de 2007**. Disponível em: http://www.mme.gov.br/documents/10584/1139151/Resoluxo_8_CNPE_ALT.pdf/7e315cf2-e5e5-4b88-87d5-2d5cfc12d864. > Acesso em 13 ago. 2019.

Contudo, com o advento da Resolução CNPE nº 03/2013, o ESS passou a ser “rateado entre todos os agentes de mercado, proporcionalmente à energia comercializada nos últimos doze meses”, nos termos do art. 2º e §5º da referida Resolução:

Art. 2º. Por decisão do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, extraordinariamente e com o objetivo de garantir o suprimento energético, o ONS poderá, adicionalmente ao indicado pelos programas computacionais, despachar recursos energéticos ou mudar o sentido do intercâmbio entre submercados.

(...)

§ 4º O custo do despacho adicional de usina, acionada por decisão do CMSE, será calculado pelo produto do montante desse despacho e a diferença entre o CVU da usina e o PLD.

§ 5º O custo do despacho adicional, referido no § 4º, será rateado entre todos os agentes de mercado, proporcionalmente à energia comercializada nos últimos doze meses, inclusive o mês corrente, de acordo com as normas vigentes, mediante processo de contabilização e liquidação da CCEE, e será cobrado mediante Encargo de Serviços do Sistema por motivo de segurança energética, na forma do disposto no art. 59 do Decreto no 5.163, de 30 de julho de 2004. (grifei)¹¹⁷

Nesse ínterim, houve uma mudança drástica da sistemática então vigente, na medida em que o encargo que sempre fora suportado pelos consumidores, passou a ser rateado por todos os agentes de mercado a partir da Resolução CNPE nº 03/2013, que, em princípio, não são os beneficiários diretos do fornecimento de energia, mas a produzem, no caso dos geradores, e a comercializam, no caso das comercializadoras.

A escolha regulatória materializada na Resolução CNPE nº 03/2013, portanto, estabeleceu novo critério de rateio de custo do ESS, atribuindo aos geradores e comercializadores de energia elétrica custos adicionais imprevistos. Além disso, os efeitos da referida Resolução retroagem, atingindo períodos em que estava vigente a antiga regra de rateio. Nas palavras de Cerqueira:

Além de passar a ter que dividir a conta do ESS com os consumidores, outro ponto que incidiu queixas por parte dos geradores foi o das regras de transição. Como a resolução, publicada em 06 de março de

¹¹⁷ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA. **Resolução nº 03, de 6 de março de 2013.** Disponível em: http://www.mme.gov.br/documents/10584/1139163/Resoluxo_CNPE_Nx_3_2013_NR.pdf/a6476730-0c23-4a59-8a87-881f7c6d895b> Acesso em 13. Ago 2019.

2013, estabeleceu que a partir da primeira semana operativa de abril de 2013 e até que se internalize os mecanismos de aversão a risco nos programas computacionais para estudos energéticos e formação de preço, o custo do despacho adicional será rateado entre todos os agentes de mercado, proporcionalmente à energia comercializada nos últimos doze meses, inclusive o mês corrente, criou-se uma regra cujos efeitos recaem sobre resultados passados, cujas decisões foram tomadas sob vigência de outra regra.¹¹⁸

Embora a Resolução CNPE tenha sido publicada em 06 de março de 2013, apenas em 04 de abril de 2013 foi publicado o aviso da audiência pública nº 030/2013 (AP 030/2013), a fim de “obter subsídios e informações adicionais para o regulamento que aprova as Regras de Comercialização (REGRAS) de Energia Elétrica para atendimento ao disposto na Resolução CNPE nº 003/2013”¹¹⁹

Nos termos da Nota Técnica nº 061/2013-SEM/SRG/ANEEL, foram recebidas 109 contribuições de diversas instituições, por meio das quais foram apresentados argumentos no sentido de que o novo rateio criado pela Resolução CNPE nº 03/2013 demandaria prévia regulamentação pela ANEEL, como também não poderia ter sido implementada no mês da sua publicação.¹²⁰

Nada obstante, a agência reguladora deixou de considerá-las, conforme atesta a Superintendência da ANEEL:

15. Dentre as contribuições recebidas no âmbito da presente audiência pública, cinco agentes se manifestaram no sentido de que a aplicação da Resolução CNPE 03/2013 deveria se dar apenas após a plena regulamentação da matéria pela ANEEL. São eles: ABRAGE, AES Brasil, CEEE, Tractebel e Unica. A justificativa apresentada é a de que a Resolução do CNPE não é autoaplicável, tendo em vista que demandou regulamentação por parte da ANEEL. 16. Na mesma linha, a ABRACE sugeriu que para o mês de março fosse aplicada a regra vigente antes da publicação da resolução mencionada, com a

¹¹⁸ CERQUEIRA, Michele Nunes Freires. **Normas regulatórias brasileiras para incentivar o investimento privado no setor de geração de energia elétrica na última década: do modelo à realidade**. 2013. Dissertação (Mestrado Profissional em Regulação e Gestão de Negócios) Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p.125. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/14846>> Acesso em 13 ago. 2019

¹¹⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Aviso da Audiência Pública, AP 030/2013**, ANEEL. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/030/documento/integra_aviso_interc%C3%A2mbio_ap_030_2013.pdf> Acesso em 13 ago. 2019.

¹²⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Nota Técnica nº 061/2013-SEM/SRG/ANEEL**. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/030/resultado/nt_061_2013_regras_cnp_e.pdf> Acesso em 13 ago. 2019.

justificativa de o tratamento para o mês de março deveria refletir a aplicação da regra como ela era antes da publicação da resolução, já que essa foi publicada no mês de março. 17. Entende-se que a argumentação exposta pelos agentes é procedente, e tem coerência com o procedimento normalmente adotado pela ANEEL quando da introdução de novas regras que afetam os agentes setoriais, sendo importante registrar a concordância com o mérito das justificativas apresentadas, principalmente considerando que diversos conceitos necessários à operacionalização da Resolução CNPE 03/2013 estão sendo definidos no âmbito desta audiência. De fato, as definições da ANEEL aqui discutidas impactam os agentes e as negociações já realizadas. 18. Porém, por se tratar de comando do CNPE, portanto fora de escopo de discricionariedade por parte da SEM, as contribuições foram destacadas nesta seção, mas não foram consideradas pela área técnica.¹²¹

Várias propostas foram apresentadas pelos agentes para que fosse incluído nas Regras de Comercialização de Energia Elétrica, mecanismo de repasse dos novos encargos aos contratos e ao consumidor final. Outros agentes ainda reivindicaram que fossem excluídos do referido rateio. Contudo, o órgão regulador entendeu que os referidos questionamentos não eram pertinentes à referida audiência pública:

35. Diversos agentes, associações e empresas de consultoria encaminharam proposta para incluir nas Regras de Comercialização mecanismo de repasse de novos custos com encargos atribuídos aos geradores aos diversos tipos de contratos (CCEARs de energia nova, de Energia de Reserva). Outros agentes reivindicaram a isenção na participação do rateio do encargo ou o repasse desses custos para o consumidor final, como é o caso dos vendedores do PROINFA. 39. Assim, embora reconhecendo a necessidade de quantificação adequada desse ônus e a forma de sua alocação aos diversos contratos, considera-se que o assunto deva ser conduzido de forma apartada da presente discussão, mediante abertura de audiência pública específica, para a qual recomenda-se aprovação da Diretoria Colegiada da Agência.¹²²

Também foram apresentados argumentos no sentido da insuficiência do prazo para que todos os aspectos importantes da nova regra, incluindo o impacto financeiro,

121 AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Nota Técnica nº 061/2013–SEM/SRG/ANEEL, de 02.05.2013.** Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/030/resultado/nt_061_2013_regras_cnpe.pdf> Acesso em 13 ago 2019.

¹²² Ibidem.

fossem avaliados a contento pela área técnica.¹²³ De igual maneira, foram levantados argumentos no sentido da irracionalidade e desproporcionalidade da resolução:

No setor elétrico os encargos de serviços do sistema por razão de segurança energética foram instituídos para custear despachos fora da ordem de mérito, além do despacho econômico indicado pelos modelos que já incluem mecanismo de aversão ao risco, qual seja a Curva de Aversão a Risco (CAR). A proposição de rateio do encargo de segurança energética por todos os agentes não possui qualquer fundamento técnico ou econômico e traz custos adicionais indevidos a serem arcados pelos geradores, o que significa alteração das regras originalmente definidas para o negócio de geração. Os princípios da racionalidade e proporcionalidade recomendam que a cobrança dos mesmos seja feita aos beneficiários finais dessas medidas, ou seja, os usuários do serviço prestado cuja adequação se persegue, dos consumidores de energia elétrica, isto é, tal como vinha sendo praticado desde a instituição do ESS até a publicação da CNPE 03/2013.¹²⁴

Em que pese a Nota Técnica nº 061/2013-SEM/SRG/ANEEL ter reconhecido que a inserção do novo regramento afetou os agentes do setor, a Superintendência de Estudo de Mercado – SEM manifestou-se no sentido de que “por se tratar de comando do CNPE, portanto fora de escopo de discricionariedade por parte da SEM, as contribuições foram destacadas nesta seção, mas não foram consideradas pela área técnica”.¹²⁵

Assim, seja pelo fato de que na ocasião da publicação do aviso da Audiência Pública nº 030/2013 já ter sido publicada a Resolução CNPE nº 03/2013, seja pelo prazo exíguo para a apresentação de manifestações, percebe-se que houve pouco espaço de diálogo entre os agentes do mercado e os órgãos reguladores a fim de avaliar os impactos técnicos e econômicos da nova regra de rateio do ESS no setor elétrico.

¹²³ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Contribuição da APINE na Audiência Pública ANEEL 030/2013.** Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/030/contribuicao/apine_ap030_2013.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2019

¹²⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA . **Contribuições das Centrais Elétricas Cachoeira Dourada S.A à Audiência Pública ANEEL 030/2013.** Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/030/contribuicao/centrais_eletricas_cachoeira_dourada_s.a_ap030_2013.pdf> Acesso em: 13 ago. 2019.

¹²⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Item 18 da **Nota Técnica nº 061/2013-SEM/SRG/ANEEL, de 02.05.2013.** Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/030/resultado/nt_061_2013_regras_cnp_e.pdf> Acesso em 13 ago. 2019

Não se olvida que a ocorrência de um período hidrológico desfavorável e o respectivo acionamento das usinas termelétricas não é fato imprevisível aos agentes que atuam no SEB. Contudo, a alteração dos critérios de alocação do custeio do ESS por segurança energética imposto pela Resolução CNPE nº 03/2013 não era fato previsto e muito menos assentido pelos agentes do setor.

Assim, ultrapassada a discussão administrativa, com a persistência do ônus financeiro aos agentes do mercado, a discussão foi submetida ao crivo do Poder Judiciário a fim de obter declaração de nulidade dos efeitos da Resolução CNPE nº 03/2013. De fato, várias associações de geradores e comercializadores ajuizaram demandas judiciais questionando a legalidade da referida resolução. Dentre elas, pode-se citar a Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica (APINE), a Associação Brasileira de Geradoras de Energia Limpa (ABRAGEL)¹²⁶, a Associação Brasileira dos Agentes Comercializadores de Energia Elétrica (ABRACEEL)¹²⁷ e a Associação Brasileira de Energia Eólica (ABEEÓLICA).¹²⁸

Em suma, as referidas ações judiciais apontavam a ilegalidade da Resolução CNPE nº 03/2013 em razão da violação aos princípios da não-surpresa, da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito, da proteção da boa-fé, da irretroatividade de nova interpretação e da confiança.¹²⁹ Também foi questionada a competência do CNPE para regular matéria de política tarifária, a nulidade formal da resolução e ofensa ao princípio da proporcionalidade.¹³⁰

Na esfera doutrinária, também ressaltou-se indicações de que a Resolução CNPE nº 03/2013 transgredia vários princípios basilares do ordenamento jurídico:

¹²⁶ SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL. **Ação Ordinária nº 27834-41.2013.4.01.3400.** Autoras Apine e Abragel. Distribuída em 28.07.2015. 4ª. Vara federal. Desembargador Federal José Amílcar Machado. Trânsito em julgado em 03/06/2019 favorável à Associação Autora.

¹²⁷ SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL **Ação Ordinária nº 020000-84.2013.4.01.3400.** Autora Abraceel. Distribuída em 10.02.2015. 22ª. Vara Federal. Desembargador Federal Maria do Carmo Cardoso

¹²⁸ SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL. **Ação ordinária 0033415-37.2013.4.01.3400.** Autora: Abeeólica. Distribuída em 17.08.2016. 8ª. Vara federal. Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa.

¹²⁹SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL. Petição inicial da ação da Abeeólica. **Processo nº 0033415-37.2013.4.01.3400.**

¹³⁰ SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL. Petição inicial da ação da Apine e Abragel. **Processo nº 27834-41.2013.4.01.3400.**

Diversos são os princípios afetados pela Resolução do CNPE, tais como: (i) princípio da motivação, pela ausência de fundamentação do ato na exposição de motivos; (ii) princípio da separação de poderes, em decorrência do excesso do poder regulamentar do Poder Executivo ao instituir encargo sem previsão/autorização legislativa; (iii) princípio da legalidade, em decorrência da ausência de legitimidade do CNPE para instituir encargo; (iv) princípio da segurança jurídica, em decorrência dos efeitos retroativos que não respeitaram o ato jurídico perfeito e o direito adquirido; (v) princípio da proteção à boa-fé e confiança que deve nortear as relações contratuais: de um lado o Poder Concedente, e de outro, concessionários e autorizados. Por outro lado, favoravelmente às medidas implantadas pela Resolução do CNPE, há o (vi) princípio da modicidade tarifária.¹³¹

Conforme pode ser aferido, o entendimento preponderante do Poder Judiciário ao analisar o tema, foi no sentido de afastar a exigibilidade do ESS ou ainda afastar a aplicabilidade dos artigos 2º e 3º da referida resolução.

Contudo, ao proferir tais decisões, o Judiciário acabou por impactar a contabilização e liquidação da CCEE, que não considera o fator inadimplência em sua sistemática. Isto porque, a lógica da liquidação realizada no âmbito da CCEE é o da “soma zero”, ou seja, o crédito apurado na apuração de diferenças será atribuído um débito correspondente.

Disso resultou centenas de liminares vigentes, que fixaram a isenção do pagamento do ESS pelos agentes de mercado, o que representou mais R\$ 4,2 bilhões pendentes de contabilização na CCEE em outubro de 2016.¹³²

Em razão da alta judicialização do tema, foi editada a Lei nº 13.360/2016, que alterando a redação do §10, inciso I, do art. 1º, da Lei nº 10.848/2004, restringiu novamente o rateio do ESS aos consumidores:

Art, 1º (...)

§10 As regras de comercialização deverão prever o pagamento de encargo para cobertura dos custos dos serviços do sistema, inclusive

¹³¹ GIRARDI, Claudio; TISI, Yuri Schimitke A. Belchior. **Inconstitucionalidade da Resolução n. 3/2013 do CNPE e seus efeitos jurídico-regulatório**. In: Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica. Coordenado por Fábio Amorim da Rocha. Tomo II. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2013. p. 166.

¹³² DANTE, Pedro Henrique. **A força vinculante dos Contratos de Compra de Energia nos Ambientes Regulado e Livre (CCEAR e CCEAL)**. Disponível em: <<http://www.abceonline.com.br/XXIIsimposiojuridico/palestras/ApresentacaoABCEPedroDante.pdf>>. Acesso em: 13 ago 2019

os serviços ancilares, prestados aos usuários do SIN, que compreenderão, entre outros: (Incluído pela Lei nº 13.360, de 2016)

I - a geração despachada independentemente da ordem de mérito, por restrições de transmissão dentro de cada submercado ou por razões de segurança energética, a ser alocada nos consumidores com possibilidade de diferenciação entre os submercados; (Incluído pela Lei nº 13.360, de 2016)¹³³

Como pode ser visto, a massiva judicialização do tema conduziu a mudança do regramento estabelecido na Resolução CNPE nº 03/2013, retornando a sistemática do custeio do ESS pelos consumidores. Em face das reiteradas decisões judiciais reconhecendo a ilegalidade da resolução impugnada, conjuntamente com o impacto financeiro nas liquidações da CCEE decorrentes da exoneração dos agentes do pagamento do encargo, a agência reguladora e o Governo uniram esforços para viabilizar a liquidação e contabilização da CCEE.

De acordo com os acontecimentos narrados no presente estudo de caso, é possível perceber que a atuação do Poder Judiciário foi fundamental para que os geradores e comercializadores pudessem ser desonerados do ônus a eles impostos por uma escolha regulatória de alteração da metodologia de rateio do ESS.

2.1.1 Do contexto político-econômico da edição da Resolução CNPE nº 03/2013

Quando a Resolução CNPE nº 03/2013 foi editada, o Brasil enfrentava uma forte crise hidrológica¹³⁴, obrigando o ONS a despachar usinas que produziam energia

¹³³ BRASIL. **Lei nº 13.360, de 17 de novembro de 2017**. Altera a Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971, a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, a Lei nº 12.111, de 9 de dezembro de 2009, a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, a Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, a Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, a Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, a Lei nº 13.169, de 6 de outubro de 2015, a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e a Lei nº 13.203, de 8 de dezembro de 2015; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2016/Lei/L13360.htm>. Acesso em: 13 ago 2019

¹³⁴ A inversão da matriz energética aqui relatada decorreu da seca de 2014 e 2015, veiculada em vários canais e veículos, como por exemplo: MORENGO, José A. **A seca e a crise hidrológica de 2014-2015 em São Paulo**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/viewFile/110101/108684>>. Acesso em: 02.set. 2019; **Nasa mostra que seca no Brasil é pior do que se pensava**. 30.10.2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/nasa-mostra-que-seca-no-brasil-e-pior-do-que-se-pensava/>> Acesso em: 02. Set. 2019

mais cara a fim de garantir a segurança energética.¹³⁵ Essa energia mais cara seria alocada para a tarifa do consumidor.

Ocorre que no mesmo período, o Governo Federal, ao anunciar a Medida Provisória nº 579/2012, divulgava amplo programa de redução do custo da energia com o objetivo de “ampliar a competitividade da nossa economia”¹³⁶

A redução propalada em 11 de setembro de 2012 se assentava em dois pilares: (i) a antecipação da renovação de diversas concessões de geração entre 2015 e 2017; e (ii) aportes do Tesouro Nacional para financiar políticas públicas e subsídios custeados por encargos – preço público político – adicionados às tarifas de energia elétrica.¹³⁷

A intenção era viabilizar a redução média de 20% nas tarifas, concentrando a redução na indústria com vistas a gerar emprego e crescimento:

[...] a partir do início de 2013 os consumidores residenciais vão ter sua conta de luz reduzida em 16,2% e os industriais entre 19% e 28% [...]

A redução das tarifas de energia, na verdade, tem impacto sobre toda a economia. Vai reduzir o custo das mercadorias, melhorar a participação do país na disputa internacional por mercados, criar mais empregos, reduzir a inflação e estimular mais crescimento”.¹³⁸

Incentivados pelo sinal distorcido de custo, os consumidores cativos, essencialmente residenciais e comerciais, aumentaram o consumo e impuseram a geração de usinas termelétricas cada vez mais caras, elevando o preço de Liquidação

¹³⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Discurso presidencial da MP nº 579/2012**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=555727>>. Acesso em: 30. Ago. 2019

¹³⁷ Discurso presidencial em 11 de setembro de 2012:

"a energia hidrelétrica é uma energia gerada por uma hidrelétrica que é longa. Que tem grande longevidade, que, portanto, o seu termo de duração é muito maior do que o tempo de concessão e o tempo de amortização. É simplesmente esse fator que permite que nós estejamos aqui nos propondo a transferir para os consumidores a energia já paga durante o contrato de concessão. [..] E as tarifas de energia vão diminuir, também, graças à decisão do governo de reduzir os encargos que hoje incidem sobre a conta de luz de todos os brasileiros, e também, por aportes que o Tesouro Nacional fará ao sistema para financiar políticas de atendimento a parcelas específicas da população mais carente."

¹³⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Discurso presidencial da MP nº 579/2012**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=555727>>. Acesso em: 30. Ago. 2019.

de Diferenças – PLD, o qual, via de regra, refletia o custo marginal de operação, correspondente ao custo da usina mais cara acionada para atendimento do consumo.

Esse consumo adicional estimulado pelo sinal invertido de custo inflou os preços de todas as transações, com gravíssimo impacto para o setor.

Contudo, as previsões do Governo não se confirmaram da forma como idealizou. Em primeiro lugar, porque em relação à antecipação das concessões que iriam vencer entre 2015 e 2017 pressupunha a ideia de que a usina já estaria totalmente amortizada ao término da concessão, o que supostamente evitaria o repasse dos custos de amortização das ativos às tarifas dos consumidores.¹³⁹

Acontece que muitos geradores optaram por renovar suas concessões de acordo com as regras inicialmente vigentes, uma vez que a renovação antecipada significaria redução da tarifa que remunera as usinas. Diante desse cenário, a previsão do Governo de reduzir a tarifa também não foi completamente atendida.¹⁴⁰

Ademais, o Governo Federal arquitetou uma estrutura financeira para, mediante a captação de empréstimos e a utilização de recursos existentes (saldos) em fundos setoriais, manter as tarifas artificialmente baixas no biênio 2013-14, promovendo o deslocamento do custo de geração para 2015.¹⁴¹

De acordo com a estrutura arquitetada, o pagamento dos empréstimos contraídos e a recomposição dos fundos setoriais ocorreriam no futuro por intermédio da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, majorando a tarifa que, no biênio 2013-2014, não gerava arrecadação compatível com os custos incorridos no fornecimento de energia.¹⁴²

Por fim, o Governo Federal resolveu recuar os aportes do Tesouro para financiar políticas públicas custeadas por encargos, de modo que foram alocados à Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, paga por todos os consumidores

¹³⁹ LANDAU, Elena; DUTRA, Joisa; SAMPAIO, Patrícia (Org. Luiz Chrysostomo de Oliveira Filho). **O Estado e a iniciativa privada no setor elétrico: uma análise das duas últimas décadas (1992-2012). Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Ibidem.

brasileiros, subsídios cujos custos eram, antes da Medida Provisória nº 579/2012, rateados entre os consumidores das distribuidoras na proporção do uso dos sistemas de transmissão e de distribuição.¹⁴³

Sob a perspectiva regulatória, a escolha regulatória se mostrou desproporcional e desalinhada com o momento de baixas de reservatórios, com reduzidos volumes pluviométricos, e com despacho das usinas termelétricas fora da ordem de mérito, para garantir o suprimento de energia. A medida significou, na prática, a alteração na estrutura e na disciplina regulatória vigente.

Outrossim, depreende-se que a Resolução CNPE nº 03/2013 foi fruto de uma aspiração política, oriunda de uma promessa eleitoreira de redução tarifária da conta de luz, que acarretou um desequilíbrio no setor elétrico, com forte impacto na contabilização e liquidação da CCEE.

2.2 Caso GSF (*Generation Scaling Factor*)

O caso GSF iniciou-se com a inversão da política operativa, de modo que as usinas termelétricas passaram a ser despachadas na integralidade e as hidrelétricas assumiram um papel subsidiário, configurando, assim, a chamada inversão da matriz energética do Brasil.

Com efeito, a matriz energética nada mais é do que o conjunto das fontes energéticas existentes e disponíveis, e, no caso do Brasil, a principal matriz energética é a hidrológica, em razão das suas características naturais. A inversão da matriz energética referenciada no presente estudo diz respeito à seca de 2014 e 2015, veiculada em vários canais da mídia.¹⁴⁴

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ Exemplos de notícias que circularam a mídia: **Crise hídrica no Brasil**. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/crise-hidrica-no-brasil/>>. Acesso em: 14 ago 2019. **Maior crise hídrica de São Paulo expõe lentidão do governo e sistema frágil**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/03/140321_seca_saopaulo_rb>. Acesso em: 14 ago. 2019. Crise Hídrica no Sudeste Brasileiro. Disponível em: <<http://www.ceped.ufsc.br/20142015-crise-hidrica-no-sudeste-brasileiro/>>. Acesso em: 14 ago 2019.

Naturalmente que a geração de energia por essa fonte natural depende de condições climáticas favoráveis, de modo que existe um risco hidrológico intrínseco a este tipo de segmento (risco hidrológico ordinário).

Dadas as características do setor elétrico nacional (matriz eminentemente hidráulica), a operação do Sistema Interligado Nacional – SIN é regida pela dissociação entre os aspectos físicos da efetiva geração de energia elétrica e os aspectos comerciais e contratuais de compra e venda de energia elétrica, conforme explicitado no capítulo anterior.

Assim, não há uma identidade entre a energia comercializada por determinado empreendimento e a energia efetivamente gerada por esse empreendimento, de modo que o suprimento de energia de um determinado consumidor pode ocorrer por agente de geração que não mantém qualquer vínculo contratual ou comercial com o referido consumidor.

De forma a instrumentalizar essa complexa operação e permitir uma otimização dos recursos disponíveis, com redução dos riscos hidrológicos, concebeu-se uma espécie de “condomínio” entre os diversos geradores hidrelétricos: o Mecanismo de Realocação de Energia - MRE.

Como visto no capítulo anterior, o MRE é um mecanismo financeiro que visa o compartilhamento/minimização dos riscos hidrológicos entre as UHEs do Sistema Interligado Nacional (SIN), que encontra respaldo legal no art. 1º, inciso VIII¹⁴⁵, da Lei nº 10.848/2004 e no Decreto nº 2.655/98.¹⁴⁶

¹⁴⁵ “Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre:

(...)

VIII - mecanismo de realocação de energia para mitigação do risco hidrológico;”

¹⁴⁶ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **MRE**. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/o-que-fazemos/como_ccee_atua/mre_contab?_afLoop=254976544566411&_adf.ctrl-state=ibcj7046g_1#!%40%40%3F_afLoop%3D254976544566411%26_adf.ctrl-state%3Dibcj7046g_5>. Acesso em: 14 ago. 2019.

Conforme destaca o art. 23 do Decreto nº 2.655/98¹⁴⁷, o MRE permite a alocação, entre seus membros, da energia efetivamente gerada levando em consideração a energia assegurada (ou a Garantia Física) de cada usina¹⁴⁸. Compartilhando as diferenças entre geração efetiva e garantia física, o MRE busca possibilitar que todas as usinas participantes possam obter os seus níveis de Garantia Física desde que a geração efetiva total do sistema seja superior à Garantia Física total das usinas participantes do MRE.¹⁴⁹

Recapitulando, quando a geração efetiva total das usinas participantes supera a Garantia Física total do sistema, todas as Usinas participantes conseguem alcançar a respectiva Garantia Física individual que respaldará suas vendas de energia ou consumo próprio. Nesta situação pode ocorrer sobra de energia (chamada de energia secundária) que é rateada entre os membros do MRE. Essa energia secundária é valorada pelo Preço de Liquidação de Diferenças (PLD) no Mercado de Curto Prazo da Câmara Comercializadora de Energia Elétrica e significa uma receita adicional para os geradores.¹⁵⁰

Entretanto, caso a geração efetiva total das usinas participantes seja inferior à Garantia Física total das usinas do sistema do MRE, aplica-se um fator de ajuste na Garantia Física de cada usina participante do MRE, na mesma proporção do *déficit*

¹⁴⁷ “Art 23. O MRE incluirá regras para a alocação, entre os seus membros, da energia efetivamente gerada, as quais levarão em conta as perdas de transmissão e deverão se basear em um ou mais dos seguintes parâmetros:

- II - energia assegurada da usina;
- II - capacidade instalada da usina;
- III - geração efetiva de energia de cada usina.

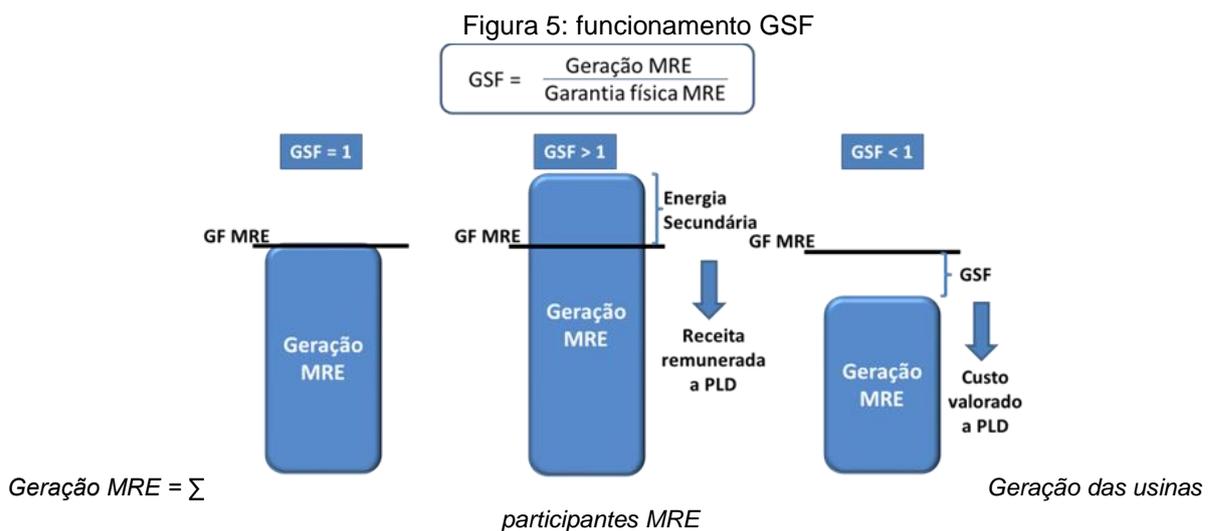
¹⁴⁸ Energia assegurada e garantia física serão tratadas como sinônimo. Isto porque, o art. 21 do Decreto n. 2.655/98 quando trata de “garantia física” refere-se a “energia assegurada”: “A cada usina hidrelétrica corresponderá um montante de energia assegurada, mediante mecanismo de compensação da energia efetivamente gerada”. A Garantia Física de um empreendimento de geração corresponde à quantidade máxima de energia que pode ser utilizada para comercialização por meio de contratos, conforme disposto no Decreto nº 5.163/04.” Definição disponível em: <<http://www.engieenergia.com.br/wps/portal/internet/glossario/g>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

¹⁴⁹ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **MRE**. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/o-que-fazemos/como_ccee_atua/mre_contab?_afrLoop=254976544566411&_adf.ctrl-state=ibcj7046g_1#!%40%40%3F_afrLoop%3D254976544566411%26_adf.ctrl-state%3Dibcj7046g_5>. Acesso em: 14 ago. 2019.

¹⁵⁰ Ibidem,

de geração de energia hidráulica. Esse fator de ajuste da Garantia Física é conhecido no Setor Elétrico como Fator GSF (da sigla em inglês *Generation Scaling Factor*).¹⁵¹

Confira na ilustração abaixo a situação em que a geração efetiva total das usinas participantes do MRE atendem a Garantia Física total do sistema, seguida da hipótese de frustração da geração efetiva total das usinas hidráulicas.



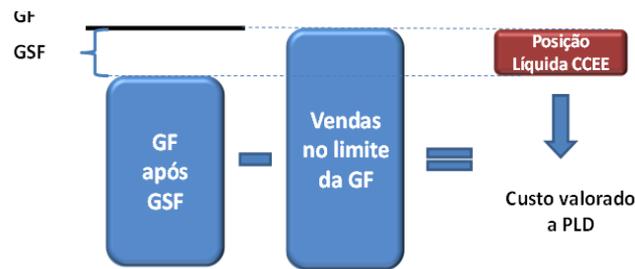
Fonte: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (2017)

No caso eventual da aplicação do Fator GSF, com a redução da Garantia Física de cada usina, os vendedores ficarão sem lastro físico para suas vendas e ficarão expostos ao Mercado de Curto Prazo, ou seja, serão obrigados a comprar energia no Mercado de Curto Prazo, valorada ao PLD, para honrar com suas vendas.¹⁵² A Figura 2 abaixo ilustra esta hipótese:

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **MRE**. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/o-que-fazemos/como_ccee_atua/mre_contab?_afLoop=254976544566411&_adf.ctrl-state=ibcj7046g_1#!%40%40%3F_afLoop%3D254976544566411%26_adf.ctrl-state%3Dibcj7046g_5>. Acesso em: 14 ago. 2019.

Figura 6: Impacto do GSF na Liquidação da CCEE



Fonte: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (2017)

Com base na evolução histórica, os geradores tinham a expectativa de recebimento de receita adicional decorrente da venda de energia secundária alocada pelo MRE a cada uma das usinas participantes. Como este era o contexto de mercado então existente, é razoável que os proponentes tenham considerado a geração de receita secundária como uma condição efetiva da proposta. Nesse sentido, ressalta Cunha:

As expectativas da variação do GSF ao longo do tempo balizaram as estratégias de contratação das geradoras, que sempre visaram a maximizar a venda no longo prazo da energia correspondente às respectivas Garantias Físicas, reservando um percentual descontratado a ser liquidado no mercado de curto prazo. Esse percentual proporcionava uma autoproteção contra situações onde GSF mais baixos, que reduzem os montantes alocados de energia, poderiam expor os geradores aos preços de curto prazo, eventualmente elevados.¹⁵³

Acontece que nos anos de 2014 e 2015, em razão de condições hidrológicas desfavoráveis que acarretaram a diminuição dos níveis dos reservatórios, o ONS priorizou despachar as usinas térmicas. Assim, a escolha regulatória inverteu a matriz regulatória, fazendo com que as usinas hidrelétricas assumissem papel secundário na geração de energia elétrica do país.¹⁵⁴

¹⁵³ CUNHA, Paulo Cesar Fernandes. **Por que o GSF virou pesadelo? Caderno Opinião**. Disponível em: <http://www.fgv.br/fgvenergia/paulo_gsf/files/assets/common/downloads/Paulo_GSF.pdf>. Acesso em: 16 ago 2019.

¹⁵⁴ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **MRE**. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/o-que-fazemos/como_ccee_atua/mre_contab?_afLoop=254976544566411&_adf.ctrl-state=ibcj7046g_1#!%40%40%3F_afLoop%3D254976544566411%26_adf.ctrl-state%3Dibcj7046g_5>. Acesso em: 14 ago. 2019.

Como corolário dessa política energética, a geração de energia elétrica no âmbito do MRE passou a ser menor que a garantia física, de tal forma que as geradoras hidrelétricas se viram obrigadas a comprar energia no MCP para honrar seus compromissos contratuais. Nas palavras de Cunha:

Desse contexto resultaram valores de GSF atipicamente baixos que levaram a, durante um período extraordinariamente longo e ainda sem perspectiva de reversão, uma alocação reduzida de energia aos referidos geradores. Considerando os níveis de contratação históricos dos geradores, compatíveis com as condições do sistema à época das respectivas decisões, a redução na alocação da energia disponível para os geradores do MRE levou seus integrantes a inusitada exposição no mercado de curto prazo, cujos preços têm oscilado nas proximidades do máximo regulatório.¹⁵⁵

O gráfico¹⁵⁶ a seguir ilustra como o MRE era superavitário e passou a partir de 2013, a ser deficitário:

Figura 7: GSF médio anual

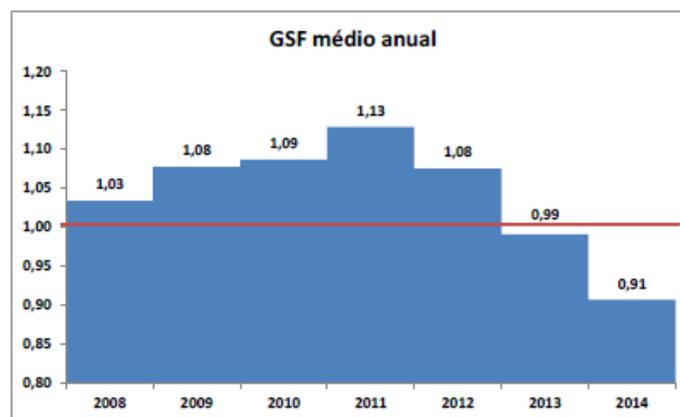


Figura 1: GSF médio anual (Fonte: CCEE)

Fonte: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (2017)

Os impactos decorrentes dessa escolha regulatória impuseram aos agentes geradores um impacto da ordem de R\$ 20 bilhões anuais, o que resultou em discussões primeiramente no âmbito administrativo, visando que a ANEEL mitigasse os efeitos econômico-financeiros do GSF. O órgão regulador, por sua vez, realizou a

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Nota Técnica nº 038/2015-SRG-SEM/ANEEL.** Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/032/documento/nt_038_-_srg_srm_deslocamento_do_mre-srm_final-18-5-2015-r2.pdf>. Acesso em: 16 ago 2019

Audiência Pública nº 032/2015¹⁵⁷, a fim de colher subsídio dos agentes do mercado acerca do tema.¹⁵⁸

Em sua manifestação, a APINE destacou que uma das principais razões para o desequilíbrio que se instaurou no MRE foi ocasionado pela mudança da matriz energética¹⁵⁹. O quadro abaixo expressa a evolução da participação das termelétricas no decorrer dos anos:

Figura 8: evolução participação termelétricas

Ano	Consumo (MW _{med})	Participação das fontes de geração (%)		
		Hidrelétrica	Termelétrica	Demais fontes
2004	43.732	90,6%	9,3%	0,1%
2005	45.713	92,5%	7,4%	0,1%
2006	47.478	91,9%	8,0%	0,1%
2007	49.736	93,0%	6,9%	0,1%
2008	51.015	88,8%	11,1%	0,1%
2009	50.618	93,3%	6,6%	0,1%
2010	54.252	89,0%	10,9%	0,1%
2011	56.100	91,4%	8,5%	0,1%
2012	58.461	85,9%	13,5%	0,6%
2013	60.074	78,8%	20,5%	0,7%
2014	61.484	73,0%	25,8%	1,2%
2015*	62.843	72,3%	25,7%	2,0%

*Dados até maio de 2015, inclusive.
Fonte: ONS (histórico da operação)

Fonte: Câmara de Comercialização de Energia elétrica (2015)

Ademais, esse não foi o único argumento dos geradores. Dentre outros, foi arguido que o despacho fora da ordem de mérito acabou por postergar a decretação do racionamento, agravando o impacto financeiro sobre as geradoras hidrelétricas. Também foi levantada a questão acerca da escolha governamental de reduzir a tarifa dos consumidores cativos em 20% (vinte por cento), o que causou, mesmo que de forma indireta, o aumento do consumo por essa categoria, não tendo sido aplicada

¹⁵⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Aviso da Audiência Pública Aneel nº. 032/2015.** Disponível em:

<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/032/documento/aviso_da_ap_032_2015_publicado_no_dou_de_28_05_2015_secao_3_pag_112.pdf>. Acesso em: 16. Ago. 2019.

¹⁵⁸ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **MRE.** Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/o-que-fazemos/como_ccee_atua/mre_contab?_afLoop=254976544566411&_adf.ctrl-state=ibcj7046g_1#!%40%40%3F_afLoop%3D254976544566411%26_adf.ctrl-state%3Dibcj7046g_5>. Acesso em: 14 ago. 2019

¹⁵⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Contribuição da APINE na Audiência Pública ANEEL nº 32/2015.** Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/032/contribuicao/apine_ap_032_2015.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017

simultaneamente a “bandeira tarifária”, para frear o consumo elevado de energia elétrica.¹⁶⁰

Em suma, os geradores alegaram que, ao invés de incentivar o consumo, o governo deveria ter realizado uma campanha de conscientização do consumo racional de energia que poderia ter colaborado para reduzir o impacto de inadimplência dos agentes do MRE.

Em outras palavras, o risco alocado aos geradores não diz respeito ao risco hidrológico ordinário, mas sim das escolhas regulatórias que foram implementadas sem que tivesse ocorrido a devida avaliação dos impactos que os agentes participantes do MRE sofreriam ao lhes ter sido imposto uma restrição de geração.

Ao analisar os argumentos levados pelos geradores à esfera administrativa, a ANEEL os rejeitou sobre o argumento de que cenários de hidrologia desfavoráveis são técnica e formalmente previstos, de forma que os geradores hidrelétricos deveriam assumir esse risco “ordinário”.¹⁶¹

Assim, em razão da persistência da ANEEL em desconsiderar os pontos levantados pelos agentes ao argumento de que os índices de GSF lhe foram imputados por questões alheias a sua gestão, foi que a matéria foi levada ao Poder Judiciário.

Na esfera judicial, os geradores hidrelétricos passaram a obter liminares que os isentavam da aplicação dos percentuais aplicados ao risco hidrológico. Ocorre que os efeitos da execução dessas liminares no âmbito da CCEE, acabou por impactar outros geradores credores do MRE, uma vez que estes tiveram que ratear os custos

¹⁶⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **ANEEL anuncia redução das tarifas de energia elétrica.** Disponível em:

<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output_Noticias.cfm?Identidade=6426&id_area=90>.

Acesso em: 16 ago. 2019

¹⁶¹ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Nota Técnica nº 038/2015-SRG-SEM/ANEEL, de 19.02.2015.** Disponível em:

<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/032/documento/nt_038_srg_srm_deslocamento_do_mre-srm_final-18-5-2015-r2.pdf>. Acesso em: 16. Ago. 2019

da isenção dos geradores que foram protegidos por liminares, o que acabou por provocar uma nova onda de liminares para resguardar os geradores que não haviam ingressado com ações judiciais discutindo o GSF em um primeiro momento.

Verificou-se, assim, que a operacionalização das diversas decisões judiciais, ocasionou um elevado índice de inadimplência no mercado, o que gerou a paralisação do MCP, como bem explica Siciliano:

Com a crescente judicialização da questão e obtenção, por parte dos agentes geradores, de liminares impedindo a aplicação do ajuste decorrente de GSF abaixo de um, somada às liminares de proteção ao rateio do não pagamento decorrente das primeiras liminares, obtidas por agentes impactados pelo MRE (agentes geradores e distribuidoras de energia elétrica, ao assumirem o risco hidrológico das cotas de garantia física e Itaipu), o mercado de energia elétrica viu-se diante de gigantesca e crescente inadimplência, com grandes valores represados em função de decisões judiciais.¹⁶²

Assim, ao operacionalizar as liminares, a CCEE deixou de realizar o “rateio proporcional” previsto na Resolução ANEEL nº 601, de 04.02.2014¹⁶³, que trata das Regras e Procedimentos de Comercialização de Energia Elétrica. Assim, praticamente todos os agentes do MRE acabaram ingressando com as respectivas ações judiciais, comprometendo a dinâmica das liquidações do MCP.

No intuito de resolver o imbróglio que se instaurou no âmbito do Mercado de Curto Prazo – MCP, foi editada a Medida Provisória nº 688/2015, posteriormente convertida na Lei nº 13.203, de 08.12.2015, que estabeleceu a repactuação do risco hidrológico retroativamente a 2015, condicionada à desistência das ações judiciais.¹⁶⁴

¹⁶² SICILIANO, Gisella Cassará de Castellammare Scott. **Repactuação do Risco Hidrológico – Lei nº 13.203/2015 Versus Resolução Normativa Aneel nº 684/2015**. In: Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica. Coordenado por Fábio Amorim da Rocha. Tomo V. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2016, p. 271.

¹⁶³ “Art. 18 Os débitos remanescentes de agente desligado da CCEE não enquadrados no inciso II do art. 17, observado o disposto nos §§ 2o a 4o do art. 5o e nos arts. 21 e 22, devem ser apurados e consolidados na contabilização correspondente ao mês em que se operou o desligamento, incumbindo ainda à CCEE: I - proceder ao rateio dos débitos do agente desligado junto a todos os agentes, na proporção de seus votos, calculados mensalmente, cujos efeitos financeiros devem ser lançados na contabilização seguinte à última liquidação com participação do inadimplente desligado, conforme aplicáveis.”

¹⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 13.203, de 8 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a repactuação do risco hidrológico de geração de energia elétrica; institui a bonificação pela outorga; e altera as Leis nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, que dispõe sobre as concessões de energia elétrica, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, 9.478, de 6 de agosto de 1997, que institui o Conselho Nacional de Política Energética, 9.991, de 24 de julho de 2000,

Muitos agentes aderiram à referida repactuação, porém muitos outros resolveram prosseguir com as respectivas ações.

Aqueles que aderiram ao acordo, acabaram por perder a proteção judicial, ficando expostos ao rateio de inadimplência na liquidação da CCEE, o que acarretou novas proposituras de ações objetivando a proteção dos agentes que haviam aderido a repactuação na forma da Lei nº 13.203/15.

Assim, a cada liminar deferida, surtia efeitos econômico-financeiros que repercutiam na esfera jurídica de outros agentes, que acabava ocasionando uma nova onda de judicialização, permanecendo incólume o cenário de desestabilização e travamento do setor. Apenas na liquidação de 2017, o impacto das liminares do GSF correspondeu a mais de 1,58 bilhão não contabilizados, conforme se extrai do seguinte comunicado da CCEE:

A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE finalizou nesta sexta-feira a liquidação financeira do Mercado de Curto Prazo (MCP) referente a março de 2017, que movimentou R\$ 1 bilhão dos R\$ 2,85 bilhões contabilizados. Do valor não pago, R\$ 1,58 bilhão está relacionado com liminares de GSF no mercado livre (ACL) e R\$ 270 milhões representam outros valores em aberto da liquidação. É importante ressaltar que a operação foi realizada sem a incidência da liminar obtida pelos associados da Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia – Abraceel quanto ao rateio do risco hidrológico no mercado de curto prazo, elevando para 23% o montante recebido pelos agentes credores sem proteções judiciais relacionadas ao rateio da inadimplência. “O resultado desta liquidação financeira nos traz uma boa perspectiva, mas a judicialização ainda exige muita atenção e sua resolução é uma das prioridades da CCEE. Em nossa opinião, a melhor forma de tratar a judicialização é o amplo diálogo, é o que a Aneel, a CCEE e os agentes têm feito no caso do GSF do ambiente livre”, afirma Solange David, vice-presidente do Conselho de Administração da CCEE. Já os agentes amparados por decisões que determinam a incidência regular das normas vigentes perceberam uma inadimplência de 29% e os agentes que possuem decisões judiciais vigentes para não participar do rateio da inadimplência oriunda de liminares do GSF perceberam uma inadimplência próxima de 90%. Os valores incluem o pagamento dos excedentes da Conta de Energia de Reserva - CONER oriundos do provisionamento do Encargo de Energia de Reserva – EER que totalizam R\$ 551 milhões que serão rateados de acordo com as regras de comercialização. A operação, realizada pela CCEE, envolveu 5.798 agentes, sendo 697 devedores e 5.101 credores. A liquidação financeira do mercado de curto

que dispõe sobre realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.848, de 15 de março de 2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, e 11.488, de 15 de junho de 2007, que equipara a autoprodutor o consumidor que atenda a requisitos que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13203.htm>. Acesso em: 16. Ago. 2019

prazo representa o acerto de eventuais diferenças entre a energia medida e a contratada pelos agentes que operam no âmbito da CCEE. Os débitos e créditos, apurados pelo processo de contabilização das operações do mercado pela Câmara de Comercialização, são valorados ao Preço de Liquidação das Diferenças – PLD, calculado semanalmente.¹⁶⁵

2.2.1 Primeira onda de judicialização: “isenção GSF”

A primeira fase de judicialização do GSF ocorreu quando os geradores ingressaram com ações judiciais visando a limitação do Fator GSF ao limite de déficit de 5% previsto no Decreto nº 2.665/98, no caso da Santo Antônio Energia S/A, ou o total afastamento dos índices de GSF, no caso da APINE. Em suma, esses geradores afirmam não terem assumido o risco pela situação hídrica daquele período, e que a geração deficitária não poderia ter sido considerada como risco hidrológico, haja vista que esse fato teria sido ocasionado pelas escolhas regulatórias do Poder Público que teriam prestigiado a geração térmica em detrimento da hidrelétrica.

Assim, esses agentes sustentaram que o Fator GSF de ajustes da Garantia Física é um risco ordinário aceitável para empreendimentos comuns quando compatível com risco máximo de *déficit* de energia do Sistema de 5%, usado para cálculo da Garantia Física das usinas, ou ainda que o Fator GSF não estaria representando o risco hidrológico, mas uma tentativa de corrigir distorções:

Como o regramento do Sistema Interligado Nacional (SIN) é pautado pela lógica da confiabilidade que deve conduzir a sua operação, com aplicação da curva de aversão ao risco de racionamento e otimização do uso dos recursos energéticos, era natural que houvesse prevalência do despacho de usinas hidrelétrica. Logo, a geração efetiva do MRE seria maior que o total da Garantia Física das usinas e a sobra de energia secundária permitiria aos agentes uma receita adicional. Essa percepção se confirmava na análise do comportamento histórico do MRE.¹⁶⁶

¹⁶⁵ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Comunicado publicado no sítio eletrônico da CCEE. Disponível em:** <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticiasopiniao/noticias/noticialeitura?contentid=CCEE_389081&_afLoop=468942791674431#%40%3Fcontentid%3DCCEE_389081%26_afLoop%3D468942791674431%26_adf.ctrl-state%3Djpf37glpj_17>. Acesso em: 19 ago 2019.

¹⁶⁶ Petição inicial da Ação Ordinária nº 0023776-24.2015.4.01.3400, distribuída à 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Aponta ainda a Santo Antônio Energia que a crise ocasionada pelo GSF derivou de condutas adotados pelo Governo Federal, senão vejamos:

O Governo Federal adotou medidas extraordinárias, imprevisíveis e de consequência incalculáveis, que levaram à redução do total de geração hidrelétrica e à ampliação dos efeitos do Fator GSF. Inverteu-se a política operativa de modo que as usinas termelétricas passaram a ser despachadas na integralidade e as hidrelétricas assumiram o papel complementar. Ademais, a elevação extraordinária das tarifas dos consumidores finais, aliada as campanhas pela redução do consumo, ampliaram ainda mais esses efeitos. Os custos adicionais decorrentes do Fator GSF já somaram R\$ 1bilhão e devem somar aproximadamente R\$ 3 bilhões até 2017. Valor que representa quase um terço do custo total do empreendimento estimado para o Leilão (R\$ 9,5 bilhões).¹⁶⁷

No mesmo sentido, ressalta a APINE em sua petição inicial:

[...] desde janeiro de 2014, os associados à APINE ora substituídos sofrem em consequência de atos estatais que alteraram as condições objetivas à vista das quais foram tomadas decisões de investimento em geração hidrelétrica, segmento intensivo em capital e com projetos de longo prazo de maturação. Os danos sofridos pelos geradores hidrelétricos resultaram da circunstância de as suas usinas, por força de diversos fatos do príncipe, não terem mais espaço para produzir energia elétrica nos níveis usuais, que seriam observados caso o Poder Público não houvesse alterado de forma drástica as condições objetivas – fáticas e jurídicas – que conformavam o funcionamento do setor elétrico.¹⁶⁸

Ao conceder a tutela antecipada requerida pela APINE, o juízo da 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal assim decidiu:

[...] os substituídos da autora, quando decidiram investir na geração de energia hidrelétrica no país não assumiram como risco do negócio, compreendido na álea comercial, os atos governamentais caracterizados como fatos do príncipe ou álea administrativa, consistentes na inversão da matriz hidrotérmica, nos despachos das usinas térmicas fora da ordem de mérito de custo, ao desvirtuamento da operação do Sistema Interligado Nacional, à política estatal de redução de tarifas em cenário de custo elevado de geração e à decisão de não se decretar o racionamento, mas tão somente o risco de

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ Petição inicial da Ação Ordinária nº 0034944-23.2015.4.01.3400, distribuída à 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal

compartilhar o risco hidrológico, que foi totalmente comprometido e deturpado pelos atos retrocitados.¹⁶⁹

No caso da Santo Antônio Energia S/A, o pedido de antecipação de tutela foi deferido em sede de Agravo de Instrumento pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos seguintes termos:

A despeito do grau de complexidade da matéria debatida nos autos de origem, a pretensão recursal deduzida nestes autos possui natureza eminentemente cautelar, de forma a permitir a limitação do Fator GSF no percentual de 5% (cinco por cento), com a contabilização do montante que exceder esse percentual por meio do Mecanismo Auxiliar de Cálculo dos valores referentes aos ajustes na Garantia Física da UHE Santo Antônio, evitando-se, assim, a noticiada perda de vultosos valores, no montante de R\$ 156.880.924,36 (cento e cinquenta e seis milhões, oitocentos e oitenta mil, novecentos e vinte e quatro reais), já na próxima liquidação da Câmara Comercializadora de Energia Elétrica (CCEE), prevista para o dia de amanhã (07 de maio de 2015). Registre-se, por oportuno, que a pretensão deduzida pelo suplicante, perante o juízo monocrático e reiterada nestes autos, tem suporte na suposta onerosidade excessiva do contrato celebrado entre as partes, decorrentes de atos supervenientes, extraordinários, inevitáveis e de consequências incalculáveis, sem a correspondente adoção, pelo poder concedente, das medidas necessárias, com vistas à manutenção das condições em que se amparou a proposta por ela apresentada.

Em suma, foram proferidas 67 liminares favoráveis aos participantes do MRE e suas respectivas associações concedendo as limitações requeridas aos efeitos financeiros negativos da aplicação do Fator GSF. Desse total, em 44 decisões

¹⁶⁹ Decisão proferida pela 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos da Ação Ordinária nº 0034944-23.2015.4.01.3400

judiciais, foi determinada a limitação do GSF em 5%.¹⁷⁰ Em outros 24 processos, foram deferidas liminares para limitar o Ajuste do MRE.¹⁷¹

2.2.2 Segunda onda de judicialização: “isenção rateio”

A segunda fase de judicialização decorreu da forma como foram operacionalizados os cumprimentos das decisões liminares concedidas para preservar os geradores da aplicação do Fator GSF (ajuste MRE ou GSF 5%).

Com efeito, ao dar cumprimento a essas decisões, a CCEE redistribuiu aos demais agentes do Setor o ônus decorrente da isenção daqueles agentes que obtiveram proteção judicial na primeira fase. Assim, o impacto financeiro advindo da operacionalização das liminares foi rateado entre todos os agentes não protegidos judicialmente.

Inconformados com o excesso de ônus financeiro que lhes foram impostos, esses agentes acabaram ingressando com ações judiciais com o escopo de também obter proteção judicial para que fossem isentos de arcar com o ônus do “rateio de inadimplência”.

¹⁷⁰ Processos autuados sob os números: 0023776-24.2015.4.01.3400/DF, 0028129-10.2015.4.01.3400/DF, 0031750-15.2015.4.01.3400/DF, 0033270-10.2015.4.01.3400/DF, 0033084-84.2015.4.01.3400/DF, 0037347-62.2015.4.01.3400/DF, 0038577-42.2015.4.01.3400/DF, 0034379-59.2015.4.01.3400/DF, 0038845-96.2015.4.01.3400/DF, 0040668-08.2015.4.01.3400/DF, 0041607-85.2015.4.01.3400/DF, 0040163-17.2015.4.01.3400/DF, 0041683-12.2015.4.01.3400/DF, 0036564-70.2015.4.01.3400/DF, 0040164-02.2015.4.01.3400/DF, 0044679-80.2015.4.01.3400/DF, 0043183-16.2015.4.01.3400/DF, 0044681-50.2015.4.01.3400/DF, 0041692-71.2015.4.01.3400/DF, 0033045-87.2015.4.01.3400/DF, 0040741-77.2015.4.01.3400/DF, 0037346-77.2015.4.01.3400/DF, 0041682-27.2015.4.01.3400/DF, 0040672-45.2015.4.01.3400/DF, 0044867-73.2015.4.01.3400/DF, 0051254-07.2015.4.01.3400/DF, 0046295-90.2015.4.01.3400/DF, 0045492-10.2015.4.01.3400/DF, 0057512-33.2015.4.01.3400/DF, 0057547-90.2015.4.01.3400/DF, 0046296-75.2015.4.01.3400/DF, 0045420-23.2015.4.01.3400/DF, 0058726-59.2015.4.01.3400/DF, 1005081-05.2015.4.01.3400/DF, 1005649-21.2015.4.01.3400/DF, 0062191-76.2015.4.01.3400/DF, 0045541-51.2015.4.01.3400/DF, 5057383-14.2015.4.04.7100/RS, 5046628-85.2015.4.04.0000/RS, 0065754-78.2015.4.01.3400/DF, 0066007-66.2015.4.01.3400/DF, 0062713-06.2015.4.01.3400/DF, 0052710-55.2016.4.01.3400/DF, 0000518-14.2017.4.01.3400/DF. 193

¹⁷¹ Processos autuados sob os números: 0047630-81.2014.4.01.3400/DF, 0034836-91.2015.4.01.3400/DF, 0034944-23.2015.4.01.3400/DF, 0038126-17.2015.4.01.3400/DF, 0038848-51.2015.4.01.3400/DF, 0035360-88.2015.4.01.3400/DF, 0040678-52.2015.4.01.3400/DF, 0036632-20.2015.4.01.3400/DF, 0040671-60.2015.4.01.3400/DF, 0040813-64.2015.4.01.3400/DF, 0036631-35.2015.4.01.3400/DF, 0042213-16.2015.4.01.3400/DF, 0043181-46.2015.4.01.3400/DF, 1004820-40.2015.4.01.3400/DF, 0035361-73.2015.4.01.3400/DF, 0049402-45.2015.4.01.3400/DF, 0052271-78.2015.4.01.3400/DF, 0043182-31.2015.4.01.3400/DF, 0044866-88.2015.4.01.3400/DF, 0057642-23.2015.4.01.3400/DF, 0058715-30.2015.4.01.3400/DF, 0051237-68.2015.4.01.3400/DF, 0027516-65.2015.819.0001, 0062096-12.2016.4.01.3400/DF

Nesse momento, o Poder Judiciário passou também a conceder liminares para esses agentes, como bem ilustra as decisões abaixo obtidas em favor da Cervejaria Petrópolis do Centro Oeste Ltda. e da Companhia Industrial Aliança Bondespachense, respectivamente:

O cerne da questão a ser decidida neste momento processual e se a parte autora deve arcar com o ônus financeiro decorrentes de decisões judiciais – das quais não faz parte – que limitaram ou afastaram a aplicação do fator GSF (Generation Scaling Fator), ou seja, se devem ser excluídas do rateio que a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) possa promover dos custos de GSF de outros agentes geradores e comercializadores que obtiveram referida limitação do GSF no bojo de demandas judiciais. De fato, prospera a irresignação da autora, haja vista que não se pode imputar aos demais integrantes do Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) o ônus de decisões judiciais em processos nos quais não são partes, seja em razão de tais decisões não determinarem, obviamente, que as associações substituídas suportassem esse encargo, seja do fato notório de os atos decisórios gerarem efeitos inter partes, sendo defeso beneficiar ou prejudicar terceiros, conforme preceitua o art. 472 do CPC.¹⁷²

A despeito da ausência de regra específica de afetação a ser adotada, entendo que o direito que socorre as usinas hidroelétrica beneficiadas por força de decisões judiciais também é o mesmo a amparar outros sujeitos que estão em relação similar àquelas; ou seja, os agentes que compõem o sistema do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, no caso, os substituídos da autora, pois estão no mesmo panorama fático-jurídico das querelas similares analisadas pelo Poder Judiciário.

Por tal motivo, é evidente que ausência de razoabilidade na decisão proferida pelos integrantes da 796ª. Reunião do Conselho de Administração do CCEE, pois imputa aos demais integrantes do Mecanismo de Realocação de Energia - MRE duplo ônus: primeiro porque já não estão sendo contemplados com os MREs previstos nos contratos administrativos de concessão de uso do bem público, devido aos baixos valores do GSF; segundo porque a impactação das decisões judiciais que favorecem alguns estão repercutindo negativamente em detrimento dos demais. Tal situação mais se agrava diante do fato de que as usinas que se socorrem ao Poder Judiciário representarem uma grande fatia dos integrantes do MRE, o que afeta a isonomia material entre os demais agentes. De fato, não se pode imputar aos demais integrantes do MRE o ônus de decisões judiciais em processos nos quais não são partes.¹⁷³

¹⁷² SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL. **Ação Ordinária nº. 0057770-43.2015.4.01.3400**, distribuída à 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Juíza Solange Salgado da Silva.

¹⁷³ SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL. **Ação Ordinária nº 58286-63.2015.4.01.3400**, distribuída à 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Juíza Adverci Rates Mendes de Abreu;

Em síntese, o Poder Judiciário entendeu que o impacto financeiro provocado por liminares não devem repercutir no âmbito do MRE, considerando que esse mecanismo serve exclusivamente para compartilhamento do risco hidrológico. Ademais, entendeu-se que os participantes do MRE não poderiam ter sido impactados por decisões judiciais em que não figuravam na relação processual.¹⁷⁴

Na Segunda fase de judicialização, foram obtidas 92 decisões liminares. Em 62 dessas decisões, o provimento jurisdicional foi conferido apenas à blindagem contra os efeitos decorrentes de decisões judiciais obtidas em favor dos demais agentes.¹⁷⁵ Em outras 26 decisões, o benefício auferido foi cumulado com aquele requerida na primeira fase, ou seja, o participante do MRE obteve tanto a isenção do GSF ou a 5%, como também a sua não sujeição aos efeitos das decisões judiciais da primeira fase.¹⁷⁶ Em 4 casos, ainda foi deferido provimento jurisdicional abarcando a

¹⁷⁴ SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL. **Decisão proferida nos autos da Ação Ordinária nº 1004544-09.2015.4.01.3400/DF:** “os integrantes do sistema MRE anuíram com a avença relacionada, exclusivamente, ao pacto quanto à mitigação de riscos hidrológicos, como reza o art. 1º, § 5º, I, da Lei nº 10.848/04, não a ônus financeiro decorrente de decisões judiciais nas quais, sequer, integraram a lide”. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. > Acesso em =: 20. Set. 2019

¹⁷⁵ Processos autuados sob os números: 0040165-84.2015.4.01.3400/DF, 0013866-64.2015.4.03.6100/JFSP, 0040767- 75.2015.4.01.3400/DF, 0043690-74.2015.4.01.3400/DF, 0041636-38.2015.4.01.3400/DF, 0043481-08.2015.4.01.3400/DF, 0043159-85.2015.4.01.3400/DF, 0040752-09.2015.4.01.3400/DF, 1005267-28.2015.4.01.3400/DF, 1005189- 34.2015.4.01.3400/DF, 1005391-11.2015.4.01.3400/DF, 1005291-56.2015.4.01.3400/DF, 1005338-30.2015.4.01.3400/DF, 0040669-90.2015.4.01.3400/DF, 0045485-18.2015.4.01.3400/DF, 0015111-13.2015.4.03.6100/JFSP, 0015112-95.2015.4.03.6100/JFSP, 0015733-92.2015.4.03.6100/JFSP, 0040673-30.2015.4.01.3400/DF, 0040670- 75.2015.4.01.3400/DF, 0057656-07.2015.4.01.3400/DF, 0019485-72.2015.4.03.6100/JFSP, 0055571-48.2015.4.01.3400/DF, 0057770-43.2015.4.01.3400/DF, 1007047-03.2015.4.01.3400/DF, 1007042-78.2015.4.01.3400/DF, 0058286- 63.2015.4.01.3400/DF, 0057480-28.2015.4.01.3400/DF, 0057758-29.2015.4.01.3400/DF, 0044680-65.2015.4.01.3400/DF, 0057756-59.2015.4.01.3400/DF, 0058300-47.2015.4.01.3400/DF, 0019779-27.2015.4.03.6100/JFSP, 0020391-62.2015.4.03.6100/JFSP, 0061101-33.2015.4.01.3400/DF, 0060891-79.2015.4.01.3400/DF, 0061227-83.2015.4.01.3400/DF, 1007625-63.2015.4.01.3400/DF, 0059741-63.2015.4.01.3400/DF, 0061226-98.2015.4.01.3400/DF, 0070622- 02.2015.4.01.3400/DF, 0064448-74.2015.4.01.3400/DF, 0003985-35.2016.4.01.3400/DF, 0004477-27.2016.4.01.3400/DF, 1001374-92.2016.4.01.3400/DF, 0013805-78.2016.4.01.3400/DF, 0019156-32.2016.4.01.3400/DF, 0016326- 93.2016.4.01.3400/DF, 0016529-55.2016.4.01.3400/DF, 1002815-11.2016.4.01.3400/DF, 0013840-38.2016.4.01.3400/DF, 0022777-37.2016.4.01.3400/DF, 0022971-37.2016.4.01.3400/DF, 0027347-66.2016.4.01.3400/DF, 0032638-47.2016.4.01.3400/DF, 003657650.2016.4.01.3400/DF, 0014379-04.2016.4.01.3400/DF, 0062402-78.2016.4.01.3400/DF, 1008182-16.2016.4.01.3400/DF, 0065208-86.2016.4.01.3400/DF, 0055595-42.2016.4.01.3400/DF, 0005273- 81.2017.4.01.3400/DF.

¹⁷⁶ Processos autuados sob os números: 0040678-52.2015.4.01.3400/DF, 0038845-96.2015.4.01.3400/DF, 0040163- 17.2015.4.01.3400/DF, 0042213-16.2015.4.01.3400/DF, 0041683-12.2015.4.01.3400/DF, 0040164-02.2015.4.01.3400/DF, 0044679-80.2015.4.01.3400/DF, 0043183-16.2015.4.01.3400/DF, 0044681-50.2015.4.01.3400/DF, 0041692- 71.2015.4.01.3400/DF, 0040741-77.2015.4.01.3400/DF, 0041682-27.2015.4.01.3400/DF, 0040672-45.2015.4.01.3400/DF, 0049402-45.2015.4.01.3400/DF, 0043182-31.2015.4.01.3400/DF, 0057642-23.2015.4.01.3400/DF, 0057547-90.2015.4.01.3400/DF, 0045420-23.2015.4.01.3400/DF, 0058715-30.2015.4.01.3400/DF, 0058726-59.2015.4.01.3400/DF, 0062191-76.2015.4.01.3400/DF, 5057383-14.2015.4.04.7100/RS, 0065754-

terceira fase de judicialização (exclusão do rateio de inadimplência), que será visto no próximo tópico.¹⁷⁷

2.2.3 Terceira onda de judicialização: “loss sharing”

A Terceira Onda de Judicialização foi ocasionada pela propositura de ações judiciais pelos demais agentes do MCP a fim de se protegerem dos efeitos das decisões proferidas na primeira e segunda onda de judicialização. Com a frustrada tentativa do Poder Público de estancar os efeitos das decisões da Primeira onda dentro do próprio MRE, os agentes do MCP começaram a sofrer os efeitos dessas decisões ao não receberem integralmente os créditos que lhes eram devidos.

Em razão do alto grau de inadimplência decorrente das decisões proferidas na primeira e segunda ondas de judicialização, e da iminente insuficiência de fundos para garantir os créditos dos agentes, os credores do MRE ingressaram com ações judiciais para garantir o recebimento integral ou proporcional de seus créditos.

A CCEE passou então, em atendimento a essas decisões, a destinar os recursos prioritariamente aos agentes que detinham liminares que os protegiam. A consequência direta dessa inadimplência generalizada causada por decisões de “isenção GSF”, “isenção rateio” e o atendimento prioritário daqueles agentes que detinham liminares foi a insuficiência de recursos para quitar todos os credores do MRE. É o que se depreende do seguinte comunicado da CCEE, relativo à liquidação financeira de 2016:

A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE informa que, devido às decisões judiciais vigentes que determinam preferência do recebimento dos recursos financeiros, para a liquidação de abril/2016, apenas os agentes detentores destas liminares receberam parte de seus créditos, o que ocorreu de forma proporcional, conforme os valores arrecadados, depois de cumpridas as destinações legais pertinentes (Energia de Reserva, Portaria MME nº 28/2015, Portaria MME nº 41/2015, Portaria MME nº 88/2014 e Portaria MME nº 333/2015). A CCEE ressalta que após a operacionalização das decisões judiciais, que determinam a preferência no recebimento dos recursos, o total arrecadado pelo pagamento dos devedores não foi

78.2015.4.01.3400/DF, 0066007- 66.2015.4.01.3400/DF, 0062713-06.2015.4.01.3400/DF, 0052710-55.2016.4.01.3400/DF.

¹⁷⁷ Processos autuados sob os números: 1004544-09.2015.4.01.3400/DF, 1005352-14.2015.4.01.3400/DF, 0029612- 41.2016.4.01.3400/DF, 0033684-71.2016.4.01.3400/DF.

suficiente para operacionalizar os pagamentos aos agentes que não estão protegidos por ações judiciais. A Câmara de Comercialização destaca que no próximo ciclo de contabilização e liquidação financeira serão incluídos no resultado do agente todo e qualquer crédito não recebido decorrente do rateio da inadimplência. Além disso, reafirma seu compromisso com o pleno atendimento das decisões judiciais e esclarecimentos aos agentes, e que continuará adotando todas as medidas necessárias para o restabelecimento da correta e isonômica aplicação das regras de rateio de inadimplência, nos termos da Resolução ANEEL nº 552, de 14/10/2002.¹⁷⁸

Diante desse cenário, os credores onerados com o déficit de arrecadação buscaram judicialmente a garantia do recebimento de seus créditos na liquidação do MCP. Destaca-se, por oportuno, que o mérito das ações denominadas “isenção rateio” e “loss sharing” é o mesmo, qual seja, evitar que sejam onerados com os efeitos da operacionalização de decisões judiciais. A diferença reside no fato de que a segunda fase foi provocada pelos devedores do MRE, enquanto que a Terceira onda foi ocasionada pelos credores do MRE.

Nessa fase, foram proferidas 45 decisões liminares beneficiando agentes integrantes do MCP. Em 41 dessas decisões, houve a determinação de que os agentes não participariam do rateio de inadimplência provocados pelas hidrelétricas.¹⁷⁹ Em 4 liminares, o Poder Judiciário deu provimento protetivo às hidrelétricas atinentes à segunda onda, ao mesmo tempo em que lhes excluía do rateio de inadimplência do MCP.¹⁸⁰

¹⁷⁸ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Informações sobre a Liquidação Financeira MCP – abr/16, de 21/06/2016.** Disponível em: <http://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticias-opiniao/comunicados>. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁷⁹ Processos autuados sob os números: 0051048-90.2015.4.01.3400/DF, 0056190-75.2015.4.01.3400/DF, 1007276-60.2015.4.01.3400/DF, 5057405-72.2015.4.04.7100/RS, 0061142-97.2015.4.01.3400/DF, 0059949-47.2015.4.01.3400/DF, 1008091-57.2015.4.01.3400/DF, 0064613-24.2015.4.01.3400/DF, 1008454-44.2015.4.01.3400/DF, 5066962-83.2015.4.04.7100/RS, 0069280-53.2015.4.01.3400/DF, 0006276-08.2016.4.01.3400/DF, 1001329-88.2016.4.01.3400/DF, 0012257-18.2016.4.01.3400/DF, 1000661-35.2016.4.01.0000/TRF1, 0014326-23.2016.4.01.3400/DF, 0014364-35.2016.4.01.3400/DF, 0021119-75.2016.4.01.3400/DF, 0022930-70.2016.4.01.3400/DF, 1003840-59.2016.4.01.3400/DF, 1002881-88.2016.4.01.3400/DF, 0029613-26.2016.4.01.3400/DF, 0029651-38.2016.4.01.3400/DF, 0033775-64.2016.4.01.3400/DF, 0036557-44.2016.4.01.3400/DF, 1004669-40.2016.4.01.3400/DF, 1004215-60.2016.4.01.3400/DF, 1004805-37.2016.4.01.3400/DF, 5033160-60.2016.4.04.7100/RS, 0045571-52.2016.4.01.3400/DF, 1006088-95.2016.4.01.3400/DF, 0051207-96.2016.4.01.3400/DF, 0051209-66.2016.4.01.3400/DF, 0051334-34.2016.4.01.3400/DF, 0052663-81.2016.4.01.3400/DF, 0053430-22.2016.4.01.3400/DF, 0073052-87.2016.4.01.3400/DF, 1009704-78.2016.4.01.3400/DF, 0074431-63.2016.4.01.3400/DF, 1000205-36.2017.4.01.3400/DF, 1000560-46.2017.4.01.3400/DF

¹⁸⁰ Processos autuados sob os números: 1004544-09.2015.4.01.3400/DF, 1005352-14.2015.4.01.3400/DF, 0029612-41.2016.4.01.3400/DF, 0033684-71.2016.4.01.3400/DF.

2.2.4 Do contexto político-econômico do GSF

2.2.4.1 Aspectos estruturais

Para além do cenário de baixa afluência do período compreendido entre 2014 e 2015, a má gestão regulatória também tem sido indicada como um fator determinante para a crise que ocasionou a discussão do GSF.

Essas fragilidades foram apontadas, inclusive pelo TCU, por ocasião de suas auditorias no setor. Com efeito, o Acórdão nº 993-15/15-P e respectivo relatório de instrução, proferidos pelo Tribunal de Contas da União nos autos do Processo nº 13.099/2014-00, no bojo de relatório de fiscalização do Setor Elétrico, identificou inúmeros problemas e falhas de planejamento na gestão e operação do Setor Elétrico e que conduziram ao cenário de crise e ampliação da exposição dos geradores por aplicação do GSF.¹⁸¹

Ao apreciar processo de fiscalização do Setor Elétrico (TC 13.099/2014-0) o Tribunal de Contas da União (TCU) proferiu acórdão de cuja instrução e conclusão se extraem as seguintes constatações:

50. O TCU, muito antes da ocorrência da atual crise hídrica, apontou a existência de indícios no sentido de que a capacidade de geração de energia elétrica configura-se insuficiente, em termos estruturais, para garantir a segurança energética do país.

51. Diversas fiscalizações evidenciaram problemas que impactaram negativamente na oferta de energia e na eficiência do consumo, quais sejam:

51.1. falhas no planejamento da expansão da capacidade de geração;

51.2. superavaliação da garantia física das usinas geradoras;

(...)

51.8. perda significativa de receitas e capacidade de investimento das concessionárias de geração, principalmente estatais, que renovaram concessões nos termos da MP 579/2012;

(...)

¹⁸¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TC 013.099/2014-0**, de 29.04.2015, relator Vital do Rêgo. Disponível em: <www.tcu.gov.br/autenticidade> Acesso em: 02. Set. 2019

52. A somatória desses problemas tornou menor a margem de segurança e aumentou a vulnerabilidade do sistema a períodos de menor fluência hídrica, aumentando o risco de desabastecimento elétrico.¹⁸²

O TCU evidenciou que as ações e omissões do Poder Concedente implicaram na superavaliação da garantia física e, por conseguinte, aumentaram o risco dos geradores de exposição ao mercado de curto prazo por força da aplicação do fator GSF.¹⁸³

¹⁸² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TC 013.099/2014-0**, de 29.04.2015, relator Vital do Rêgo. Disponível em: <www.tcu.gov.br/autenticidade> Acesso em: 02. Set. 2019

¹⁸³ “3.2. Desvirtuamento do atual modelo do setor elétrico

103. No âmbito do mercado regulado, a contratação de energia requer a realização de leilões, sob responsabilidade da Aneel, entre os quais se podem citar os Leilões de Energia Nova (LEN), cuja finalidade é atender ao aumento de carga das distribuidoras, e os Leilões de Energia Existente (LEE), destinados à contratação de energia gerada por usinas já construídas e que estejam em operação.

104. Após a conclusão do procedimento licitatório, procede-se à celebração obrigatória dos contratos de comercialização, a exemplo dos CCEARs. Esse tipo de avença contém o montante de energia contratada, com base na garantia física do empreendimento de geração (energia assegurada) – parcela de energia passível de ser vendida pelo gerador no ambiente regulado –, proporcional a sua contribuição estimada para a capacidade de geração do sistema, conforme o art. 2º, inciso I e §§ 1º e 2º, do Decreto 5.163/2004. Essa garantia se materializa por meio de um certificado de energia assegurada que cada usina recebe do MME. O somatório desses certificados corresponde à garantia física do sistema.

105. Portanto, a garantia física não significa geração efetiva de energia, mas sim o quantitativo previamente especificado nos certificados de energia assegurada das usinas, passível de ser comercializado independentemente do montante de energia efetivamente por elas gerado.

106. Todavia, o TCU constatou um desequilíbrio estrutural no sistema, porquanto a soma dos certificados de energia assegurada já emitidos às usinas é maior que a real garantia física do sistema. A origem desse problema passa a ser narrada a seguir.

107. Conforme o regramento vigente, o ONS deve zelar pela segurança do sistema e pelo uso eficiente dos recursos ao desempenhar suas funções. Para tanto, ele possui os próprios modelos computacionais, responsáveis por gerar uma série de dados que serão tratados mais adiante.

108. No entanto, desde o racionamento de 2001, restou evidenciado que o paradigma de operação em uso, que privilegiava o despacho da geração de menor custo, não era adequado como forma de garantir o suprimento.

109. Desse modo, por meio da Resolução 109 da Câmara de Gestão da Crise de Energia, de 24/1/2002, foi instituído um mecanismo de segurança atrelado ao armazenamento dos reservatórios, em razão das incertezas das afluências. Essa ferramenta, que é traçada a partir da escolha de uma combinação de condições hidrológicas severas para os próximos dois anos, passou a ser chamada Curva de Aversão ao Risco (CAR).

110. Ocorre que, apesar da criação da CAR, a operação do sistema elétrico seguiu os Procedimentos Operativos de Curto Prazo (POCP), autorizados pela Resolução - CNPE 8/2007, visando proporcionar ainda mais segurança para o sistema. **A partir desses procedimentos, o ONS passou a acionar térmicas ao longo do ano**, de maneira a atingir em novembro de cada ano – ou seja, após o período de menor acúmulo de energia nos reservatórios do sistema – um nível de armazenamento que garantisse a segurança operativa do ano seguinte. Portanto, **considerando que a geração térmica é conhecidamente mais onerosa que a hidráulica, o critério de menor custo não foi observado.**

111. Todavia, os modelos computacionais do ONS não contemplavam os critérios do POCP, causando com que os dados por eles gerados não incorporassem os custos do acionamento das térmicas, tornando-os artificialmente baixos. **Essas distorções provocavam um desequilíbrio que ainda reflete em toda a cadeia do sistema, desde o planejamento até a comercialização, como será explicado a seguir.**

112. Entre os dados distorcidos pelo ONS está o custo de operação (CMO), que é utilizado pela EPE para elaborar os estudos de expansão do sistema, considerando o menor custo entre operar ou

De fato, o Tribunal de Contas apontou como um dos elementos essenciais para a crise do Setor Elétrico um grave erro na gestão do setor consistente na **redução artificial das tarifas de energia elétrica após a edição da MP 579/2012, o que projetou um sinal econômico equivocado de abundância de energia, quando em verdade o cenário era de escassez, incentivando o consumo irracional de energia pelos consumidores e, assim, contribuindo sobremaneira para o deplecionamento dos reservatórios das hidrelétricas**, o que, como sabido, veio a comprometer as garantias físicas das usinas e contribuir para o aumento do fator GSF.

Como se depreende das constatações do TCU, houve num primeiro momento o uso irracional do recurso energético que promoveu o esgotamento dos reservatórios e no segundo momento, o Poder Concedente tenta recuperar o armazenamento transferindo os custos de seus atos para os geradores. Portanto, o impacto do GSF decorre de atos do Poder Público e não de risco hidrológico.

2.2.4.2 Aspectos conjunturais

expandir, com base nos valores contidos em leilões passados. **Em razão das aludidas distorções, os sinais enviados à EPE indicavam que o custo de operação encontrava-se inferior ao custo de expansão.**

113. Além disso, o custo de operação passou a ser utilizado como parâmetro para o cálculo da garantia física dos empreendimentos leiloados a partir da Resolução – CNPE 9/2008, o que ocorreu, inclusive, sem a correspondente revisão dos certificados de energia assegurada até então emitidos.

114. A utilização de certificados de energia assegurada que não incorporavam a premissa instituída pelo referido normativo e de um custo de operação subavaliado para o cálculo das garantias físicas resultava na superavaliação da capacidade de suprimento do sistema (carga crítica), e, por conseguinte, da soma das garantias físicas já atribuídas às usinas, gerando um desequilíbrio estrutural.

115. O envio de sinais distorcidos pelo ONS só foi equacionado por meio da Resolução – CNPE 3/2013, que determinou a internalização dos POCP nos modelos computacionais utilizados na operação do sistema. E, mesmo assim, conforme previsto no art. 2º do referido normativo, o ONS ainda tem a prerrogativa de efetuar o despacho de térmicas, independente do que indiquem os modelos computacionais, “extraordinariamente e com o objetivo de garantir o suprimento energético”, cujos custos passaram a ser coberto pela criação de um encargo tarifário chamado Encargos de Serviços do Sistema por Segurança Energética (ESS_SE).

116. Já para equacionar o desequilíbrio, foi criado, mediante o Decreto 6.353/2008, o Leilão de Energia de Reserva (LER), a fim de não afetar os contratos existentes e os direitos das usinas geradoras que recebem pelas respectivas garantias físicas, ainda que superdimensionadas. Todavia, **nominalmente, a energia assegurada pelo sistema permanece superdimensionada, causando o desvirtuamento do modelo.**

(...)

119. **Esse desvirtuamento do modelo implica em riscos não calculados para a segurança do abastecimento, pois, em que pese haja a contratação de energia de reserva, não se sabe qual é o real déficit gerado pela contratação das garantias físicas superdimensionadas até a publicação da Resolução - CNPE 3/2013.**

Além dos aspectos estruturais, o contexto de crise hidrológica e o respectivo deslocamento da geração hidrelétrica para outras fontes de geração também foram fatores cruciais para a discussão do GSF.

Com efeito, essa subversão da lógica operativa do SIN ocasionou o atendimento da demanda nacional com o máximo possível de geração termelétrica e redução da participação da geração hidrelétrica no despacho centralizado do ONS.

Dessa forma, o total da geração efetiva de hidrelétricas passou a ser sistematicamente inferior à Garantia Física total das usinas participantes do Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) aumentando drasticamente a exposição dos geradores hidrelétricos ao Mercado de Curto Prazo pela aplicação do Fator GSF de ajuste da Garantia Física Individual de cada usina.

Ressalta-se que a inversão da matriz energética camuflou a necessidade de decretação do racionamento, nos termos do art. 22 da Lei nº 10.848/04.¹⁸⁴ Por sua vez, a decretação do racionamento autorizaria o restabelecimento do equilíbrio dos contratos, a partir da redução dos contratos de compra e venda de energia e ajustes para eventual aquisição de energia substitutiva, a exemplo do que ocorreu em 2001.¹⁸⁵

Outra questão conjuntural que influenciou a temática diz respeito à antecipação da renovação das concessões, já mencionado anteriormente, prevista pela Medida Provisória nº 579/2012, objetivando a redução das tarifas.

Nesse sentido, os aspectos conjunturais, devidamente reconhecidos pelo TCU, e os aspectos estruturais acima mencionados foram fatores decisivos para o

¹⁸⁴ “Art. 22 - Ocorrendo a decretação de racionamento de energia elétrica pelo Poder Concedente em uma região, todos os contratos por quantidade de energia do ambiente de contratação regulada, registrados na CCEE, cujos compradores estejam localizados nessa região, deverão ter seus volumes ajustados na mesma proporção da redução de consumo verificado. Parágrafo único. As regras de contabilização da CCEE poderão prever tratamento específico para situações de restrição compulsória de consumo, visando a limitar seus impactos sobre as regiões não submetidas ao racionamento.”

¹⁸⁵ Na réplica apresentada pela Santo Antônio Energia S/A nos autos do Processo nº 0023776242015.4.01.3400, a Autora defende que: “as medidas excepcionais de mitigação do risco de racionamento deviriam vir acompanhadas da redução das obrigações dos geradores de modo a tornar menos oneroso o cumprimento dos contratos. É o que ocorre na hipótese de decretação de racionamento em que a redução do consumo é acompanhada da redução dos contratos na mesma proporção.”

desequilíbrio do setor que resultou em uma massiva judicialização do tema, decorrente da alocação subversiva e autoritária dos riscos aos agentes geradores.

2.3 Caso CDE (“Conta de Desenvolvimento Energético”)

A CDE é um encargo tarifário que tem previsão legal no art. 13 da Lei nº 10.438/2002. Criada originalmente com o objetivo de (i) estimular o desenvolvimento energético dos Estados, (ii) a competitividade da produção de energia elétrica e (iii) a universalização dos serviços de energia elétrica. Sua fonte de recursos, dentre outras, são as quotas anuais pagas por todos os agentes que comercializam energia elétrica com o consumidor final, por meio de um encargo tarifário incluído nas tarifas de uso dos sistemas de distribuição e transmissão de energia elétrica (TUSD e TUST), que são fixados pela ANEEL, em observância à legislação setorial.¹⁸⁶

A par das finalidades acima, previstas na própria Lei nº 10.438/2002, a partir de 2013, a regulamentação do Governo ampliou as finalidades da CDE para incluir os seguintes pontos:

- i. Custeio da exposição financeira das distribuidoras ao mercado de curto prazo, decorrente da alocação do risco hidrológico das cotas de Garantia Física da renovação das concessões de geração;
- ii. Custeio da exposição financeira das distribuidoras decorrente da não adesão das Concessionárias de Geração à renovação das suas respectivas concessões, deixando as distribuidoras descontratadas;
- iii. Cobertura do custo adicional incorrido pelas distribuidoras com despacho termelétrico por segurança energética por ordem do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE;
- iv. Custeio da exposição das distribuidoras ao mercado de curto prazo por frustração do Leilão de Energia realizado em dezembro de 2013;

¹⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002**. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.648, de 27 de maio de 1998, nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 5.655, de 20 de maio de 1971, nº 5.899, de 5 de julho de 1973, nº 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10438.htm> Acesso em: 02. Set. 2019

- v. Custeio das obras definidas pelo Comitê Olímpico Nacional;
- vi. Cobrir exposição involuntária das distribuidoras ao mercado de curto prazo;
- vii. Cobrir custos das distribuidoras com os Contratos de Comercialização de Energia Elétrica em Ambiente Regulado – CCEAR;¹⁸⁷

Ao tempo em que criou novas despesas para a CDE, a novel legislação destacou que uma das fontes de custeio da CDE seriam os aportes do Tesouro Nacional (art. 17 e 18 da MP 579/2012 e art. 13, §1º da Lei nº 10.438/02). A alteração na CDE trouxe grandes incertezas para a Conta, pois aumentaram suas despesas, mas a arrecadação passou a ser incerta, dependendo de decisões do Poder Executivo, como reconheceu a ANEEL na Nota Técnica nº 220/2015-SGT/ANEEL:

*14. Outra importante mudança instituída pela MPv 579, de 2012, refere-se à forma de cálculo da quota anual da CDE, que deve ser paga por todos os agentes que comercializam energia com consumidor final, e que até o ano 2012 acompanhava apenas a variação do mercado de energia elétrica e do IPCA. **A partir de 2013, a quota anual da CDE passou a depender de um orçamento anual definido pelo Poder Executivo**, devendo corresponder à diferença entre as previsões de despesas e demais fontes de receitas da Conta. **Essa alteração, conjugada com a possibilidade de aporte de recursos da União, agregou um importante fator de incerteza à Conta, pois a quota anual passou a depender de decisões do Poder Executivo** quanto aos valores anuais das políticas públicas destinadas ao setor elétrico e ao montante do aporte de recursos da União na Conta. ¹⁸⁸ (grifo nosso)*

Para o custeio da CDE são realizados pagamentos anuais a título de Uso de Bem Público – UBP pelos concessionários de energia elétrica, a arrecadação de multas aplicadas pela agência reguladora, e pagamento de quotas anuais por todos os agentes que comercializam energia elétrica. Além disso, são realizados repasses

¹⁸⁷ Decretos Presidenciais nºs 7.945/2013, 8.203/2014, 8.221/2014 e 8.272/2014

¹⁸⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRIC. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/057/documento/ntecnica_220_sic_1679_2015_sgt_2015-vap.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

de recursos pela União Federal e a transferência de recursos entre fundos setoriais geridos pelas Centrais Elétricas Brasileiras – Eletrobras.¹⁸⁹

Atualmente, a regulamentação e o programa orçamentário da CDE compete ao Poder Executivo, a movimentação e a gestão da conta à CCEE e a fiscalização e fixação das quotas anuais à ANEEL.¹⁹⁰

A metodologia de cálculo da TUST e TUSD, veículos de cobrança da CDE, é de competência exclusiva da ANEEL, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.427/96, com redação dada pela Lei nº 10.848/2004, e estão previstas nos Procedimentos de Regulação Tarifária – PRORET e Resoluções da ANEEL.¹⁹¹

Em 2015, a ANEEL definiu um orçamento de R\$ 25 bilhões de reais para a CDE, mas sem previsão de aportes do Tesouro Nacional, a Agência ampliou em 1.121,8% as quotas que são cobrados dos consumidores por meio da Tarifa (TUST ou TUSD). A quota de CDE, que em 2014 era de R\$ 4,90/MWh, passou para aproximadamente R\$ 54,97/MWh a partir de abril de 2015.

A partir de 2015, agentes do mercado passaram a ingressar com ações judiciais questionando as tarifas de energia elétrica em razão das alterações legislativas decorrentes da Medida Provisória 579/2012, convertida posteriormente na Lei nº 12.783/2013, e dos atos regulatórios praticados pelo Poder Executivo, consubstanciados na edição dos Decretos nº 7.891/2013, 7.945/2013, 8.203/2014, 8.221/2014 e 8.272/2014, e pela ANEEL, ao fixar as quotas anuais e as tarifas de uso dos sistemas de distribuição e transmissão, em atendimento ao novo marco legal.

De forma resumida, essas ações judiciais discutiam (i) a ausência de correspondência entre o referido encargo tarifário e a contraprestação do serviço, (ii) realização de política tarifária sem observância do princípio da legalidade; (iii) criação de subsídios cruzados entre o mercado cativo e livre e entre consumidores de baixa

¹⁸⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Gestão de Recursos Tarifários**. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/gestao-de-recursos-tarifarios/-/asset_publisher/NGj5UwmpT1bZ/content/conta-de-desenvolvimento-energetico-cde/654800>.

Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ Módulo 7 dos Procedimentos de Regulação Tarifária, última versão aprovada pela REN nº 775/201

e alta tensão; (iv) ilegalidade da cobrança da CDE sobre o consumo de energia, sem que refletisse sobre a proporção do uso dos sistemas de distribuição e transmissão.

A primeira ação judicial que contestou o novo regime da CDE foi proposta pela ABRACE – Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres¹⁹². Trata-se de um caso paradigmático, pois foi a partir dele que outras dezenas de ações foram propostas. Em sede de cognição sumária, o pedido liminar para desobrigar os associados da Autora ao pagamento da CDE no ano de 2015 foi deferido ao argumento de que houve inovação jurídica, bem como o encargo não guardaria correspondência com o serviço prestado:

Destarte, no tocante à ampliação dos encargos da composição da CDE por via dos Decretos n. 7.945/2013, 8.203/2014, 8.221/2014 e 8.272/2014 inovou-se na ordem jurídica, à revelia do que determina o art. 175, III, da Constituição Federal, e contrariou-se ainda a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 09, no sentido de que o preço público pode ir além da utilidade obtida pelo sujeito passivo, mas deverá guardar correspondência com o serviço prestado. Ou como sustenta Marçal Justen Filho, em 'Teoria Geral das Concessões de Serviço Público' (pág. 374/5), "(...) paga quem usa e na medida em que faz".¹⁹³

Foram reconhecidas um total de 62 (sessenta e duas) ações judiciais discutindo o novo regime jurídico da CDE, com 42 (quarenta e duas) decisões concedendo isenção de pagamento das parcelas controversas do encargo a diversos consumidores de energia elétrica. Vale ressaltar que as causas de pedir de cada ação podem apresentar algumas peculiaridades entre si, haja vista que cada uma contesta itens específicos da conta, sendo que alguns discordam da forma de rateio do encargo e outros ainda impugnam períodos distintos da incidência da CDE.¹⁹⁴

¹⁹² SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL. **Ação Ordinária nº 24648-39.2015.4.01.3400**, distribuída à 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Juiz Charles Renaud Frazão de Moraes.

¹⁹³ Decisão proferida nos autos da Ação Ordinária nº 24648-39.2015.4.01.3400

¹⁹⁴ GUERRA, Sérgio. **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. Out.2019

Com efeito, essas decisões que deferiram a antecipação de tutela demandaram a revisão tarifária, bem como a revogação das Resoluções Homologatórias, com o subsequente recálculo dessas tarifas, a partir de metodologia específica não prevista na legislação setorial, afetando terceiros. Em outras palavras, para o cumprimento dessas decisões judiciais foi necessário realizar uma interpretação das decisões, bem como desenvolver nova metodologia de cálculo das quotas da CDE.¹⁹⁵

Para o cumprimento da liminar deferida à ABRACE, foi determinada a realização da Audiência Pública nº 57/2015 e, após decisão do Colegiado da Agência, emitiu-se a Resolução Homologatória nº 1.967/2015, publicada no DOU de 28/09/2015. Segundo informações da própria ANEEL, a liminar da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal desonerou os consumidores da ABRACE do pagamento da quantia de aproximadamente R\$ 9,2 bilhões. Conforme decidido pela ANEEL, este valor foi rateado entre os demais consumidores finais do Sistema Elétrico Brasileiro, fazendo com que o custo unitário da CDE para os consumidores não resguardados pela liminar sofresse um aumento de até 30%, além do aumento já vivenciado de 1.121,8%.¹⁹⁶

Neste sentido, confira-se o teor da Nota Técnica nº 220/2015-SGT/ANEEL emitida para subsidiar a decisão da Agência que deu cumprimento à referida ordem judicial:

64. Inicialmente o orçamento da CDE foi segregado para permitir a identificação dos custos controversos indicados na decisão liminar. Esta informação foi obtida da Superintendência SRG e informada por meio do memorando nº 85/2015-SRG/ANEEL, de 30 de julho de 2015, conforme tabela abaixo.

¹⁹⁵ MAKI, Nádia. **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.** Universidade de Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/documents/656835/14876412/Monografia+N%C3%A1dia+Maki.pdf/772ba638-0ce4-101b-a59f-787e2eea2331>> Acesso em: 17.Out.2019

¹⁹⁶ Ibidem.

Tabela 6 – Itens de custo da CDE 2015 considerados controversos na decisão judicial

Itens de custo da CDE 2015	R\$ milhões
Restos a pagar do ano anterior	3.000,23
Indenização de Concessões	4.897,80
Subvenção RTE	389,43
UTE Presidente Médici*	42,70
Interligação Manaus*	481,20
Interligação Macapá*	376,50
Gás Urucu-Coari-Manaus*	96,10
TOTAL	9.283,97

* Memorando n. 077/2015-SRG/ANEEL, de 16/07/15.

93. O Gráfico a seguir apresenta os resultados das simulações feitas pela ANEEL para o principal grupo tarifário afetado pela alteração metodológica, subgrupo B1 - Residencial. Em resumo, haveria uma realocação de custos entre consumidores associados e não associados da ABRACE e entre os níveis de tensão, sendo que os consumidores mais afetados serão aqueles conectados na Baixa Tensão, podendo chegar a aumentos maiores que 50 R\$/MWh, com efeito estimado de 8%. Isso porque, conforme explicado, **as parcelas do orçamento da CDE contestadas pela ABRACE, no montante total de R\$ 9,2 bilhões, serão pagas pelos demais consumidores de energia elétrica, na proporção da quota anual da CDE.** Além disso, a forma de rateio do encargo pelo uso da rede aloca necessariamente mais custos para a Baixa Tensão.

(...)

117. Da decisão, para os associados da ABRACE, devem ser excluídos do encargo da CDE os valores do orçamento anual considerados controversos na Ação Ordinária, observando as especificidades para consumidores cativos e livres, e **os valores remanescentes devem ser rateados observando a proporcionalidade com o uso dos sistemas de distribuição e transmissão.**¹⁹⁷

A Nota Técnica nº 329/2015-SGT/ANEEL, elaborada para definição do Orçamento da CDE para 2016, destaca que além dos R\$ 9,2 bilhões que foram transferidos para os demais consumidores, as perdas de arrecadação relacionadas à metodologia de cumprimento da liminar, também foram transferidas para os demais consumidores, somando **mais R\$ 1,8 bilhões de reais ao ano:**

¹⁹⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Nota Técnica nº 220/2015-SGT/ANEEL.

Disponível em:

<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/057/documento/ntecnica_220_sic_1679_2015_sgt_2015-vap.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

122. Por fim, destacamos que está em curso a Ação Ordinária n. 26648-39.2015.4.01.3400, movida pela ABRACE, cujo cumprimento de decisão liminar favorável à autora requereu a instauração da Audiência Pública n. 057/2015, para a definição de metodologia de cálculo das tarifas de uso dos sistemas de distribuição e transmissão (TUSD e TUST) específicas aos consumidores associados, devido ao recálculo do encargo da CDE de 2015 com parâmetros não previstos na legislação vigente e em afronta aos regulamentos da ANEEL, afetando o direito das distribuidoras e transmissoras de energia elétrica, dos consumidores não associados e da Eletrobrás.

123. Ao se considerar que o cumprimento de decisão judicial implica cálculo de tarifas com metodologia não prevista na legislação e na regulação vigentes, e que **a parcela desonerada da CDE aos associados da autora deverá ser rateada para os demais consumidores de energia elétrica**, a Diretoria Colegiada da ANEEL entendeu necessário que esse cálculo fosse submetido ao processo de audiência pública, nos termos do parágrafo 3º do art. 4º da Lei no 9.427, de 26 de dezembro de 1996:

(...)

126. Considerando os valores do orçamento anual da CDE de 2015, estima-se que o cumprimento da decisão liminar favorável à ABRACE **resultará na perda de arrecadação do encargo da CDE da ordem de R\$ 1,810 bilhões ao ano**, conforme tabela abaixo.

Tabela 7 – Ação da ABRACE - Composição da perda de arrecadação da CDE

Perda de Arrecadação da CDE	Valores (R\$)
Transmissoras	R\$ 714.919.965,57
Distribuidoras	R\$ 1.095.382.440,45
Total	R\$ 1.810.302.406,02
Valores controversos	R\$ 665.731.500,63
Rateio pelo uso	R\$ 1.144.570.905,39

127. **Não havendo alteração no orçamento da CDE de 2015 pelo Poder Executivo, essa perda de arrecadação será repassada aos demais consumidores de energia elétrica, não associados da ABRACE**, de forma a manter-se o equilíbrio econômico e financeiro do Fundo Setorial, preservando-se o custeio das políticas públicas no setor elétrico. ¹⁹⁸

¹⁹⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Nota Técnica nº 329/2015-SGT/ANEEL.

Disponível em:

<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/083/documento/nota_tecnica_329_sgt_aneel_cde_2016_ap.pdf. > Acesso em 21 ago. 2019

Alega a ANEEL que não possuiu poderes para reduzir os dispêndios da CDE na proporção da receita que deixou de ser arrecadada por ser considerada ilícita a sua cobrança pelo Judiciário. Para a Agência, as benesses e subsídios tarifários são intocáveis, logo ela transferiu esta conta para os demais consumidores que não possuem proteção judicial. É o que se depreende das justificativas da ANEEL constantes Nota Técnica nº 329/2015-SGT/ANEEL:

128. Conforme decisão da Diretoria, o cumprimento da referida decisão judicial pela ANEEL fundamentou-se na competência exclusiva do Poder Executivo para a definição do orçamento anual da CDE, não podendo ser alterado unilateralmente pela Agência, que tem o dever legal de fixar a cota anual da CDE de forma a garantir o equilíbrio entre despesas e demais receitas previstas no orçamento, de forma a não imputar ônus ou bônus à Eletrobras na execução orçamentária do fundo. Ademais, mesmo considerando que o orçamento da CDE não tem caráter determinativo, ponderou-se o impacto da perda de arrecadação do encargo para o equilíbrio do fundo, pois as despesas do Fundo estão previstas em contratos firmados entre os agentes credores e a Eletrobras. Dessa forma, concluiu-se que a perda de arrecadação do encargo da CDE dos consumidores da ABRACE deverá ser rateada entre os demais consumidores de energia elétrica, o que no segmento de distribuição deverá ocorrer no próximo processo tarifário de cada concessionária, por meio de um componente financeiro que garanta a “Neutralidade dos Encargos Setoriais”, conforme previsto no contrato de concessão.¹⁹⁹

Em 2016, como consequência do excessivo número de liminares vigentes que isentavam os agentes que ingressaram com ações judiciais de pagar a CDE, foi feita uma mudança na metodologia de cumprimento para que as distribuidoras e os demais consumidores não fossem impactados diretamente pela liminares vigentes, de modo que a perda de arrecadação foi transferida ao Fundo Orçamentário. Ocorre que esse mecanismo acabou por afetar as políticas públicas que a CDE promove.²⁰⁰

¹⁹⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Nota Técnica nº 329/2015-SGT/ANEEL.** Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/083/documento/nota_tecnica_329_sgt_aneel_cde_2016_ap.pdf>. Acesso em 21 ago. 2019

²⁰⁰ MAKI, Nádia. **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.** Universidade de Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/documents/656835/14876412/Monografia+N%C3%A1dia+Maki.pdf/772ba638-0ce4-101b-a59f-787e2eea2331>> Acesso em: 17.Out.2019

2.3.1 Contexto político-econômico da CDE

Em auditoria realizada pelo TCU nos autos do TC nº 032.981/2017-1 com o objetivo de verificar a eficiência do custeio de políticas públicas com base em subsídios da CDE, foi averiguada a (i) falta de planejamento das políticas governamentais; (ii) benefícios tarifários desalinhados com o regime jurídico do setor; (iii) crescimento das despesas do orçamento da CDE; (iv) falta de transparência na divulgação dos subsídios; (v) deficiência na avaliação e fiscalização da referida política.²⁰¹

Além disso, o Tribunal de Contas averiguou o custeio indevido de alguns subsídios da CDE, especialmente a ausência de correlação com o serviço elétrico (Achado 1.1).²⁰² Foi constatado ainda que a maioria dos subsídios da CDE não são monitorados ou avaliados, sob o foco dos resultados alcançados, por nenhum órgão do governo, bem como um baixo nível de comunicação entre os atores envolvidos na política de subsídios custeados pela da CDE e entre esses atores e a sociedade (Achado 2.2).²⁰³ O TCU também aponta que “a maioria dos subsídios custeados pela

²⁰¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 032.981/2017-1. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2019/05/032.981-2017-1-AC-CDE.pdf>> Acesso em 10.set. 2019.

²⁰² “Achado 1.1 - Subsídios incompatíveis com o regime jurídico tarifário do setor elétrico

83. Constatou-se o custeio indevido de alguns subsídios da CDE com base em recursos financeiros dos consumidores de energia elétrica. Apesar de instituídos por lei, tais subsídios dizem respeito a atividades econômicas ou a problemas sociais que não guardam correlação com o setor elétrico, o que lhes torna incompatíveis com o regime jurídico tarifário setorial. 84. O achado foi evidenciado com base na análise da Constituição Federal, dos normativos que instituíram os subsídios da CDE, da legislação que rege as concessões de serviços públicos, da lei e normas regimentais afetos ao MME e à Aneel, de julgados do STF, e em respostas a ofícios de requisição.

(...)

91. O cenário verificado é de arrecadação de vultosos recursos financeiros de consumidores de energia elétrica que, no entanto, não são aplicados no setor elétrico, tanto mais nos respectivos serviços públicos aos quais esses consumidores se encontram ligados.

²⁰³ **Achado 2.1 – Ausência de gestão das políticas de subsídios pelos órgãos competentes**

162. Constatou-se que a maioria dos subsídios da CDE não são monitorados ou avaliados, sob o foco dos resultados alcançados, por nenhum órgão do governo. Tal fato contraria o princípio da melhoria regulatória previsto no inciso IV, art. 3º do Decreto 9.203/2017, e vai de encontro às melhores práticas de governança reunidas no Referencial para Avaliação de Governança em Políticas Públicas do TCU (RGPP).

Da comunicação com as partes interessadas e da transparência

214. Constatou-se baixo nível de comunicação entre os atores envolvidos na política de subsídios custeados pela da CDE e entre esses atores e a sociedade. A referida deficiência

CDE não faz parte de uma política pública estruturada e falta definição nas respectivas leis instituidoras ou em regulamentos próprios das regras de avaliação desses subsídios”²⁰⁴ Por fim, o órgão constatou a “descoordenação entre os subsídios financiados pela CDE e as políticas governamentais que possuem pertinência temática com eles”.²⁰⁵

Em síntese, o Tribunal de Contas apurou que o Estado tem se utilizado indevidamente do setor regulatório a fim de embutir na tarifa de energia elétrica, benefícios dissociados do planejamento setorial a determinados segmentos de mercado, configurando orçamento paralelo, sem os requisitos exigidos para as finanças públicas, em violação aos princípios da unidade e da universalidade orçamentária, corolários dos artigos 165, § 5º, e 167, inciso I, da Constituição Federal.²⁰⁶

2.40 impacto regulatório das decisões judiciais no setor elétrico nas liquidações financeiras do MCP

Como visto no capítulo anterior, o deferimento de liminares nos estudos de caso desenvolvidos neste trabalho acarretaram a desoneração de pagamento dos agentes que ingressaram com as respectivas ações judiciais, fazendo com que as partes credoras no MRE ou no MCP deixassem de receber os seus créditos.

Em um primeiro momento, as decisões judiciais permitiram que os agentes que judicializaram o tema obtivessem a integralidade de seus créditos à custa dos demais agentes que não estavam protegidos por liminares. A partir de então, as ações foram multiplicadas a fim de que o agente não fosse onerado pelo êxito de outro agente em um processo judicial. O ajuizamento de ações por associações representativas de diversas categorias de agentes do setor elétrico agravou a situação, na medida em que elevou o volume de créditos no MCP.

abrange as etapas de instituição da política e da execução e prestação de contas dos resultados da política.”

²⁰⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TC 032.981/2017-1**. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2019/05/032.981-2017-1-AC-CDE.pdf>. > Acesso em 10.set. 2019.

²⁰⁶ Ibidem.

Como consabido, no mercado de energia elétrica, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) é a entidade que exerce uma das principais atividades, qual seja, contabilizar as operações de compra e venda de energia elétrica, apurando mensalmente as diferenças entre os montantes contratados e os montantes efetivamente gerados ou consumidos pelos agentes de mercado. Para tanto, a CCEE registra os contratos firmados entre compradores e vendedores, além de medir os montantes físicos de energia movimentados pelos agentes.

Nesse sentido, as operações realizadas no âmbito da CCEE são contabilizadas e liquidadas de forma multilateral, não havendo indicação de parte e contraparte. Um agente em posição credora recebe seu crédito de todos os devedores do mercado e não de um agente devedor específico. Em contrapartida, um agente devedor efetua o pagamento a todos os credores e não especificamente a um ou outro agente credor.

Tem-se, portanto, que, no âmbito do mercado de energia elétrica, a multilateralidade das operações implica dizer que as ações de um determinado agente (sejam elas tomadas no âmbito administrativo ou judicial) sempre repercutirão na esfera dos demais agentes, ou mesmo dos consumidores.

E é em razão dessa característica do mercado, que o setor elétrico entrou em colapso, haja vista a inexistência de recursos financeiros para a integral satisfação de todos os credores beneficiados. Diante desse cenário, criou-se um rol de preferência, por meio do qual os detentores de liminares rateavam entre si os créditos disponíveis e se houvesse excedentes, estes seriam rateados entre os que não estavam protegidos por liminares.

A sistemática criada para operacionalização das decisões judiciais desnaturou a sistemática do mercado multilateral, na medida em que ele foi criado para não haver distinções entre as partes (credores e devedores). Outras decisões judiciais ainda criavam uma preferência de recebimento de crédito do jurisdicionado sobre aqueles que também detinham liminares. É o que se infere da decisão proferida pelo Desembargador Federal Souza Prudente nos autos do Agravo de Instrumento nº

1001409-04.2015.4.01.0000 interposto em face da decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 1004544-09.2015.4.01.3400/DF:

[...] quanto ao rateio dos valores dos créditos, que sejam realizados na proporção de créditos líquidos de operações efetuadas no Mercado de Curto Prazo no mesmo período de Contabilização, de forma que a parte impetrante não sofre preterimentos (inclusive em relação aos credores de curto prazo) no cálculo dos seus créditos perante outros que também conseguiram decisões liminares favoráveis, em casos similares ao objeto da lide.²⁰⁷

A situação chegou ao ponto de paralisar as operações do mercado de energia elétrica, em decorrência da inexistência de recursos suficientes para pagar todos os credores, inclusive aqueles que detinham liminares. Assim, a liquidação financeira foi suspensa de novembro de 2015 até março do ano seguinte.²⁰⁸

As tabelas a seguir²⁰⁹ ilustram o impacto financeiro nas liquidações da CCEE a partir de setembro de 2015 em face da disparidade entre os valores a receber e os valores efetivamente recebidos:

²⁰⁷ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Agravo de Instrumento nº 1001409-04.2015.4.01.0000/DF**. Rel. Des. Federal Souza Prudente. Disponível em: <<https://portal.trf1.jus.br/portaltf1/pagina-inicial.htm>>. Acesso em: 05.set.2019.

²⁰⁸ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Calendário**. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticias-opiniao/calendario e http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_214628>. Acesso em: 06. Set. 2019

²⁰⁹ CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **CALENDÁRIO CCEE**. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticias-opiniao/calendario?_afLoop=1538900804899482&_adf.ctrl-state=cm4x9ltd_14#!%40%40%3F_afLoop%3D1538900804899482%26_adf.ctrl-state%3Dcm4x9ltd_18>. Acesso em: 10.set.2019

Figura 9: Liquidação 2015

LIQUIDAÇÃO 2015 (a partir de setembro de 2015)		
Grupos	VALOR A RECEBER (R\$)	VALOR RECEBIDO (R\$)
PAGAMENTO DO REGULATÓRIO (PRT 28/15, PRT 41/15, PRT 88/14, PRT 333/15 e ACER)	1.338.480.995,84	1.338.480.995,84
AGENTES GRUPO 1 Possuem liminar para rateio conforme regra	364.720.295,09	90.721.096,76
AGENTES GRUPO 2 Possuem liminar com preferência de recebimento	5.898.436.692,31	3.021.252.963,88
AGENTES GRUPO 3 Agentes sem liminar	7.931.619.962,96	529.862.715,01

Fonte: Calendário CCEE (2015)

Figura 10: Liquidação CCEE 2016

LIQUIDAÇÃO 2016		
Grupos	VALOR A RECEBER (R\$)	VALOR RECEBIDO (R\$)
PAGAMENTO DO REGULATÓRIO (PRT 28/15, PRT 41/15, PRT 88/14, PRT 333/15 e ACER)	3.121.901.895,05	3.121.901.895,05
AGENTES GRUPO 1 Possuem liminar para rateio conforme regra	908.020.377,19	196.337.880,74
AGENTES GRUPO 2 Possuem liminar com preferência de recebimento	7.784.647.118,18	5.333.250.052,42
AGENTES GRUPO 3 Agentes sem liminar	19.072.779.561,72	524.385.753,39

Fonte: Calendário CCEE (2016)

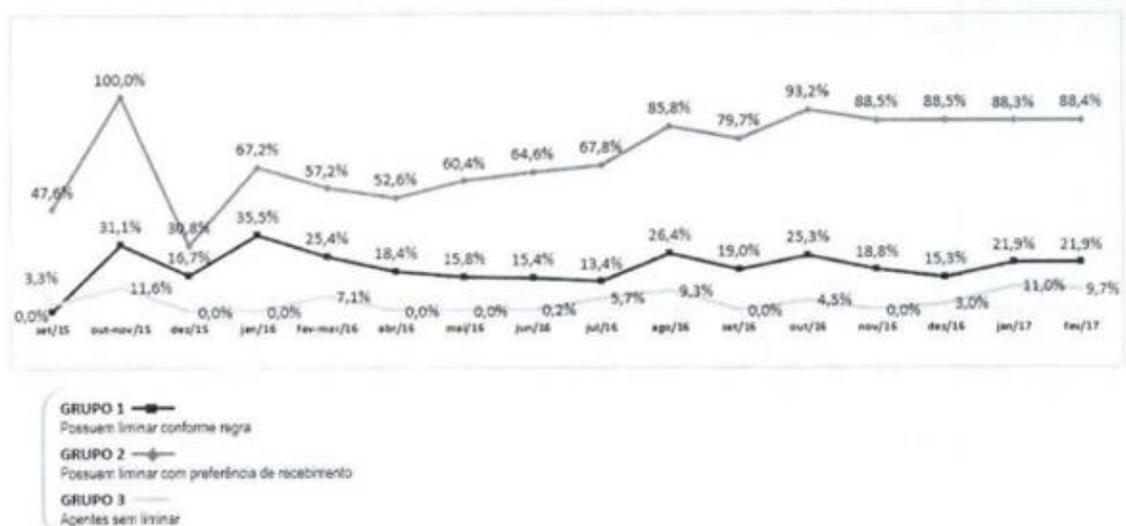
Figura 11: Liquidação 2017

LIQUIDAÇÃO 2017 (até fevereiro de 2017)		
Grupos	VALOR A RECEBER (R\$)	VALOR RECEBIDO (R\$)
PAGAMENTO DO REGULATÓRIO (PRT 28/15, PRT 41/15, PRT 88/14, PRT 333/15 e ACER)	333.757.060,64	333.757.060,64
AGENTES GRUPO 1 Possuem liminar para rateio conforme regra	97.259.756,87	21.307.741,45
AGENTES GRUPO 2 Possuem liminar com preferência de recebimento	694.289.360,41	613.341.106,49
AGENTES GRUPO 3 Agentes sem liminar	3.998.039.397,15	414.679.890,33

Fonte: Calendário CCEE (2017)

O gráfico a seguir reúne as informações das três tabelas acima e evidencia as distinções feitas entre os agentes que detinham liminar, os que tinham liminar com preferência e aqueles que não tinham liminar, afetando sobremaneira a inadimplência do setor:

Figura 12: Histórico da adimplência percebida pelos agentes



Fonte: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (2017)

3 ANÁLISE DOS ESTUDOS DE CASOS À LUZ DAS TEORIAS DA REGULAÇÃO

3.1 Da regulação pós-moderna

A juridicidade da atuação estatal depende do respeito à lei e ao Direito, destacando-se o relevante papel dos princípios jurídicos no controle da juridicidade dos atos administrativos.

Por outra banda, a afirmação da existência do princípio da supremacia abstrata do interesse público sobre o interesse privado sofre críticas na atualidade, notadamente em razão da centralidade dos direitos fundamentais e da estreita relação entre os direitos fundamentais e as finalidades públicas do Estado.

Verifica-se, outrossim, a reaproximação entre Direito e a Moral, a economia, a sociologia e outros ramos das ciências, com a crítica da concepção positivista e abstrata do ordenamento jurídico e a valorização do contexto, dos reflexos econômicos e sociais da interpretação das normas abstratas.

A atual Administração Pública é orientada pela necessidade de maior legitimidade e eficiência, o que justifica a implementação de instrumentos de democracia direta e deliberativa (ex: audiências e consultas públicas), bem como a análise do ordenamento jurídico a partir de questões extrajurídicas (ex: Análise Econômica do Direito) e a visão sistêmica do ordenamento jurídico, caracterizado pelo pluralismo.

Com o advento da Administração Pública de Resultados, direcionada à concretização dos direitos fundamentais, os dogmas e as entidades metafísicas do Direito Administrativo são relativizados em razão da desvinculação com a realidade e com a juridicidade vigente.

Por tal razão, a efetividade do ordenamento jurídico depende da maior correspondência entre as normas e os fatos, o que sugere a utilização de métodos inovadores de interpretação e aplicação do Direito.

Nesse contexto, o pragmatismo jurídico e a teoria das capacidades e dos diálogos institucionais revelam-se como instrumentos necessários na interpretação do Direito Administrativo, com ênfase nas questões práticas e as consequências futuras da interpretação jurídica.

Por sua vez, as considerações institucionais possuem a função de mudar o debate abstrato sobre a melhor interpretação dos dispositivos legais a fim de centralizar a discussão nas capacidades e nas limitações das diversas instituições no papel interpretativo, além de valorizar as consequências de sua atividade para os atos públicos e privados.

De fato, as transformações geram efeitos no tradicional debate sobre a palavra final no processo de interpretação que, no Brasil, tem sido resolvido pelo Poder Judiciário, reconhecendo a supremacia judicial no controle dos atos estatais.

Com efeito, é preciso enfatizar o diálogo institucional entre os poderes no processo de interpretação, de forma a viabilizar o controle judicial dos atos administrativos e das normas jurídicas, sem obstruir, contudo, a definição da melhores políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo, prestigiando a legitimidade democrática dos poderes e o princípio da separação de poderes.

Ressalta-se que as decisões regulatórias dependem da ponderação entre os efeitos internos e sistêmicos (jurídicos, sociais e econômicos) e os custos (econômicos e extraeconômicos) da proposta regulatória.

Com o intuito de evitar a paralisia ou a asfixia regulatória por meio de regulações excessivas, que inviabilizam a atividade econômica, bem como a ausência de regulação, com comprometimento do princípio da isonomia em um mercado cheio de falhas (*market failures*), a decisão ponderada sobre a intensidade e a qualidade da regulação depende do conhecimento prévio das peculiaridades do setor econômico e dos custos e benefícios envolvidos na escolha regulatória.

Nesse contexto, imprescindível que o processo administrativo seja aberto à participação dos atores públicos e privados, que viabilize a formulação legítima e eficiente da política regulatória.

Em contrapartida, a processualização da atividade regulatória não pode gerar o engessamento da atividade estatal, o que evidencia a necessidade de evitar formalidades desnecessárias, bem como a fixação de parâmetros que gerem celeridade no processo administrativo.

Destaca-se, nesse ponto, a Análise do Impacto Regulatório (AIR), que tem sido utilizada com relativo sucesso no Direito Comparado como relevante mecanismo processual de formulação e avaliação de políticas regulatórias.

É possível observar que o Direito Administrativo pós-moderno se fundamenta nos princípios da eficiência, da legitimidade e do controle. A eficiência relaciona-se com a valorização das finalidades públicas, que devem ser devidamente efetivadas pelo Poder Público, em detrimento das excessivas burocracias que circundam o Direito Administrativo.

No âmbito da Administração Pública gerencial ou de resultados, a eficiência é implementada por meio da avaliação de desempenho de servidores e acordos de resultados celebrados dentro e fora da esfera administrativa, bem como pela atenuação de formalidades desnecessárias.

Quanto ao reforço da legitimidade do Estado, a atividade impositiva perde espaço para a atuação consensual da Administração, com destaque para a transparência, a exemplo da Lei nº 9.784/1999 – Lei do Processo Administrativo Federal, e o protagonismo dos contratos, consórcios, convênios e outros acordos, em vez da imposição unilateral da vontade estatal por meio do ato administrativo.

Por outro lado, a Administração Pública consensual reforça a sua legitimidade ao institucionalizar mecanismos de participação e deliberação pública (ex: audiências e consultas públicas), típicos da democracia direta e deliberativa, estreitando as relações entre o Poder Público e os cidadãos.

Quanto ao controle, a Administração tem procurado reforçar os mecanismos de controle interno (ex: criação de ouvidorias e corregedorias), e a atuação administrativa submete-se ao controle externo ampliado, em razão do caráter aberto

dos princípios jurídicos, utilizados como norteadores para a análise da juridicidade da ação administrativa.

Tendo em vista a crise de legitimidade do Poder Executivo e do Poder Legislativo nas últimas décadas, o Poder Judiciário tem adquirido papel protagonista na promoção e defesa dos direitos fundamentais, com intromissão, em alguns casos, nos assuntos destinados aos demais Poderes.

O tradicional debate sobre o diálogo entre democracia, baseada na soberania popular, e o constitucionalismo, que pressupõe a limitação do Poder e a soberania da Constituição, tem sido decidido em favor do maior ativismo judicial, com fundamento em premissas abstratas e desconectadas com a realidade institucional.

As limitações institucionais do Poder Judiciário, composto por agentes não eleitos, despidos de visão sistemática e técnica dos problemas judicializados, justificam a análise crítica do ativismo judicial e a defesa do minimalismo judicial nas hipóteses em que não for possível a compreensão dos efeitos sistêmicos de suas decisões.

No campo da regulação, especialmente, questões técnicas e sistêmicas são destinadas às entidades administrativas, com agentes dotados de expertise para executar as políticas regulatórias definidas pelo Legislativo e Executivo.

Em face do melhor aparelhamento técnico e da capacidade institucional das agências reguladoras para planejamento e análise das consequências nos respectivos setores regulados, além dos efeitos em outros setores correlatos, a tendência é que o ato regulatório tenha maior aptidão que o judicial sobre a melhor decisão a ser tomada.

Para Rafael Oliveira, não se está defendendo o enfraquecimento do Judiciário, mas uma atuação judicial minimalista que se limita a adequar a atividade regulatória ao ordenamento vigente, deixando espaço para o regulador corrigir os equívocos e decidir, em última análise, o melhor caminho a ser perseguido.

3.2 Legitimação das agências reguladoras à luz da teoria da separação de poderes

O vínculo entre as teorias da regulação e o modelo de agências reguladoras modernas, e o debate sobre teorias constitucionais da democracia torna-se evidente na medida em que, enquanto corpo burocrático estatal com funções normativas, executivas e jurisdicionais, as agências reguladoras precisam ser legitimadas constitucionalmente à luz da teoria da separação dos poderes.

Com efeito, essa exigência de legitimação frente à teoria da separação dos poderes se impõe na medida em que as agências reguladoras são autorizadas pelo Parlamento a (1) editar normas, exercendo funções quase legislativas; (2) decidir conflitos, assumindo assim uma função quase que jurisdicional, ao aplicar interpretar e aplicar normas; e (3) executar leis, exercendo assim uma função quase que executiva de formulação de políticas públicas.²¹⁰

No caso do exercício de funções executivas, as agências reguladoras têm, sob o ponto de vista legal, garantia de independência decisória e podem, ao estabelecerem política públicas, contrariar interesses políticos do presidente eleito democraticamente, como previsto no modelo inicial de agências reguladoras concebido pelo *New Deal*. Nesse contexto, muitas decisões das agências reguladoras envolvem escolhas políticas traduzidas em normas editadas (“political choices that ‘make law’”), que necessitam ser legitimadas.²¹¹

A partir do momento que assumimos uma concepção liberal de política, essa exigência de legitimação da atuação das agências reguladoras torna-se cada vez mais forte, na medida em que o processo político democrático está centrado no processo eleitoral (especialmente nas eleições) como o momento da formação política da vontade dos cidadãos e imposição dos seus interesses junto à burocracia estatal centralizada na figura do presidente eleito.

Partindo-se da concepção liberal de política, duas teorias da regulação econômica podem ser destacadas dentro do debate norte-americano, quais sejam, a

²¹⁰ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: 2017.

²¹¹ Ibidem.

teoria do interesse público (normative positive theories) e as teorias da captura e da escolha pública (capture theories e public theories).

As teorias do interesse público, estabelecem um princípio normativo balizador da atividade da burocracia do Estado, segundo o qual a atuação do Estado deve realizar o interesse público. De acordo com essa teoria, a regulação econômica das agências reguladoras é determinada pelo fato de serem compostas por um corpo de tecnocratas especializados com função de regular e corrigir falhas de mercado. Sob esse viés, a ideia de independência decisória está centrada na concepção de que a regulação de mercados deveria ser realizada por experts e de forma apolítica.²¹²

Para essa teoria, o momento da Política está centrado no processo eleitoral, e as escolhas políticas são feitas pelo Parlamento eleito e pelo Presidente eleito. A política pública é formulada pelo Parlamento eleito, enquanto órgão colegiado que vota leis, democraticamente legitimadas pelo processo eleitoral. E o Presidente eleito executa tais leis, com certo grau de discricionariedade para fazer escolhas sobre políticas, também democraticamente legitimadas pelo processo eleitoral. Dessa forma, os agentes públicos que compõe as agências reguladoras apenas formulariam normas técnicas e decidiriam consoante juízos técnicos, balizados pela lógica econômica de correção de falhas de mercado, a qual seria a principal justificativa para a regulação da Economia, legitimada pelo princípio normativo de que essa intervenção visa atingir o interesse público.²¹³

Na perspectiva da teoria o interesse público, o controle da atuação das agências reguladoras é realizado essencialmente pelo Poder Judiciário, que tem a missão de aplicar o referido princípio normativo, revendo as normas editadas e as decisões tomadas pelas agências, ou seja, o Judiciário exerce o controle do conteúdo da regulação econômica, segundo juízos de valor arbitrados pelo princípio regulador da realização do interesse público, sendo que nessa função o magistrado também se porta como um técnico apolítico. Nas palavras de Mattos:

Trata-se de um controle dos fins previsto em lei, considerando o conteúdo da norma a ser editada pelo órgão julgador, dos meios

²¹² MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: 2017, p. 34

²¹³ Ibidem.

previstos para atingir tais fins, além do controle no que se refere à adequação formal dos procedimentos adotados para edição da norma.²¹⁴

Também adotando uma visão liberal da política, os economistas de Chicago e da Escola de Virgínia, inspirados especialmente pelos trabalhos de Anthony Downs (*An economic Theory of Democracy*) e Macur Olson (*The Logic of Collective Action*), formularam, no contexto das teorias da regulação econômica, as teorias da captura (*capture theories*) ou teorias da escolha pública (*public choice*). Para o escopo do presente estudo, será realizada a análise apenas da teoria da captura, sob o enfoque de uma teoria da regulação econômica.

O principal trabalho da Escola de Chicago que marca o debate norte-americano sobre regulação econômica por meio de agências reguladoras independentes é o *“The Theory of Economic Regulation”* de George Stigler, de 1971. Nessa obra, Stigler utiliza dois outros textos da Escola de Chicago, qual seja, *“Competition And Democracy”*, de Gary Becker, e *“Why Regulate Utilities?”*, de Harold Demsetz.

Nesse viés, Demsetz parte da ideia de que a regulação de mercados é necessária para a correção de falhas de mercado. O referido Autor acredita que a competição no livre mercado disciplina de forma mais eficiente a Economia do que a regulação estatal.²¹⁵ Tal afirmação possui relação com a proposição de Becker, segunda a qual “se as falhas de governo forem maiores do que as falhas de mercado é melhor não regular”²¹⁶. Becker acredita que o processo político pode contaminar as decisões internas das agências reguladoras, na medida em que grupos de interesse – congressistas e lobbies coordenados pelos grandes grupos econômicos que financiam campanhas eleitorais – pressionam a burocracia estatal para obter vantagens competitivas no mercado econômico (grupos econômicos) e no mercado político (congressistas).²¹⁷

²¹⁴ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: 2017, p. 169

²¹⁵ DEMSETZ, Harold. **“Why Regulate Utilities?”**. *Journal of Law and Economics* 11, 1968.

²¹⁶ BECKER, G. S. *“Competition and Democracy”*. *Journal of Law and Economics* 1, 1958, p.105

²¹⁷ *Ibidem*, p. 105-109

Resumindo o entendimento de Stigler, Mattos destaca:

Assim, para Stigler, o conteúdo da regulação econômica nasce capturado pelos grupos de interesse que venceram a disputa na barganha por regulação ao longo do processo decisório interno às agências. Nessa perspectiva, as agências reguladoras independentes não seriam, portanto, por princípio, independentes. E os conselheiros que compõem as agências não seriam tecnocratas apolíticos. Seriam, pelo contrário, membros de uma burocracia estatal inserida no jogo de relações políticas entre Congresso e Presidência da República e, em último grau, suscetíveis ao processo eleitoral que – em função dos mecanismos de financiamento das campanhas eleitorais – é fortemente influenciado pelos grupos econômicos que atuam no mercado.²¹⁸

Assim, no entendimento de Stigler, as agências regulam segundo interesses privados, sob a justificativa formal de que o conteúdo da regulação adotada atende aos fins coletivos. Assim, de acordo com a teoria de Stigler, não há que se falar em interesse público como finalidade da regulação econômica.²¹⁹

3.3 Análise Econômica do Direito (AED) e o Princípio da Eficiência

O Direito e a Economia possuem íntima relação quando se depara com a necessidade de consideração dos aspectos econômicos no processo de elaboração e de aplicação das normas jurídicas. De fato, essa forte interrelação de disciplinas é objeto de estudos dos autores que integram o movimento Law&Economics, com destaque para os trabalhos de Ronald Coase, Guido Calabresi, Trimarcchi, Gary Becker, Richard Posner, Henry Manne, entre outros.²²⁰

De acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais, sendo que o Direito influencia a Economia. Diante desta lógica, as normas jurídicas serão eficientes quando forem formuladas e aplicadas levando em consideração as consequências econômicas.

²¹⁸ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: 2017, p. 171

²¹⁹ STIGLER, George. The Economic Theory of Regulation. The Bell Journal of Economics, 1971, vol. 2. p. 6.

²²⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 35

A promoção e a defesa dos direitos fundamentais dependem, necessariamente, de recursos financeiros, mesmo aqueles denominados de primeira geração (direitos civis e políticos) possuem custos que devem ser considerados pelo Poder Público, haja vista que os recursos orçamentários são escassos e as demandas sociais são infinitas.²²¹

A ênfase nas consequências da interpretação jurídica enseja a crescente correspondência entre a norma e a realidade, afastando promessas legislativas utópicas que não levam em consideração a realidade econômica em que será aplicada.

A Análise Econômica do Direito possui duas acepções distintas. A primeira delas é a **positiva**, segunda a qual é realizada uma análise dos efeitos das normas jurídicas sobre o comportamento dos agentes econômicos, a exemplo dos impactos das normas que estabelecem a divisão de riscos em contratos administrativos ou que consagram a regra da responsabilidade objetiva. A segunda é a **normativa**, segunda a qual recomenda a elaboração de políticas públicas e de normas que produzam melhores resultados econômicos, a exemplo da escolha em regular ou não determinado mercado. Assim, enquanto que a primeira acepção (positiva) cuida de responder à indagação de como os comportamentos dos indivíduos e das instituições são afetados pelas normas jurídicas, a segunda acepção (normativa) investiga as melhores normas de bem-estar social.²²²

Vale ressaltar que existem interpretações distintas da AED (Escola de Chicago, Escola da Public Choice, institucionalistas, neo-institucionalistas, Movimento dos Estudos Críticos, etc), porém é possível apontar alguns elementos em comum a todas essas vertentes, a saber: a) o ser humano, em ambiente de recursos escassos, escolhe racionalmente aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação, comparando os custos e os benefícios (econômicos e sociais) das diferentes alternativas decisórias (análise consequencialista); b) no processo de

²²¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The costs of rights : why Liberty dependson Taxes*. Nova York, 1999; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos do Direito: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.155.

²²² PINHEIRO, Arnaldo Castelar. SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro, Elsevier, p. 89.

maximização da sua utilidade, as pessoas reagem a incentivos que recebem do ambiente em que vivem e trabalham, incluindo o sistema de preços; c) as regras moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas e, portanto, influenciam nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento, etc.²²³

O principal objetivo da AED é promover a eficiência do Direito. Sob essa ótica, existem dois critérios que garantem a eficiência na circulação de riquezas: **a) eficiência de Pareto (“ótimo de Pareto”)**, segunda a qual a medida é eficiente quando melhorar a situação de determinada pessoa sem piorar a situação de outrem, ideia que, atualmente, é de difícil aplicação concreta, visto que desconsidera as externalidades negativas cada vez maiores na sociedade moderna e **b) eficiência de Kaldor-Hicks**, segundo a qual as normas devem ser desenhadas para produzir o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas.

O princípio da eficiência foi inserido no art. 37 da Constituição Federal, por meio da EC n. 19/1998. A necessidade de eficiência na atuação administrativa também é mencionada em outras passagens do texto constitucional, a saber: a) os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem instituir e manter sistema de controle interno com a finalidade de “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado” (art. 74, II, da CF/88); b) a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública devem ser disciplinados pela legislação, com o objetivo de garantir a eficiência (art. 144, §7º, da CF/88). Da mesma forma, o princípio tem previsão no art. 2º da Lei nº 9.784/1999.

A ideia da eficiência está diretamente relacionada com a necessidade de obter os resultados elencados pelo texto constitucional com maior celeridade possível. Os agentes públicos possuem o dever-poder de desempenhar a função pública de forma eficiente, objetivando satisfazer as necessidades da sociedade. Nesse ponto, pode ser destacado o art. 5º, LXXVIII, da CF/88, inserida pela EC n. 45/2004, que garante

²²³ Ibidem, p. 41 e ss

às pessoas, no âmbito judicial e administrativo, a duração razoável do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

No âmbito da chamada “Administração de Resultados”, a interpretação e a aplicação do Direito não podem se afastar das consequências geradas pelas escolhas que são efetivadas pelas autoridades estatais. Sem deixar de lado algumas formalidades indispensáveis à legitimidade estatal, o Direito passa a se preocupar preponderantemente com os resultados impostos pelo texto constitucional.²²⁴

Na esfera da “Administração de Resultados”, Pasquale D’Angiolillo afirma que a observância ortodoxa da norma não é capaz de assegurar a legitimidade da decisão administrativa, sendo necessário o respeito ao princípio do “*buon andamento*”, por meio da utilização dos melhores meios disponíveis (eficiência) e maior satisfação das demandas sociais (eficácia).²²⁵

A concretização dos resultados deve ser realizada por meio do processo político-participativo: **a) planejamento:** planos de ação, orçamento e prioridades, com destaque para participação da população por meio de audiências e consultas públicas; **b) execução:** medidas concretas para satisfação de resultados previamente delimitados e; **c) controle:** os órgãos controladores não devem se restringir à legalidade formal na análise da juridicidade da ação administrativa, devendo levar em consideração os demais princípios e o alcance dos resultados esperados.

Assim, o resultado destaca-se como um novo paradigma do Direito Administrativo, tendo a legitimidade da ação estatal se consolidado não apenas como o respeito aos procedimentos formais, mas principalmente, ao alcance dos resultados previstos no texto constitucional.

Vale ressaltar, entretanto, que a eficiência não deve ser analisada apenas sob o prisma econômico, pois o Estado deve considerar outros aspectos igualmente relevantes que norteiam sua atuação, a saber: a qualidade do serviço ou do bem, a durabilidade, confiabilidade, universalização do serviço, etc.

²²⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2. Ed. São Paulo: Método, 2013, p.112-122.

²²⁵, p. 39-40.

Isto é, nem sempre a medida mais barata é a mais eficiente, de modo que a medida administrativa será eficiente quando implementada, com maior intensidade e com os menores custos possíveis, os resultados constitucionalmente previstos.²²⁶

3.4 Democracia deliberativa e legitimidade

Atualmente, o perfil do Estado tem sofrido profundas transformações, com a diminuição do seu tamanho e a transferência de atividade ao setor privado. Ao invés de prestador direto de prestações à sociedade, o Estado tem fomentado parcerias com o mercado e com a sociedade civil. Nessa senda, o Estado assume o papel de regulador dos serviços públicos concedidos à iniciativa privada e das atividades econômicas. A mão invisível do mercado é substituída pela mão visível do Estado que, no exercício da atividade regulatória complexa, pretende garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

A regulação, contudo, tem suscitado novos desafios, com destaque para a legitimidade da intensidade e dos mecanismos de intervenção regulatória. Algumas questões tem tido destaque, como a razoabilidade da regulação, evitando excessos que dificultam o exercício da atividade econômica ou omissões que favoreçam empresas em detrimento dos usuários/consumidores; a viabilidade de edição de normas regulatórias por agências reguladoras sem violação ao princípio da legalidade, a despolitização da regulação e o caráter técnico das decisões regulatórias.

Importa destacar que não há consenso acerca da definição do termo “legitimidade”. Contudo, a doutrina aponta ao menos duas concepções para o termo em questão, a saber: a) expressa a ideia de fundamentação normativa do poder estatal (“legitimidade propriamente dita”) e b) significa os meios utilizados pelas autoridades constituídas para alcançar o consenso ou a aceitação social (legitimação).²²⁷ Em uma acepção abrangente, Simone Goyard-Fabre aduz que a legitimidade “constitui uma proteção contra o capricho ou a anarquia, contra a

²²⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.77.

²²⁷ DINIZ, Antônio Carlos. **Teoria da legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna**. São Paulo: Landy, 2006, p. 30

arbitrariedade ou a insensatez”.²²⁸ Com efeito, a justificação da ordem jurídica do Estado relaciona-se com a dicotomia legalidade e legitimidade ou validade e justiça.

Sob o enfoque da Sociologia, Max Weber apontou três modelos históricos de legitimidade: a) legitimidade racional-legal: resultante do cumprimento das regras e dos procedimentos legais (dominação legal); b) a tradicional: baseada na crença das tradições, dos costumes e do sagrado (dominação tradicional); e c) a carismática: fundada na crença, confiança ou fascínio na personalidade, carisma ou no heroísmo de uma pessoa (dominação carismática).²²⁹

Guglielmo Ferrero, na clássica obra *Poder: os gênios invisíveis da cidade*, contesta a legitimidade racional e sua identificação com a legalidade. Após apresentar quatro princípios que justificariam o acesso e permanência no poder (hereditário, eletivo, aristomonárquico e democrático), Ferrero afirma que nenhum governo nasce legítimo, já que a legitimidade dependeria do decurso do tempo e da aceitação, e obediência da população.²³⁰ Em síntese, Ferrero pretendeu demonstrar que a legitimidade é um princípio político (e não jurídico).

Norberto Bobbio, por sua vez, ao tratar da fundamentação do poder, entende a legitimidade como uma forma de evitar um governo baseado exclusivamente na força. O poder político deve ter uma justificação ética, o que implica a formulação dos denominados “princípios de legitimidade”, divididos em três categorias: a vontade, a natureza e a história.²³¹

A primeira categoria diz respeito à existência de uma vontade superior: os governantes podem receber o poder de uma autoridade divina ou do povo. Quanto à segunda categoria, a natureza é o instrumento de legitimidade do poder. Os jusnaturalistas modernos, adeptos dessa visão racional, identificam as leis naturais como as leis da razão. Por derradeiro, a terceira categoria fundamenta o poder estatal

²²⁸ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.273.

²²⁹ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. V. I.4.ed.Brasília: UnB, 2004, p.141.

²³⁰ GOYARD-FABRE, Simone. Op. Cit. p. 287.

²³¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. 11. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 87.

ora na tradição histórica, em que o soberano legítimo seria “aquele que exerce o poder desde tempo imemorial”, ora no uso prolongado da força (“prescrição histórica”).²³²

Após enunciar os princípios da legitimidade, Bobbio demonstra que a legitimidade está estreitamente vinculada à ideia de obrigação política, na medida em que apenas existiria dever de obediência ao poder legítimo, sendo consagrado um direito de desobediência (resistência) ao poder ilegítimo.²³³

Charles Eisenmann, desvinculando a legitimidade da legalidade, afirma que, sob o aspecto jurídico, a legitimidade passa por um acordo com determinado ordenamento normativo, mas não se pode resumir a essa relação, sob pena de se consagrar uma legitimidade meramente formalista.²³⁴

Outro estudo paradigmático sobre o assunto encontra-se na obra *Legalidade e Legitimidade*, de Carl Schmitt. Ao escrever sobre a legitimidade de uma constituição, o autor, em contraposição aos ensinamentos de Hans Kelsen, afirma que a legitimidade do texto constitucional não depende de sua criação em conformidade com as leis vigentes naquele período. O poder constituinte, para o Autor, no momento da elaboração da Constituição, teria a liberdade de estabelecer a disciplina normativa e a organização política do Estado. Historicamente, para Carl Schmitt, seriam admissíveis apenas duas modalidades de legitimidade: a dinástica, apoiada na autoridade do rei, e a democrática, sustentada na vontade do povo.²³⁵

A legitimidade da atuação estatal para Carl Schmitt está no poder do Estado de decidir, inclusive em períodos de crises, ocasiões em que seria permitido adotar decisões *contra legem*. Esse poder decisório que legitima o Estado, mesmo em contradição ao conteúdo expresso da lei, decorre da necessidade de continuidade da comunidade política, de modo que não haveria identidade entre os conceitos de legalidade e legitimidade.²³⁶

²³² Ibidem, p. 88-96

²³³ Ibidem.

²³⁴ EISENMANN, Charles. *La légitimité juridique des gouvernements*. La légitimité. Paris : PUF, 1967, p.123

²³⁵ SCHMITT, Carl. *Legalidad e legitimidad*. Madri: Aguilar, 1971.

²³⁶ Ibidem.

A partir das últimas décadas do Século XX, com o surgimento da fase pós-positivista, as Constituições passaram a acentuar a “hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”²³⁷

Assim, os princípios constitucionais são responsáveis pela aproximação do Direito e a Moral, e passam a ser identificados com a ideia de “reserva de justiça”.²³⁸ Devidamente reconhecida a sua normatividade, passam a ocupar lugar de destaque nos textos das Constituições Modernas e no próprio debate jusfilosófico contemporâneo.

Ronald Dworkin, um dos representantes da linha não positivista, após criticar o normativismo de Hart, afirma que o sistema jurídico não é formado apenas por regras, mas também por princípios e políticas. Em sentido amplo, “princípios” abrange os princípios em stricto sensu e diretrizes políticas, de modo que, em caso de colisão, aqueles prevalecem sobre estas últimas. Enquanto os princípios consagram uma exigência de justiça ou outra dimensão de moralidade, as políticas estabelecem objetivos a serem atingidos, a fim de aperfeiçoar algum aspecto econômico, político ou social da sociedade.²³⁹

Dworkin ainda cria a figura do juiz Hércules, dotado de “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” para rejeitar a ideia de identificação dos princípios por meio de uma regra de reconhecimento. Esse juiz ideal conhece todos os princípios vigentes e é capaz de encontrar a única decisão correta para os “hard cases”. Assim, o magistrado, ao identificar, de forma racional, os princípios, desempenha um papel de reconstrução da ordem jurídica.²⁴⁰

²³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.264.

²³⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 29-30.

²³⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36-42

²⁴⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: renovar, 2002, p. 236-237

Nesse ponto, Habermas, ao mencionar a teoria de Dworkin, afirma que o papel do juiz (Hércules) é de reconstruir o direito vigente, enquanto que o papel do legislador é de contruí-lo.²⁴¹

Para Dworkin, o Estado de Direito é caracterizado pelos princípios da igualdade e da integridade, este último considerado pela necessidade de interpretar o sistema jurídico como um todo e de forma coerente.²⁴²

Robert Alexy, da mesma forma que Dworkin, defende a normatividade dos princípios, que não se confundiriam com as regras. A diferença estaria na ideia de que os princípios são “mandatos de otimização”, enquanto as regras são compreendidas como “mandatos definitivos”. Dessa maneira, ao contrário das regras, os princípios ordenam algo que pode ser realizado na maior medida possível, o que depende das possibilidades fáticas e jurídicas do contexto analisado. O eventual conflito entre princípios deve ser resolvido pela ponderação.²⁴³

Entretanto, Alexy estabelece uma crítica fundamental à ideia de Dworkin, segundo a qual a atividade complexa da ponderação poderia ser resolvida monoliticamente por um juiz ideal, sem qualquer procedimento específico. Aléxy afasta a possibilidade de se estabelecer uma teoria moral material, uma vez que somente seria viável a concepção procedimental de moral com o estabelecimento de um sistema de condições de prioridades e de estruturas de ponderação.²⁴⁴

É no campo da ponderação que Robert Alexy estabelece a sua teoria da argumentação jurídica, como uma espécie de discurso prático geral.²⁴⁵ A validade do argumento só pode ser alcançada após um processo argumentativo baseado em um sistema de regras procedimentais (monológicas e dialógicas) para garantir a

²⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.264.

²⁴² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36-42

²⁴³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

²⁴⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. Cit. p. 252 e ss.

²⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. Ed. São Paulo: Landy, 2005p. 210.

racionalidade da argumentação. Pode-se dizer, portanto, que o Direito seria na visão de Alexy, um sistema de regras, princípios e procedimentos.²⁴⁶

A complexidade e o pluralismo das sociedades contemporâneas ressaltam a insuficiência das teorias monológicas e elitistas de legitimação do Estado. De fato, a redução do processo democrático ao momento eletivo, desconsidera o dinamismo da sociedade moderna.

Ademais, a pluralidade de visões religiosas e morais, bem como de interesses, eventualmente, conflitantes entre si, que devem ser protegidos pelo Estado, evidencia a necessidade de justificação das decisões públicas em um ambiente democrático.

Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, a “tendência contemporânea da teoria democrática é a de valorizar o momento comunicativo e dialógico que se instaura quando governantes e cidadãos procuram justificar seus pontos de vista sobre as questões de interesse público”.²⁴⁷

Em suma, mesmo que existam várias acepções para a “legitimidade”, é possível aferir que atualmente a legitimidade tem sido compreendida a partir dos pontos de contato entre a atuação estatal e as aspirações da sociedade, de forma que a deliberação pública constitui um instrumento relevante para reformar a legitimidade estatal.

3.5 Democracia deliberativa no Direito Administrativo Contemporâneo

No atualconjuntura de evolução do Direito Administrativo, o Estado deve instaurar procedimentos que permitam a deliberação pública, com a troca racional e motivada de opiniões. Ao invés da imposição da vontade estatal, a democracia deliberativa exige que a decisão pública seja aceita não apenas por aqueles que votaram em seus governantes, mas também por todos os demais que serão afetados por seus termos.

²⁴⁶ Ibidem, p. 210 e ss

²⁴⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: renovar, 2006, p. 86.

Importante salientar que a democracia deliberativa não gera a extinção ou superação da democracia representativa, visto que os cidadãos não possuem tempo para dedicação total á vida pública, desconsiderando seus interesses privados.²⁴⁸

Por certo, o objetivo principal do debate público é garantir a maior aceitação, pela minoria, das razões expostas pela maioria. A exposição pública das razões, que podem ser criticadas pelos demais participantes do debate, exige do interlocutor maior esforço argumentativo na tarefa árdua do convencimento, conferindo maior legitimidade ao ato.

Durante o século XX, o modelo decisionista ou “agregativo-elitista” da democracia, defendido por Joseph Schumpeter, Anthony Dows, dentre outros, influenciados pelos ideais de Max Weber, concedia a política como um processo de afirmação da vontade da maioria ou de agregação de valores individuais, sem qualquer debate argumentativo. A complexidade administrativa em conjunto com o desinteresse dos cidadãos pela política, que preferem a busca de realizações pessoais com o menor custo possível justificariam a delegação de poderes às elites governantes no momento das eleições.²⁴⁹

De acordo o modelo proposto por Dows, a política pauta seu funcionamento na lógica de mercado (teoria econômica da democracia), de modo que o eleitor equipara-se ao consumidor racional que faz suas escolhas pautado em aumentar benefícios pessoais com o menor custo possível, enquanto que os partidos e governantes atuam para manter seus poderes.²⁵⁰

Na segunda metade do século XX, o modelo argumentativo de deliberação ou “democrático-deliberativo” de John Rawls e Jurgen Habermas ganham força, por meio do qual é enfatizada a necessidade de discussão e justificativa das decisões públicas, bem como da prestação de contas (accountability).²⁵¹

²⁴⁸ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 184

²⁴⁹ DOWS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. São Paulo: Edusp, 1999, p.98-123

²⁵⁰ Ibidem.

²⁵¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: renovar, 2006, p. 90-95

Nada obstante, no início do século XX, John Dewey já havia antecipado algumas ideias sobre a democracia deliberativa ao sustentar que a democracia pressupõe a participação ativa do indivíduo para constituição da noção de comunidade.²⁵²

Outrossim, a ênfase na justificação é devidamente demonstrada por Joshua Cohen, quando afirma: “The deliberative conception of democracy is organized around the ideal of political justification. According to this ideal, to justify the exercise of collective political power is to proceed on the basis of a free public reasoning among equals.”²⁵³ Nesse contexto, a democracia deliberativa nada mais é do que uma estrutura social e institucional que facilita a discussão livre entre cidadãos iguais e submete a autorização para o exercício do poder a essa discussão.²⁵⁴

Nesse diapasão, as ideias da democracia deliberativa têm sido institucionalizadas no Direito Administrativo contemporâneo, gerando importantes mudanças no cenário das ações estatais.

Com efeito, a concepção substancial de democracia deliberativa parece ser a que mais se adequa ao ordenamento brasileiro, tendo em vista as desigualdades sociais e a ausência de garantias efetivas de liberdades básicas dos cidadãos, além da consagração constitucional de direitos fundamentais como parâmetros substantivos para a adoção de políticas públicas.²⁵⁵

A influência da democracia deliberativa sobre o Direito Administrativo alavancou a tendência da processualização da atividade administrativa com a consagração de instrumento de participação do cidadão na formulação e no controle da decisão administrativa.

Conseqüentemente, a Administração Pública passa a atuar de forma mais concertada com os interesses da sociedade, evitando o uso da coerção e prestigiando

²⁵² DEWEY, John. *The Public e its Problems*. Chicago. Swallow, 1954, p. 143-184

²⁵³ COHEN, Joshua. **Procedure and Substance in Deliberative Democracy**. In: BOHMAN, James; REHG, William (orgs.). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge : MIT, 1997, p. 412.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 67

²⁵⁵ O modelo substantivo de democracia deliberativa foi defendido por John Rawls, e enfatiza a razão pública, com a fixação de regras de argumentação e princípios substantivos de justiça.

o uso do consenso, da participação dos administrados nas decisões públicas. Nas palavras de David Duarte, os “canais participativos” servem para a solução negociada dos conflitos de interesses.²⁵⁶

A essa altura, o chamado “princípio da supremacia do interesse público dá lugar à necessidade de ponderação dos interesses envolvidos na atuação administrativa, seja pelo fato de existirem diversos “interesses públicos”, seja pelo fato de a Constituição Federal consagrar direitos fundamentais que devem ser promovidos e respeitados pelo Estado. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ocorre a “passagem de uma viciosa relação de supremacia a uma virtuosa relação de ponderação”.²⁵⁷

Ao invés de impor unilateralmente a sua vontade aos particulares, a Administração Pública deve prestigiar a busca do diálogo com os destinatários da decisão administrativa. Trata-se da substituição de uma “administração autoritária” por uma “administração consensual”. Nesse contexto, a Administração Pública abandona os atos unilaterais de imposição e começa a utilizar instrumentos consensuais, como os contratos, para a satisfação das necessidades públicas, surgindo uma administração negociada (ou contratual), por meio da qual os acordos substituem os tradicionais atos administrativos unilaterais de autoridade.²⁵⁸

Com a chegada do “Estado Pluriclasse”, o atendimento do pluralismo de interesses pelo Estado deve ser compatibilizado por meio das técnicas de ponderação, como também a partir da participação ativa dos destinatários das ações estatais.²⁵⁹

No âmbito do direito administrativo, a participação do cidadão na atuação administrativa é a forma de concretizar o princípio do Estado Democrático de Direito, a partir de uma legitimidade renovada à Administração. Por certo, o processo

²⁵⁶ DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra: Almedina, 1996, p.113

²⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos consensuais da ação administrativa**. Revista de Direito Administrativo. V. 231, p. 142, jan-mar.2003

²⁵⁸ GIANNINI, Massimo Severo. **Derecho administrativo**, v. I, Madri: MAP, 1991, p. 76 e ss.

²⁵⁹ ORTEGA, Luiz; SIERRA, Susana de la. **Ponderación y Derecho administrativo**. Madri: Marcial Pons, 2009; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. **La ponderación de intereses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

administrativo, como ambiente de diálogo entre a Administração e o particular, autoriza a melhor composição de interesses públicos e privados, eventualmente conflitantes.²⁶⁰

No Brasil, o “princípio da participação” está inserido na Cláusula do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88). No âmbito infraconstitucional, diversos diplomas legais estabelecem a participação do cidadão na tomada da decisão pública, sendo oportuno mencionar os seguintes exemplos: a) art. 39 da lei nº 8.666/1993: exige a realização de audiência pública para licitações de grande vulto econômico; b) Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade): consagra diversos instrumentos de participação administrativa, tais como: audiência pública, inclusive na elaboração do Plano Diretor (art. 2º, XIII; art. 40, §4º), bem como a gestão orçamentária participativa como instrumento de política urbana, mediante debates, audiências e consultas públicas (art. 4º, III, f, e art. 44); c) Lei nº 11.079/2004 (Parcerias Público-Privadas): consulta pública para análise da minuta do edital de licitação e do contrato de concessão (art. 10, inciso VI); d) Agências Reguladoras: as leis que as instituíram procuram estabelecer instrumentos de participação do cidadão na regulação do respectivo setor, de forma a reforçar a legitimação democrática da regulação (art. 4º, §3º, da Lei nº 9.427/1996, Aneel; arts. 3º X e XI; 89, II, da lei nº 9.472/1997, Anatel; art. 19 da Lei nº 9.478/1997, ANP, etc).²⁶¹

Entretanto, a disseminação da participação administrativa ainda encontra nos dias atuais alguns obstáculos institucionais, como a ausência de obrigatoriedade de sua implementação (ex: arts. 31 e 32 da lei nº 9.784/1999), como também a reduzida presença de participantes em audiências públicas e a ausência de ampla divulgação dos procedimentos e resultados.²⁶²

Em pesquisa realizada nos anos 2011/2012, o Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada (IPEA) investigou o “Potencial de Efetividade das Audiências Públicas do Governo Federal”, tendo apurado que, no período de 2004 a 2009, 105

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 77

²⁶² Ibidem, p.78

programas do governo federal registraram 203 ocorrências de audiências públicas (118 delas decorrentes de imposição legal ou regulamentar).²⁶³

A partir desses dados, é possível constatar que a maioria das audiências públicas realizadas no período em comento foi realizada em razão de imposição legal ou regulamentar, demonstrando que ainda não há uma cultura de participação disseminada no país.

No âmbito do Direito Regulatório, os instrumentos de deliberação pública ganham ainda mais relevância, haja vista a necessidade de maior legitimidade para os atos regulatórios editados pelas agências reguladoras.

3.6 Controle judicial dos atos regulatórios

3.6.1 Teorias da regulação de Richard Posner

O controle judicial dos atos regulatórios tem passado por importantes mudanças, tendo em vista o crescimento do ativismo judicial nos últimos anos, impulsionado pelo pós-positivismo, que reconhece o caráter normativo dos princípios e destaca o papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais.

O presente trabalho não analisa o tema sobre o prisma da possibilidade de o Judiciário controlar atos regulatórios, mas saber qual a intensidade desse controle, em face das questões pragmáticas e dos atos institucionais envolvidos.

No contexto brasileiro, os tribunais têm exercido o papel de protagonistas no controle da juridicidade dos atos estatais. O ativismo judicial tem sido a resposta contra a crise da democracia representativa e pelo importante papel do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais.

Com efeito, a interpretação jurídica tradicional é baseada em conceitos abstratos, com pretensão de universalização, e princípios morais complexos, que desconsideram as questões práticas e a realidade regulatória.

²⁶³ FONSECA, Igor Ferraz et al. **Potencial de efetividade das audiências públicas do Governo Federal**. Relatório de Pesquisa. Brasília: Ipea, 2013, p. 19-21.

O pragmatismo de Richard Posner rejeita a possibilidade de estabelecer a verdade a partir de proposições metafísicas a priori, atribuindo apenas valor psicológico ou estético à metafísica. Nesse caso, ressalta-se que o pragmatismo apoia-se em três pilares, a saber: **a) antifundacionismo**: rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no Direito, imunes às transformações sociais; **b) contextualismo**: a interpretação jurídica é norteada por questões práticas e o Direito é visto como prática social; e **c) consequencialismo**: as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas.²⁶⁴

Importante destacar que o pragmatismo não gera a desconsideração das normas jurídicas, porém exige a ponderação das consequências da aplicação das referidas normas nos casos colocados perante o Judiciário. Isto é, a aplicação de determinada norma jurídica dependerá das suas consequências no contexto analisado.

Ao refutar dogmas e ponderar as consequências, o pragmatismo torna-se importante instrumento de interpretação e aplicação do Direito em ordenamentos jurídicos democráticos. Contudo, o pragmatismo defendido por Posner pressupõe que os magistrados detêm capacidades absolutas (quase divinas) para avaliar as consequências sistêmicas e não apenas o caso concreto, negligenciando as limitações institucionais do Judiciário.²⁶⁵

Assim, a maior ou menor interferência do Poder Judiciário nos atos emanados pelo Legislativo e Executivo dependerá da aptidão institucional desse Poder, haja vista que não se pode ignorar a limitação racional do juiz na obtenção e processamento das informações necessárias ao julgamento dos casos complexos.²⁶⁶

Nesse ponto, tendo em vista as limitações institucionais do Poder Judiciário no que tange à compreensão de determinadas questões técnicas e das

²⁶⁴ POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p.5-6

²⁶⁵ POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Op. Cit., p.59

²⁶⁶ VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty. Theory of Legal Interpretation*. Cambridge : harvard University Press, 2006, p. 16-17

consequências sistêmicas de suas decisões, é recomendável que as intervenções judiciais sejam mínimas.

Exemplificando esse posicionamento, no caso *Chevron v. NRDC*, a Suprema Corte americana decidiu pela deferência judicial em relação às interpretações conferidas pelas agências às normas legais quando forem razoáveis e não contrariarem manifestadamente o ordenamento jurídico.²⁶⁷ Ou seja, as decisões emanadas pelas agências regulatórias devem ser preservadas, exceto na hipótese de erro evidente.

Com efeito, o caso em comento pode ser analisado tanto sob o prisma teórico (ex: separação de poderes) como institucional. Sob esse último ponto de vista, as agências estariam em melhores condições para tomar decisões regulatórias, considerando a sua competência técnica especializada e da prestação de contas a que se submetem.

No contexto brasileiro, entretanto, a realidade é outra. O Supremo Tribunal Federal tem exercido papel protagonista, especialmente pela crescente judicialização de questões políticas, bem como pela Reforma do Judiciário, implementada pela EC nº/2004, que ampliou demasiadamente a concentração de Poderes na Corte, notadamente com a instituição da Súmula Vinculante no âmbito do STF (art. 103-A da CF/88).

O diagnóstico do protagonismo crescente do STF é apresentado por Oscar Vilhena como o fenômeno da “Supremocracia”, que ressalta a supremacia da Corte em relação aos demais órgãos jurisdicionais e aos demais Poderes. Entre as possíveis soluções propostas pelo Autor, está a redução das competências do STF e a qualificação do processo deliberativo.²⁶⁸

Gustavo Sampaio, da mesma forma, ao realizar uma análise institucional, afirma que em face do excessivo alargamento da intervenção do STF em questões políticas/regulatórias, não é suficiente, sob o prisma democrático, o modelo de

²⁶⁷ *Chevron U.S.A.Inc.v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S.837 (1984)

²⁶⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Filosofia e Teoria Constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 487

indicação executiva seguida de chancela senatorial para investidura na cúpula do Judiciário Nacional.²⁶⁹

O debate sobre a legitimidade e os limites do controle judicial das ações e omissões legislativas e administrativas tem sido centralizado, todavia, em questões ideológicas sobre a separação de poderes, do mérito administrativo, e de outras abstrações.²⁷⁰

A evolução do controle judicial sobre a discricionariedade administrativa demonstra a crescente intensificação da análise judicial sobre os atos dos demais Poderes. A partir desse ponto, nascem várias teorias que procuram explicar e legitimar o controle judicial da atividade estatal, com destaque para as três teorias arroladas a seguir.

Em primeiro lugar, a **teoria do desvio do poder (détournement de pouvoir) ou Desvio de Finalidade**, admite que o Judiciário invalide ato administrativo em desacordo com a finalidade da norma. São vários os exemplos em que essa teoria pode ser aplicada, tais como a remoção *ex officio* de um servidor em razão de perseguição pessoal do seu chefe (a remoção não pode ter caráter punitivo); a cessão de imóvel desapropriado para empresa privada de atividade econômica lucrativa (a desapropriação só pode ter finalidade a utilidade pública, a necessidade pública ou o interesse social).²⁷¹

Em segundo lugar, a **teoria dos motivos determinantes** sustenta que a validade do ato administrativo depende da correspondência entre os motivos nele expostos e a existência concreta dos fatos que ensejaram a sua edição. Mesmo naquelas situações excepcionais em que a lei não exige motivação (exteriorização de motivos), caso o agente exponha os motivos do ato, a validade desse ato dependerá da correspondência com a realidade. Cite-se como exemplo a hipótese em que a

²⁶⁹ FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. **Novos paradigmas da legitimação democrática da jurisdição constitucional no Brasil**. In: COUTINHO, Jacinto Miranda et al. (orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 182-183.

²⁷⁰ FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 179.

²⁷¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. Op. Cit, p. 233

exoneração de agente ocupante de cargo em comissão, que inicialmente seria livre (ad nutum), vem acompanhada de motivação. Nesse caso, o ato de exoneração somente será considerado válido se as razões nele colocadas tiverem efetivamente ocorrido na prática.²⁷²

Por derradeiro, a **teoria dos princípios jurídicos**, a partir do reconhecimento da normatividade dos princípios, no contexto da constitucionalização do Direito Administrativo e do pós-positivismo, abriu a possibilidade de um controle ampliado do ato administrativo. Isso porque a validade do ato não depende tão somente de sua compatibilidade lógico-formal com a legislação imediata que lhe dá suporte, análise que remonta à visão positiva do Direito.²⁷³

É possível afirmar que o princípio da legalidade encontra-se atualmente contido dentro de um princípio mais amplo, denominado “princípio da juridicidade”, que traz com maior fidelidade a ideia de constitucionalização do ordenamento jurídico.²⁷⁴

A juridicidade amplia a margem de controle do ato discricionário pelo Poder Judiciário, não para autorizar a apreciação do mérito administrativo propriamente dito, porque isso importaria em violação ao princípio da separação de poderes, mas para garantir que o mérito da atuação administrativa não seja um artifício ou escudo à violação da ordem jurídica pelo administrador.²⁷⁵

A implementação do controle judicial dos atos administrativos em harmonia com as exigências de legitimidade democrática e de eficiência administrativa depende, outrossim, do reconhecimento das limitações do Poder Judiciário para decidir questões técnicas e complexas.²⁷⁶

A partir da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário passou a exercer um papel cada vez mais importante no controle dos atos administrativos, seja no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, seja no campo do controle abstrato.

²⁷² Ibidem, p. 234

²⁷³ Ibidem, p. 235

²⁷⁴ Ibidem

²⁷⁵ Ibidem, p. 235

²⁷⁶ Ibidem, p. 236

Por outro lado, é exigido o reforço da legitimidade da Administração que atua com base em instrumentos consensuais, que permitem a participação dos cidadãos na elaboração das decisões administrativas (ex: audiências públicas, consultas públicas, parcerias, etc), bem como a relativização das formalidades desnecessárias.²⁷⁷

A questão primordial é compatibilizar as expectativas do controle judicial (eficiente) da juridicidade dos atos administrativos editados, em muitas vezes, com fundamento em juízos técnicos (ex: atos regulatórios) e por meio do processo de deliberação pública.²⁷⁸

Em razão do pragmatismo, o controle judicial não deve ficar adstrito às questões teóricas, devendo se preocupar com o contexto fático e as consequências da decisão que será proferida no caso concreto.

Contudo, a legitimidade da decisão dependerá da capacidade institucional do Judiciário para compreensão do debate, muitas vezes, excessivamente técnico, e da antecipação dos possíveis efeitos sistêmicos (jurídicos e extrajurídicos) da decisão, que deverá ser proferida em tempo razoável.

A afirmação simplista de que o Judiciário deve ser o intérprete final das normas jurídicas, sem a necessária análise das questões práticas, transforma a “tirania da maioria” em uma “tirania de uma minoria de juízes não eleitos”, o que pode acarretar no despotismo judiciário.²⁷⁹

De fato, a inserção de questões pragmáticas do ato administrativo no âmbito do Poder Judiciário é uma característica típica de sociedades plurais, tais como a brasileira, onde coexistem visões de mundo antagônicas que precisam ser levadas em consideração pelo Judiciário.

Nos casos apresentados neste trabalho, percebe-se que os atos administrativos impugnados nas respectivas ações violaram o princípio da legalidade,

²⁷⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 55-70.

²⁷⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. Op. Cit., p. 236.

²⁷⁹ LYNCH, Christian Edward Cyril. **Togados da breca: de Rui a Joaquim, barbosismo no STF**. *Insight Inteligência*, v. 59, p. 40, Rio de Janeiro, 2012, p. 40

por criarem atos, como também sua fundamentação é ilícita, considerando os motivos de natureza política que pautaram as escolhas regulatórias.

Nesse sentido, em que pese ser absolutamente lícita a busca do Judiciário pelo empreendedor, a judicialização de questões altamente técnicas tem ocasionado efeitos colaterais graves, o que leva a questionar a adequação do Judiciário para dirimir temas do setor elétrico que exigem uma expertise técnica que, na maioria das vezes, o magistrado brasileiro não possui, não estando devidamente habilitado para enfrentar questões de natureza tão específica.

3.6.2 Inadequação do Poder Judiciário para dirimir as celeumas regulatórias

Os estudos de caso demonstram que, ao analisar as demandas que os agentes setoriais submetem ao crivo do Poder Judiciário, os magistrados, ao não atingirem uma compreensão sistêmica do setor, geram prejuízos ao próprio funcionamento do sistema, seja beneficiando um agente de forma unilateral em detrimento de outros agentes que se encontram em idêntica posição, seja pelo fato de que os prejuízos desses agentes prejudicados não integram a relação processual que os afetará.

Assim, a sistemática regulatória reivindicada do julgador não somente o conhecimento prévio de premissas, valores e normas que regem a atividade daquele setor, como também as consequências advindas da decisão judicial a ser proferida. Daí ressaí a relevância dos artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, introduzidas pela Lei Federal nº 13.655/2018:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a

regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.²⁸⁰

Os dispositivos legais acima transcritos revelam a incumbência do magistrado, quando se depara com matéria administrativa, de analisar e avaliar os resultados que irão advir da prolação de uma decisão judicial. Sob a ótica processualista, trata-se de elemento essencial da motivação judicial, nos termos do art. 489, §1º do Código de Processo Civil.²⁸¹

Em outros termos, ao julgador incumbe, mesmo na seara de decisões de cognição sumária, isto é, de decisões de eventual concessão de tutela provisória, sopesar as consequências oriundas do deferimento ou não da medida de urgência. Nesses casos, a simples arguição de responsabilidade objetiva da tutela de urgência prevista no artigo 302 do Código de Processo Civil²⁸² não parece ser suficiente para estancar as consequências devastadoras que podem decorrer de uma decisão judicial

²⁸⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 17. Set. 2019

²⁸¹ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

²⁸² “Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.”

no âmbito regulatório. Isto porque, a eventual improcedência dos pedidos formulados pelo Autor, irá produzir o dever de ressarcir tão somente o polo passivo da demanda. Contudo, os prejuízos advindos do cumprimento da tutela de urgência atingem todos os demais agentes que sofreram os efeitos decorrentes da decisão judicial e não apenas o agente que figurava no polo passivo da ação judicial.

Nesse sentido, o *periculum in mora*, indicado no art. 300 do Código de Processo Civil como o “risco de dano ou risco ao resultado útil do processo” deve ser compreendido no âmbito de setores regulados com características de multilateralidade com bastante cautela, levando em consideração o direito material envolvido. De fato, o risco de dano envolve não somente a premência de um dano narrado pelo autor da demanda, mas também as repercussões da decisão na sistemática do setor.

Ademais, além dessa limitação imposta ao Poder Judiciário sobre o mérito administrativo, é possível perceber outras diferenças no julgamento no âmbito administrativo e no judicial.

De fato, as manifestações realizadas na seara administrativa são caracterizadas por uma certa profundidade técnica que não é vista no meio judicial.

Isto porque, os agentes atuam com diferentes propósitos nos dois ambientes. No âmbito administrativo, observa-se um alto grau de racionalidade na argumentação, enquanto que na esfera judicial, o objetivo é tão somente o convencimento do magistrado, isto é, a procedência dos seus pedidos, o que muitas vezes não acompanha argumentos racionais.

Assim, a utilização da retórica persuasiva, em conjunto com a omissão de aspectos regulatórios e fáticos imprescindíveis à compreensão da matéria, foi fator fundamental para que os agentes regulados obtivessem êxito em seus requerimentos judiciais.

Com efeito, as diferenças entre os debates que se desenvolvem nas esferas administrativa e judicial estão relacionadas às características particulares dos processos em que se desenvolvem. A principal delas diz respeito ao fato de que o

magistrado não possui expertise sobre o tema que lhe foi submetido à apreciação. Com efeito, o exercício da magistratura não exige conhecimentos específicos sobre o setor elétrico. Muitas vezes a complexa disciplina que envolve o setor regulado é uma novidade nunca vista pelo julgador. E essa prognose não é de difícil adivinhação.

O agente que atua no setor elétrico pode presumir com alto grau de probabilidade que o julgador que analisará seu pleito não possui maiores conhecimentos que ele sobre a matéria, podendo facilmente ser sugestionado com fundamentos desconexos da realidade. Isto não ocorre, entretanto, na seara administrativa, que é composto por um colegiado de experts, mais precisamente 5 diretores, além do processo administrativo ser precedido de instrução técnica pelas superintendências que fazem parte do corpo institucional da agência, sendo um espaço menos propenso para pretensões desconectadas do quadro regulatório.

No entanto, as diferenças entre os dois ambientes vai além da autoridade julgadora. No ambiente administrativo, os agentes participam ativamente dos debates, mesmo com argumentos antagônicos entre si, conferindo uma maior qualidade ao debate em si. Outro contraste a ser apontado é no que tange à instrução técnica. Muitas liminares foram deferidas sem prévia instrução probatória ou oitiva da(s) parte(s) contrária(s), conforme visto no capítulo anterior. A contrassenso, no âmbito administrativo, mesmo os julgadores sendo experts no tema, não dispensam a prévia instrução técnica.

A dispensa da produção probatória e da oitiva prévia da parte contrária em temas regulatórios complexos torna impossível afastar o pressuposto de uma certa falta de zelo por parte do Judiciário que se sente confortável em proferir decisões que interferem no setor regulado sem amparo sólido de uma análise prévia sobre a questão.

A partir desses apontamentos pode soar ingênua a premissa da presunção de legitimidades dos atos administrativos, quando o Judiciário defere as pretensões dos particulares em desfavor do Poder Público sem sua prévia oitiva.

Nas ações judiciais pode parecer que os argumentos que envolvem o perigo de dano desviam a atenção das fragilidades que cercam a probabilidade do direito, e

essa premissa é ainda mais verdadeira quando se trata de processos que envolvem o setor elétrico, cujas pretensões giram em torno de valores extremamente vultosos.

Outrossim, no debate judicial há a tendência em se esconder os efeitos que as pretensões ali vinculadas irão repercutir na esfera dos demais agentes e consumidores. Por certo, a incerteza da expressão “probabilidade do direito” confere aos magistrados uma margem de proteção para o deferimento de liminares.

Um último descompasso que pode ser destacado entre os debates administrativo e judicial tange à quantidade de autoridades julgadoras em cada ambiente julgador. Isto é, enquanto que na esfera administrativa as discussões que ensejaram os estudos de caso se concentram nas mãos apenas de um órgão colegiado, qual seja, a Diretoria da ANEEL, no âmbito judicial, as demandas foram pulverizadas entre um enorme número de magistrados espalhados pelo Brasil, em que pese as decisões analisadas para os estudos de caso desenvolvidos neste trabalho se restringirem ao âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Essa característica acarreta uma severa insegurança jurídica diante de decisões contraditórias entre si proferidas por diversos magistrados, conforme visto no capítulo anterior.

Assim, a existência de um centro decisório, como é o caso da Diretoria da ANEEL, confere uma maior coerência sistêmica às decisões, garantindo uma maior paridade de perdas e ganhos entre os agentes do setor. De outra banda, a pluralidade de juízos do Poder Judiciário incentiva a quebra da isonomia entre as partes que se encontram na mesma situação. Isto porque, o julgador não sabe a forma como outros julgadores estão decidindo a mesma questão.

Com efeito, em relatório final de uma pesquisa realizada pela Universidade de São Paulo – USP, patrocinada pelo CNJ, denominada “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 pesquisadores apresentaram o resultado de uma análise empírica quantitativa, por meio da coleta de dados em processos judiciais e administrativos, apontando outros fatores que contribuem para a inadequação do Judiciário para resolver conflitos regulatórios, dentre eles, podemos citar (i) o tempo excessivo de tramitação dos processos

judiciais; (ii) “mudança de sinal” dos provimentos de liminar, isto é, são revogadas e novamente concedidas em seara recursal; (iii) baixa qualidade técnica das decisões judiciais, em razão do despreparo técnico dos julgadores para apreciar políticas regulatórias e; (iv) os tribunais superiores apresentam tendência a confirmar as decisões emanadas das agências reguladoras.²⁸³

A pesquisa em referência aponta que os tribunais superiores, ao confirmarem a decisão das agências reguladoras ao genérico argumento do “caráter técnico e à complexidade das questões regulatórias”, acaba retirando a eficácia da intervenção judicial, desestimulando as revisões do ato administrativo, e dando uma sinalização perigosa às agências: “no final, a decisão é sempre confirmada”.²⁸⁴

Contudo, é compreensível essa atitude dos tribunais superiores, ao se depararem com decisões administrativas com ampla fundamentação técnica de um lado, e de outro um conjunto de decisões conflitantes entre si, com fundamentação precária.²⁸⁵

Além disso, a intervenção judicial estimula a utilização de recursos meramente protelatórios e torna o Judiciário uma ferramenta de administração de dívidas, ao mesmo tempo em que desestimula a utilização correta do recurso.²⁸⁶

No que diz respeito à morosidade do Judiciário, é possível aferir que não há estímulos que levem o magistrado a se aprofundar nas temáticas regulatórias e darem respostas céleres. Isto porque, o tempo utilizado para resolver uma questão complexa do setor regulatório é o mesmo daquele usado para julgar dezenas de casos mais

²⁸³ 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.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf.> Acesso em: 15/10/2019.

²⁸⁴ 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/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf.> Acesso em: 15/10/2019.

²⁸⁵ Ibidem.

²⁸⁶ Ibidem.

simples, daí ressaí a tendência a não se priorizar esses tipos de demanda, em que pese a sua importância econômica.²⁸⁷

Diante dessas considerações, o fato das decisões judiciais se sobreporem às decisões administrativas, ao invés de oxigenar o debate regulatório, tem gerado o efeito contrário, tem asfixiado o sistema regulatório. A partir dos estudos de caso, percebe-se que a via judicial tem sido o caminho escolhido por agentes que tentam se esquivar da esfera administrativa. Porém, o comportamento desses agentes deve ser estudado com cuidado, haja vista que é um indicativo de que a agência reguladora não tem se incumbido em seu papel de mediador de conflitos.

3.7 Diálogo entre as agências reguladoras e o Poder Judiciário no Brasil

Além dos diálogos com os Poderes Executivo e Legislativo, as agências reguladoras dialogam com o Poder Judiciário, haja vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição insculpido no art. 5º, XXXV, da CF/88.

O tradicional debate acerca do papel do Poder Judiciário na interpretação e controle dos atos dos demais Poderes centraliza-se em duas questões opostas: a primeira diz respeito ao ativismo judicial, com fulcro na necessidade de defesa dos direitos das minorias; a segunda refere-se à deferência judicial, consubstanciada no caráter contramajoritário do Judiciário e no perfil democrático das esferas executivas e legislativas.

Todavia, a partir da asserção do diálogo institucional, a análise do controle judicial é realizada com enfoque nas capacidades institucionais dos atores envolvidos na elaboração das escolhas públicas.

Destaca-se que os juízes brasileiros tem se mostrado desfavoráveis à ideia de deferência às decisões técnicas das agências reguladoras. Em pesquisa realizada pelo IPEA, em 2003, a maioria dos magistrados (50,6%) discordou inteiramente da opinião segunda a qual o Judiciário deveria respeitar as decisões tomadas pelas

²⁸⁷ Ibidem.

agências reguladoras, limitando-se a garantir o respeito às normas processuais, sem adentrar, normalmente, o conteúdo da decisão.²⁸⁸

No campo da regulação, as agências reguladoras possuem o papel de destaque na elaboração das políticas regulatórias e definição das decisões técnicas do setor regulado, permanecendo com os Poderes Executivo e Legislativo o papel da definição das prioridades e políticas públicas que pautarão as escolhas regulatórias.

Por seu turno, o Judiciário detém a importante função de controlar as omissões e abusos praticados pelos demais Poderes, uma vez que nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser afastada de sua análise. Contudo, em face das limitações institucionais do Judiciário, as questões de alta complexidade técnica ou de relevante impacto para a coletividade devem ser submetidas, quando possível, ao diálogo social e institucional, deixando para o Poder Executivo, a formulação e execução de políticas públicas.

No contexto brasileiro, as agências reguladoras, atribuídas para regulação de serviços públicos e de atividades econômicas de relevo social, devem aprimorar seus procedimentos institucionais de formulação de normas regulatórias e avaliação da qualidade da atividade regulada.

A Análise de Impacto Regulatório (AIR) constitui atualmente um importante mecanismo processual de formulação e avaliação de políticas regulatórias, que concilia a *expertise* necessária ao tratamento de temas complexos e a legitimidade democrática própria do procedimento de participação dos regulados e dos usuários/consumidores.

Assim, quanto maior a legitimidade da atuação regulatória, maior será a deferência judicial. Esse, inclusive, é o posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso, que defende a maior deferência do Judiciário às escolhas regulatórias, desde

²⁸⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário, Reforma e economia: a visão dos magistrados**. Rio de Janeiro: IPEA, 2003, p. 43. Disponível em: http://ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=4198. Acesso em 10.jan.2020

que baseadas em critérios técnicos, que poderiam ser invalidados apenas nas hipóteses de flagrante violação à razoabilidade, moralidade e eficiência.²⁸⁹

3.8 Agências Reguladoras e o Diálogo Social

3.8.1 Da alocação de riscos equivocada perpetrada pela Agência Reguladora

Com efeito, a partir dos estudos de caso, constatou-se a alocação arbitrária de riscos aos agentes do setor elétrico por meio de escolhas regulatórias mal conjecturadas, o que gerou um desequilíbrio sistêmico, uma instabilidade e insegurança jurídica que foram as causadoras da judicialização dos temas referenciados.

As fragilidades estruturais e conjunturais do SEB em conjunto com um cenário de hidrologia desfavorável e escolhas regulatórias pautadas em interesses políticos de redução da tarifa de energia ensejou a alocação de custos inesperados aos agentes do setor.

Com o fim político de reduzir o consumo de energia elétrica, mesmo quando a fonte mais cara (as termelétricas) estava sendo acionada prioritariamente em razão da hidrologia desfavorável, o governo adotou diversas medidas, dentre elas, a edição da Resolução CNPE nº 03/2013 que transferiu o custo do ESS – Encargo por Serviço de Sistema por Segurança Energética, encargo inicialmente custeado apenas pelos consumidores, a todos os agentes geradores e comercializadores de energia elétrica.

No caso do GSF não foi diferente. A judicialização do tema decorreu precipuamente da escolha regulatória que alterou a dinâmica de funcionamento do setor. A inversão da matriz energética onerou em demasia os agentes geradores, que se viram obrigados a adquirir de forma extraordinária um volume de energia elétrica para honrar com seus compromissos contratuais.

No caso da CDE, as auditorias do TCU também constataram as más escolhas regulatórias, ressaltando (i) a falta de planejamento das políticas governamentais; (ii) benefícios tarifários desalinhados com o regime jurídico do setor; (iii) crescimento das

²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Apontamentos sobre as agências reguladoras**. In: FIGUEIREADO Marcelo (org.) *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004, P. 105.

despesas do orçamento da CDE; (iv) falta de transparência na divulgação dos subsídios; (v) deficiência na avaliação e fiscalização da referida política.²⁹⁰

Assim depreende-se que a utilização estatal da tarifa como instrumento de fomento à iniciativa privada deve limitar-se ao setor por ela regulado, repelindo eventuais favorecimentos desconectados do setor.

Esse é o posicionamento doutrinário de Marcos Juruena Villela Souto:

A outorga de favores desvinculada do planejamento caracteriza privilégio ou discriminação repudiados pelo princípio da isonomia (CF, art. 5º), até porque, conforme bem observa Bustamante, os subsídios têm custos fiscais, quantificados no orçamento, enquanto as 'regulações' não, sendo, ao lado da intervenção direta do Estado na economia (organizando bens e serviços não oferecidos espontaneamente pelo mercado, ou de forma corretiva das falhas, em função das externalidades, do monopólio natural ou da assimetria de informações), formas de ação estatal retificadora das imperfeições do mercado, o que representa a substituição do consenso pela decisão política (traduzida em 'subsídios' e 'regulações').²⁹¹

Como visto no tópico anterior, as agências reguladoras foram criadas com o fim precípua de conferir estabilidade e segurança jurídica aos contratos de concessão sob o pressuposto de atuar com "imparcialidade técnica".

Todavia, essa imparcialidade é testada quando a própria agência ocupa a polo ativo das contratações, na qualidade de parte, além da sua competência regulatória. Dito de outra forma, a própria agência reguladora normatiza a forma de sua atuação na relação contratual. Diante desse cenário, os riscos ao agente privado são multiplicados. Por certo, essa cotitularidade de posições acaba por incentivar autobenefícios e desvios de finalidade.

Assim, um dos maiores problemas atinentes à gestão regulatória é a sua credibilidade institucional. Na visão de investidores, o marco regulatório do setor está relacionado com a contração das incertezas relacionadas ao cumprimento dos contratos celebrados entre o Poder Público e o ente particular, tornando-se ponto crucial para o aumento dos investimentos no setor a melhora da estabilidade

²⁹⁰TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 032.981/2017-1. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2019/05/032.981-2017-1-AC-CDE.pdf>. > Acesso em 10.set. 2019.

²⁹¹ SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro, 2. ed., 2005, p.91-92

institucional das agências reguladoras, o que acarretaria, em sequência, a diminuição do risco-Brasil.²⁹²

Segundo o Coordenador do Grupo de Estudos do Setor Elétrico (GESEK), da UFRJ, professor Nivalde de Castro, o grande problema da judicialização do setor não diz respeito às liminares “conjunturais”, isto é, aquelas obtidas, em casos pontuais, como liminares que suspenderam leilões, mas à judicialização “estrutural”, que é justamente os casos tratados neste trabalho, que oferecem um risco alto à atratividade do setor elétrico, aumentando a taxa de retorno exigida por investidores com perfil mais conservador. Essa judicialização estrutural evidencia falhas no marco regulatório, no modelo de comercialização e falta de garantias efetivas.²⁹³

A evidenciar esses relatos, confira-se trecho da notícia veiculada na Gazeta do Povo:

Principal ponto que acaba afetando as decisões de investimentos diante de um cenário assim é a incerteza se o arcabouço regulatório e jurídico vai se manter ao longo de todo o período de vida econômica do investimento ou se você pode ter alterações no meio do caminho que façam com que os retornos esperados sejam afetados de maneira substancial.²⁹⁴

O fenômeno de “liminarização dos direitos” que o país tem vivenciado nos últimos anos nada mais é do que a consequência do enfraquecimento das instituições, especialmente da ANEEL, no âmbito do setor elétrico. Na avaliação de Ricardo Schweitzer:

Principal ponto que acaba afetando as decisões de investimentos diante de um cenário assim é a incerteza se o arcabouço regulatório e jurídico vai se manter ao longo de todo o período de vida econômica do investimento ou se você pode ter alterações no meio do caminho

²⁹² AMARAL, Aline Diniz; CALMON, Paulo Calmon. **O novo ambiente regulatório das telecomunicações no Brasil, 2000.**

²⁹³ THYMOS ENERGIA. **Judicialização sistêmica ameaça investimentos em energia.** Disponível em: <<http://thymosenergia.com.br/home/noticia.aspx?id=d8898d5d-4911-4c38-b77d-a53da2858b14>>. Acesso em: 14 mar. 2019

²⁹⁴ GAZETA DO POVO. **Investidor tem medo do Brasil. E isso tem a ver com as novelas da nossa Justiça.** Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/investidor-tem-medo-do-brasil-e-isso-tem-a-ver-com-as-novelas-da-nossa-justica-3kq0jd8dfx6vu0wl7iro8qyhx/>> Acesso em 19. Set. 2019

que façam com que os retornos esperados sejam afetados de maneira substancial.²⁹⁵

Conforme analisado neste trabalho, a judicialização do setor elétrico decorreu de erros de más escolhas regulatórias, não tendo visto os empreendedores outra saída senão se socorrer do Poder Judiciário. A edição de regras não tão claras e até mesmo intervencionistas tem gerado uma insatisfação cada vez maior pelos entes regulados, que tendem levar ao Judiciário questões técnicas que seriam originalmente dirimidas no âmbito administrativo.

Vale frisar que a massiva judicialização do setor foi uma resposta à falha da ANEEL na sua função de pacificar o setor, inclusive relacionada com a mora da Administração em apresentar uma solução regulatória para as demandas a ela submetidos. Este fato se torna evidente ao constatar o elevado número de demandas ajuizadas com o intuito de postergar o cumprimento de determinada obrigação até que a agência reguladora tenha proferido uma decisão a respeito daquele assunto.

A necessidade de maior legitimidade, transparência e accountability justifica a instituição de canais participativos na esfera regulatória, que permitem a integração da sociedade civil na formulação de políticas públicas regulatórias e na fiscalização dos reguladores.

Por sua vez, a crise da democracia representativa fez com que a legitimidade da Administração Pública não dependa apenas da garantia ao direito ao voto, mas também na autorização da participação dos cidadãos nas políticas públicas e no controle dos resultados delas advindas.²⁹⁶

²⁹⁵ GAZETA DO POVO. **Investidor tem medo do Brasil. E isso tem a ver com as novelas da nossa Justiça.** Disponível em:

<<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/investidor-tem-medo-do-brasil-e-isso-tem-a-ver-com-as-novelas-da-nossa-justica-3kq0jd8dfx6vu0wl7iro8qyhx/>> Acesso em 19. Set. 2019

²⁹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política (legislativa, administrativa e judicial).** Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 27.

A democracia, assim, deve ser compreendida como um processo dinâmico em que os canais de diálogo entre o Estado e a sociedade civil estejam abertos, permitindo a participação pública sobre as questões administrativas.

Na esfera regulatória, o controle social ocorre de diversas maneiras. A primeira delas é a possibilidade de participação na própria estrutura orgânica das entidades regulatórias (ex: conselhos diretivos, consultivos das agências reguladoras). A segunda delas pode ser instrumentalizada a partir de consultas e audiências públicas realizadas pelas agências reguladoras (ex: conforme previsão constante do art. 89, II, da Lei nº 9.472/1997, a ANEEL deve realizar audiências públicas nos processos que afetam direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores).²⁹⁷

Ademais, verifica-se um crescente amadurecimento da realização de audiências públicas e consultas públicas no âmbito das agências reguladoras. A exemplificar essa constatação, a ANEEL, a partir de 2010, incrementou a efetivação dos canais participatórios. Em 2012, a ANEEL promoveu 111 audiências e 14 consultas públicas. No ano seguinte, foram realizadas 132 audiências públicas e 15 consultas públicas.²⁹⁸

Em que pese o aumento numérico de audiências e consultas públicas, ainda é baixa a participação dos interessados. Assim, revela-se necessário o aprimoramento dos referidos instrumentos na Administração Pública, a fim de propiciar maior transparência e uniformidade. A seguir, seguem algumas sugestões de medidas que poderiam ser adotadas pela Administração: a) imposição da realização de audiências e consultas públicas para determinadas decisões e para edição de atos normativos, conforme parâmetros fixados na legislação; b) maior ênfase na publicidade e na instauração de canais participatórios, não devendo ficar adstrito à publicação no Diário Oficial, pois apesar de ser o canal oficial de divulgação dos atos do Poder Público, não é o mais acessado pela comunidade atualmente, sendo certo que a ampliação da transparência pública foi ampliada com a promulgação da Lei nº 12.527/2011 (Lei de

²⁹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. Op. Cit., p. 252.

²⁹⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. Op. Cit.p. 253

Acesso à Informação); c) apresentação das informações necessárias para compreensão da discussão, com linguagem clara e acessível; d) fomento à participação de organizações da sociedade civil que atuam na promoção e na defesa dos interesses envolvidos no debate; e) fixação de regras procedimentais prévias com prazos razoáveis para manifestação dos interessados, bem como a obrigatoriedade de resposta fundamentada pela Administração Pública; f) viabilização de participação por correspondência e instrumentos eletrônicos; g) maior capacitação institucional das entidades administrativas, mediante a criação de órgãos específicos para viabilização do canal participatório com a sociedade.²⁹⁹

Assim, quanto maior o diálogo social, menor será o risco de os assuntos regulados serem apropriados (capturados) indevidamente pelos grupos economicamente mais fortes e politicamente mais influentes.³⁰⁰

De acordo com a teoria da captura, com o passar do tempo, até mesmo em razão da ausência de interesse dos cidadãos ou pela impossibilidade de uma participação popular efetiva em todas as decisões das agências, as empresas reguladas influenciaram, de forma preponderante, a decisão regulatória.³⁰¹

Desse modo, o “risco de captura” considerado como aquele em que apenas os interesses dos agentes regulados sejam atendidos na regulação, pode ser afastado pela qualificação dos dirigentes das agências e mediante a utilização dos mecanismos de controle do Executivo.³⁰²

Frise-se que o principal instrumento inibidor da captura é a participação popular na tomada de decisões e no controle dos atos das agências. Todavia, para que isso ocorra é necessário inserir a transparência no processo regulatório, com a divulgação das informações necessárias à participação da sociedade.

²⁹⁹ Ibidem.

³⁰⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a “elaboração processual de normas”**. Revista de Direito Público da Economia, v.2, Belo Horizonte, abr-jun, 2003, p.221-225

³⁰¹ POSNER, Richard A. **Teorias da regulação econômica**. In: MATTOS, Paulo (coord.) Regulação Econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004.

³⁰² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do Direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: forense, 2002, p. 355.

Nesse viés, o grande desafio a ser superado pelas agências reguladoras é o seu aparente déficit democrático. A possibilidade de que agentes públicos e sem responsabilidade política, possam, de forma emancipada da vontade social, decidir questões de alta relevância para a sociedade, coloca no centro da discussão a legitimidade desse modelo institucional, de modo que o diálogo social é requisito fundamental para garantir a legitimidade dos atos regulatórios.

3.9 Visão prospectiva do Setor Elétrico Brasileiro quanto à alocação de riscos

O Setor Elétrico Brasileiro está atualmente sob forte pressão para mudanças estruturais, em razão dos constantes avanços tecnológicos e socioambientais e a preocupação com a alocação adequada de riscos entre os agentes do setor tem sido tema recorrente para quem atua na área, na esperança de uma melhor regulamentação do risco que envolvem as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

Nesse contexto, o Ministério de Minas e Energia encaminhou à Presidência da República a proposta de Projeto de Lei de aprimoramento do marco legal do setor elétrico, resultado da Consulta Pública nº 33, iniciada em 5 de julho de 2017 e concluída em 17 de agosto. No texto compilado estão presentes mudanças que intentam trazer uma nova estrutura para o setor, sinalizando ajustar o atual modelo de mercado quanto à sua alocação de risco.³⁰³

De acordo com a Nota Técnica nº 05/2017/AEREG/SE, os aprimoramentos do setor elétrico foram agrupados em 4 principais grupos, sendo que um deles diz respeito à “alocação adequada de custos entre os agentes – o que se reflete em medidas explícitas de correção de incentivos e racionalização de subsídios ou incentivos, com observância dos requisitos formais e legais, mitigando riscos judiciais por meio do instrumento legal e esclarecendo regras de enquadramento”.³⁰⁴

³⁰³ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. **Projeto de Lei de Modernização e Abertura do Mercado Livre de Energia Elétrica**. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/web/guest/pagina-inicial/outras-noticias/-/asset_publisher/32hLrOzMKwWb/content/projeto-de-lei-de-modernizacao-e-abertura-do-mercado-livre-de-energia-eletrica> Acesso em 15.mai.2019

³⁰⁴MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. **Nota Técnica nº 05/2017/AEREG/SE**. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_auth=016BbdeG&p_p_id=consultapublicaexterna_WAR_consultapublicaportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-

Com efeito, a referida Nota Técnica destaca um possível esgotamento do modelo regulatório atualmente vigente no Brasil, de modo que se faz necessária a construção de uma visão de futuro, contemplando elementos que garantam sua sustentabilidade a longo prazo. Assim, em resposta aos desafios identificados na Consulta Pública nº 33/2017, o Ministério de Minas e Energia aponta diversos pontos onde se almeja chegar, dentre eles a alocação adequada de riscos, senão vejamos:

Alocação adequada de riscos para permitir sua gestão individual, com responsabilidades bem definidas: A confiança em sinais econômicos como mecanismo de promoção de decisões individuais ótimas e alinhadas com interesses sistêmicos requer que os agentes sejam responsáveis pela gestão individual de riscos – afinal, a exposição de agentes aos ganhos ou perdas econômicas que resultam de suas decisões é que lhes fornece incentivos, e a possibilidade de ganhos ou perdas resume a definição de risco. Esta estratégia requer, no entanto, uma alocação adequada de riscos, que devem ser assignados aos agentes que estão melhor posicionados para lidar com eles. Para tal, é necessário considerar tanto a viabilidade de decisões empresariais de agentes resultarem em efetiva mitigação de riscos, como também diferenças em requisitos de risco-retorno que podem levar a prêmios econômicos mais ou menos onerosos. A viabilidade da gestão individual de riscos requer que agentes sejam responsabilizáveis por suas decisões, com mecanismos de enforcement adequados e que não sejam frágeis a judicialização como estratégia de renúncia, respeitados direitos a contraditório e ampla defesa³⁰⁵

Assim, em que pese a diversidade de interesses representados, a Nota Técnica indica a necessidade de alocar de forma adequada os riscos e custos associados à expansão do sistema, para salvaguarda da segurança do abastecimento eletro energético, bem como a mitigação das incertezas associadas ao processo de ampliação do mercado livre, observadas as cláusulas dos contratos vigentes, afastando medidas unilaterais que possam alterar as relações já pactuadas.

Assim, percebe-se uma preocupação cada vez maior para que os agentes do setor consigam compreender de forma mais clara possível os riscos assumidos, como também ter acesso amplo a informações que autorizem a precificação adequada, sem contar com a maior previsibilidade de aplicação das regras setoriais.

[1&p p col count=1& consultapublicaexterna WAR consultapublicaportlet arquivos=203& consulta publicaexterna WAR consultapublicaportlet javax.portlet.action=downloadArquivoAnexo>.](#) Acesso em 15.mai.2019

³⁰⁵ Ibidem.

Segundo Joyce Dutra e Livia Amorim, a efetividade da reforma do setor elétrico depende das melhorias a serem realizadas com relação a alocação de riscos. Para as especialistas, diante da ausência de alternativas de mecanismos que possibilitassem aos agentes do setor identificar, valorar e ajustar seus comportamentos para mitigar ou realocar determinados riscos, foi-se consolidando uma tendência ao endurecimento de regras e de penalidades que geram o engessamento de algumas atividades.³⁰⁶

Evidenciando essa inclinação a uma maior ponderação na alocação de riscos, foi editada a Lei nº 13.360/2016 que estabeleceu que “O concessionário, permissionário ou autorizatário de serviços e instalações de energia elétrica poderá apresentar plano de transferência de controle societário como alternativa à extinção da outorga, conforme regulação da Aneel”.³⁰⁷

Destarte, no intuito de atingir as melhorias almejadas para o setor elétrico brasileiro, já é consenso a necessidade de aperfeiçoar a regulação setorial com uma melhor disciplina de alocação de riscos que possibilitem aos agentes tomar e adaptar suas decisões da forma mais eficiente possível.

Com efeito, não se desconhece que as propostas de reforma do setor elétrico, encaminhadas para aprovação legislativa, ainda não especificaram de forma contundente e clara quais serão as ferramentas com as quais os agentes setoriais poderão contar ao longo de suas atividades para a melhor gestão de seus riscos. Contudo, não se pode negar que já há avanços sendo implementados, a exemplo da possibilidade de transferência do controle societário como alternativa à extinção da outorga.

³⁰⁶ DUTRA Joisa; AMORIM, Livia. **Alocação de Riscos e Reformas no Setor de Energia no Brasil**. Disponível em: <<https://editorabrasilenergia.com.br/joisa-dutra-e-livia-amorim-alocacao-de-riscos-e-reformas-no-setor-de-energia-no-brasil/>>. Acesso em: 16. Set.2019

³⁰⁷ BRASIL. **Lei nº 13.360, de 17 de novembro de 2016**. Altera a Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971, a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, a Lei nº 12.111, de 9 de dezembro de 2009, a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, a Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, a Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, a Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, a Lei nº 13.169, de 6 de outubro de 2015, a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e a Lei nº 13.203, de 8 de dezembro de 2015; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/L13360.htm>. Acesso em 15.mai.2019.

Os agentes setoriais reclamam uma maior qualidade técnica das decisões e uma melhor tempestividade. Assim, caberia ao MME, em conjunto com a ANEEL, aprofundar o uso de consultas públicas e outros instrumentos que permitam um maior engajamento e diálogo entre os agentes e o regulador, a fim de poder prevenir futuros conflitos.

Com o intuito de oportunizar uma participação mais ativa do Consumidor no processo decisório da agência reguladora, a ANEEL criou em junho de 2018 a Comissão de Apoio ao Processo Regulatório.³⁰⁸

Ainda é preciso, contudo, aprimorar a análise dos impactos regulatórios em razão da edição ou revogação de atos normativos, como também a matriz de riscos que envolvem os riscos dos contratos de concessão, com o fim precípuo de evitar a judicialização do setor.

Uma revisão dos atos normativos atualmente vigentes seria outro fundamental providência a ser tomada a fim de suprir lacunas, possibilitar a repactuação de riscos, direitos e obrigações, o que já vem sendo realizado pelo Governo após o enfrentamento da massiva judicialização do setor. O importante é ampliar a coerência do sistema, a fim de que as escolhas regulatórias não causem efeitos colaterais adversos, como ocorreu nos estudos de caso.

Além de correções pontuais na legislação vigente, outra possível solução seria a codificação dos atos normativos do Setor Elétrico, isto é, a sua sistematização visando trazer maior coerência ao setor, facilitando a compreensão por agentes o entendimento do funcionamento e suas peculiaridades.

Outra medida a evitar a excessiva judicialização seria fomentar a preferência por decisões técnicas administrativas e arbitrais. É preciso ter em mente que é inerente à seara administrativa, uma certa discricionariedade decisória, o chamado

³⁰⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **ANEEL constitui Comissão de Apoio ao Processo Regulatório sob a Perspectiva do Consumidor.** Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao-2/-/asset_publisher/zXQREz8EVIZ6/content/aneel-constitui-comissao-de-apoio-ao-processo-regulatorio-sob-a-perspectiva-do-consumidor/656877?inheritRedirect=false> Acesso em 17 ago. 2019

mérito administrativo, que nada mais é do que a possibilidade do administrador poder escolher a alternativa que seria mais adequada ao atingimento do interesse público.

O exercício da discricionariedade em cada decisão, visto que existe um conjunto de princípios constitucionais e legais, bem como aspectos políticos, sociais e econômicos, que precisam ser ponderados. O ato administrativo discricionário é aquele em que a lei confere ao agente público a possibilidade de escolher a solução que melhor satisfaça o interesse público em questão, ou seja, é aquele cuja lei deixa a critério do administrador a escolha, dentre diversas alternativas, da mais adequada à realização da finalidade pública.

De todo modo, o movimento de judicialização do setor elétrico não teve apenas efeitos negativos. Como demonstrado neste trabalho, a excessiva interferência do Judiciário no setor regulado causou diversos desequilíbrios, porém os agentes tiraram boas lições das mudanças ocorridas no mercado, aprendendo a serem mais cautelosos em suas escolhas, como por exemplo, não contratando 100% da sua garantia física ou ainda diversificando as fontes energéticas.

3.10 Sugestões de aprimoramento

Em que pese a complexidade e tecnicidade das políticas setoriais, as questões regulatórias podem e devem ser apreciadas pelo Poder Judiciário, desde que haja um assessoramento técnico para que a decisão judicial possa ser proferida da forma mais completa e correta possível.

O presente estudo demonstrou que o Poder Judiciário, para que possa exercer sua função de controle dos atos administrativos, precisa dominar a sistemática do setor regulatório, a fim de que possa intervir de maneira satisfatória e responsável sobre as políticas setoriais. Somente a partir de uma visão macro do sistema, será possível arbitrar os interesses em jogo.

Para enfrentar essas limitações intrínsecas do Poder Judiciário, um grupo de pesquisadores da Universidade de São Paulo – USP desenvolveu um estudo intitulado “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”, por meio do qual, ao final da pesquisa, são formuladas sugestões dirigidas ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ para que possam ser implementadas a fim de dirimir o problema relacionado à falta de expertise do Judiciário para lidar com políticas regulatórias.³⁰⁹

3.10.1 Recomendações ao Judiciário

3.10.1.1 Criação de Varas Especializadas

Assim, a principal proposta compreende a criação de varas especializadas para apreciar matéria regulatória. Essa especialização não diz respeito apenas à figura do magistrado, mas ao conjunto de assessores. Com isso, explicitou-se que não se pretende aumentar a estrutura das agências reguladoras no judiciário, mas apenas garantir a existência de técnicos capazes de explicar de forma didática aos magistrados “as regras do jogo”. Além disso, essa assessoria especializada garantirá a superação do argumento usualmente utilizado da falta de expertise.³¹⁰

Essa especialização também reduzirá o problema da qualidade técnica das decisões judiciais, permitindo que os tribunais superiores realizem uma valoração em pé de igualdade, tanto as decisões administrativas como judiciais.

Acredita-se também que o tempo decisório será diminuído drasticamente, seja em razão dos juízes não terem que dar mais prioridade a casos mais simples, seja pela diminuição do problema relacionado a decisões contraditórias, considerando a concentração dos casos a um grupo especializado de magistrados.

Nada obstante, enquanto a ideia da vara especializada não se torna uma realidade, os magistrados poderiam contar com uma assessoria técnica para auxiliar na tomada de decisões.

³⁰⁹ 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/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf> Acesso em: 15/10/2019.

³¹⁰ Ibidem.

3.10.1.2 Moderação técnica na concessão de medidas liminares que tenham o escopo de alterar a sistemática regulatória vigente e ainda proibição de deferimento de liminar inaudita altera pars

De fato, a concessão de liminares sem a oitiva prévia da parte contrária é uma das principais preocupações do setor e de fato, o contraditório é imprescindível à melhor compreensão da questão e melhor análise dos riscos que circundam eventual deferimento da tutela de urgência.

3.10.1.3 Maior controle sobre a fundamentação das decisões administrativas

A alegação de que a “matéria é demasiado complexa” pelo Poder Judiciário tem ensejado a abertura para comportamentos arbitrários por parte das agências reguladoras, que se sentem imunizadas para proferir decisões por conveniência. Assim, se o Poder Magistrado exercer um maior controle sobre os fundamentos que ensejaram determinada decisão administrativa, as agências tenderão a ter uma maior rigidez técnica com os seus pronunciamentos.

3.10.1.4 Oficiar diretamente os órgãos técnicos das agências reguladoras para prestar informações

O Judiciário deve exercer com maior frequência a sua prerrogativa de oficiar diretamente os órgãos técnicos das agências reguladoras a fim de obter as informações necessárias à formação de sua convicção.

3.10.2 Recomendações às agências reguladoras

3.10.2.1 Separação dos departamentos técnico e econômico de cada agência

Em tese, já é uma prática adotada pelas agências, mas não ocorre com o rigor e controle necessários. Trata-se de medida a fim de evitar a politização das agências. Todo voto/acórdão proferido sem respaldo de um parecer técnico deveria ser

suspenso/cassado, afinal de contas a discricionariedade técnica exige respaldo de uma fundamentação específica.

3.10.2.2 Resposta direta do órgão técnico que produziu determinado parecer técnico questionado em juízo.

A implementação de tal medida pode exigir a alteração de atos normativos que preveem a competência do Presidente ou Conselho Diretor (órgão deliberativo) para responder questionamentos de outros órgãos públicos, mas é uma medida que garante maior responsabilização do órgão técnico por seus pronunciamentos, bem como maior esclarecimento do Judiciário sobre determinado assunto.

3.10.2.3 Adoção de mecanismos que garantam maior celeridade à análise dos processos administrativos

Uma das maiores reclamações de quem atua no setor e fator preponderante de judicialização é a demora nos julgamentos dos processos administrativos. A delimitação de um prazo para as agências reguladoras proferirem decisão é uma medida que ajudaria na morosidade administrativa, bem como fortaleceria a segurança jurídica.

3.10.2.4 Fomento de soluções negociadas a fim de diminuir a quantidade de demandas judiciais e aumentar a segurança jurídica

O presente trabalho aponto a edição de diplomas legais em momento posterior à judicialização massiva de demandas do setor elétrico que previam acordos entre o ente regulador e os agentes do setor para o fim de diminuir as demandas judiciais. O ideal seria que essa prática de negociação ocorresse ainda em momento pretérito à judicialização. Para isso, é preciso que ambas as partes estejam dispostas a dialogar para chegar à uma solução benéfica para todos, principalmente ao consumidor.

3.10.2.5 Maior transparência na elaboração de critérios que regem a sistemática regulatória

Conforme visto neste estudo, o Tribunal de Contas da União – TCU identificou que a moldura regulatória possui problemas estruturais, dentre elas, a falta de transparência, que se traduz pela pouca utilização pelas agências dos instrumentos de transparência e consulta pública, além de atos normativos vagos que não explicitam de forma clara os critérios da sistemática regulatória.

3.10.2.6 Realização de estudos específicos por agência sobre os fatores que desencadeiam a judicialização de temas regulatórios

Os estudos aqui desenvolvidos analisaram os fatores que acarretaram a massiva judicialização de cada tema, revelando, por exemplo, a tomada de decisões com fundamento político e não técnico e a falta de diálogo entre o regulador e os agentes regulados.

CONCLUSÃO

A judicialização crescente das decisões administrativas tem sido um dos maiores problemas enfrentados pelo setor elétrico desde 2012, em razão das escolhas governamentais de redução da tarifa do consumidor. Os estudos de caso foram os principais temas judicializados, dentre outros.

Nada obstante o acionamento do Poder Judiciário ser uma garantia constitucional, foi verificado alguns efeitos colaterais adversos, como o impacto das liquidações do MCP realizados pela CCEE. As liminares atualmente vigentes possuem naturezas distintas, podendo ser classificadas entre liminares que limitam a exposição dos agentes no MCP, outras que priorizam o recebimento de seus créditos e ainda outros que protegem os agentes dos efeitos de outras decisões judiciais.

A consequência da intervenção do Poder Judiciário sobre questões eminentemente técnicas do setor elétrico tem causado algumas distorções no setor, onerando a sociedade como um todo. Isto porque, o arcabouço normativo e regulatório do setor elétrico é extremamente denso e complexo, apresentando uma linguagem técnica, muitas vezes de difícil compreensão para aqueles que não estão habituados a lidar com as especificidades da área. Essas características, por si só, já tornam de difícil visualização o direito dos agentes envolvidos, o que ocasionou as distorções retratadas neste trabalho.

Nos limites dos estudos de caso apresentados neste trabalho acadêmico, tem-se que a judicialização dos temas relacionados ao GSF, à Resolução CNPE nº 03/2013 e à CDE decorreram de escolhas regulatórias relacionadas a, respectivamente: i) inversão da matriz energética em decorrência da hidrologia desfavorável; ii) imposição de novo critério de rateio do ESS a todos os agentes setoriais, e III) a falta de correspondência entre o encargo tarifário e a contraprestação do serviço, dentre outras irregularidades.

A consequência direta da transferência da solução para o Poder Judiciário foi a prolação de decisões judiciais que acabaram gerando efeitos colaterais que comprometeram e ainda comprometem o equilíbrio sistêmico das liquidações financeiras do Mercado de Curto Prazo realizadas pela CCEE.

As escolhas regulatórias que ensejaram os estudos de caso foram pautadas por motivos eminentemente políticos, o que além de desvirtuar o papel das agências reguladoras, acabou por causar um enorme desequilíbrio no setor elétrico, o que ensejou o ajuizamento de diversas ações judiciais, objetivando anular as decisões administrativas.

A dificuldade de diálogo entre o regulador e o regulado também foi fator decisivo para a judicialização das questões setoriais. Isto é, se tivesse ocorrido uma discussão prévia e clara sobre o ponto de vista dos agentes envolvidos, uma possível solução poderia ter sido encontrada na seara administrativa.

A partir dos estudos de caso realizados, constatou-se que houve uma alocação de riscos equivocada entre os agentes do setor, gerando um grave desequilíbrio regulatório, insegurança jurídica e financeira. A consequência dessa má alocação foi a judicialização de um tema eminentemente técnico-regulatório.

De fato, percebe-se que o contexto de níveis baixos dos reservatórios cumulado com tomada de decisões políticas de redução da tarifa em período eleitoral acarretou a transferência de elevados custos a agentes, de forma temerária, sem o devido estudo dos impactos técnicos e financeiros que poderiam surgir a partir das escolhas regulatórias tratadas neste trabalho.

Em um momento de fragilidade do sistema, houve uma alteração da lógica regulatória e a alocação de ônus imprevistos ou não contemplados na estrutura contratual dos agentes geradores e comercializadores acarretou a busca do Poder Judiciário como forma de escudo contra os impactos financeiros advindos das escolhas regulatórias perpetradas pelo Estado.

Por sua vez, a judicialização das discussões aqui tratadas também resultaram no agravamento do desequilíbrio regulatório, alterando a dinâmica de contabilização e liquidação da CCEE e aumentando a insegurança jurídica entre os agentes regulados.

O desencontro entre as escolhas regulatórias e a lógica do Setor Elétrico Brasileiro foi agravada ainda pela inaptidão das agências reguladoras em gerenciar e solucionar os celeumas que se estabeleceram, deixando de cumprir com o seu papel de compatibilizar interesses dos agentes em conflito, a fim de garantir o equilíbrio do setor.

De fato, a intensa judicialização de ações visando a desoneração dos agentes dos impactos econômico-financeiros advindos das escolhas regulatórias estudadas neste trabalho são um indicativo de uma insatisfação generalizada dos agentes regulados em arcar com os ônus excessivos e não previstos contratualmente.

Importante ressaltar que o desequilíbrio econômico-financeiro a que os agentes regulados foram expostos são passíveis de levar os respectivos empreendimentos à bancarrota, com o término antecipado de contratos, prejudicando além do investidor o próprio usuário do serviço.

Em que pese a judicialização ter sido a solução encontrada pelos agentes prejudicados, percebe-se que em um ambiente extremamente sensível de contabilização e liquidação da CCEE, as decisões judiciais proferidas nos processos que discutiam a oneração de um determinado empreendimento, acabava por gerar consequências para um conjunto de agentes, considerando a natureza multilateral do Mercado de Curto Prazo – MCP. Este fato foi devidamente demonstrado a partir das novas demandas judiciais que foram ajuizadas em razão do impacto de decisões judiciais sobre os demais agentes do setor.

Em relação ao caso da Resolução CNPE nº 03/2013, embora o Governo Federal tenha editado a Lei nº 13.360/2016, que restringiu novamente o rateio do ESS apenas aos consumidores, ainda permanecem diversas ações judiciais que discutem a questão. Ou seja, apesar da tentativa de solucionar a celeuma através da edição de um diploma legal, os efeitos da escolha regulatória pautada por questões políticas persistem até o momento do fechamento deste trabalho.

No caso do GSF, as alternativas encontradas pelo Governo também não foram suficientes para aplacar a contento os problemas que surgiram nas liquidações do MCP. Neste caso, também houve a edição de um diploma legal, a Lei nº

13.203/2015, que objetivou a repactuação dos valores do GSF, com a condição de que os agentes desistissem das respectivas ações judiciais. Contudo, a adesão aos termos da aludida repactuação foi minoritária, permanecendo vigentes muitas decisões judiciais desonerando diversos agentes do rateio do GSF.

Quanto à CDE, foi editada a Lei nº 13.360/16, que tratou de alterações relevantes do setor elétrico, dentre as quais a transferência para a CCEE da gestão da CDE, anteriormente realizada pela Eletrobrás. Além disso, foi apresentado plano de redução das despesas da CDE até 31 de dezembro de 2017. Por fim, alterou-se a forma de rateio das quotas anuais da CDE. A partir do novo diploma legal, as quotas devem observar um ajuste gradual e uniforme, de 2017 a 2030, dos custos unitários da CDE, objetivando ao final que não haja diferenciação regional, bem como a diferenciação por nível de tensão siga 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, a Lei nº 13.360/2016 também pode ser compreendida como uma resposta à judicialização do setor.

Ante o risco de aumento da tarifa do consumidor em decorrência do modelo inicialmente pensado para cumprimento da decisão judicial, a ANEEL editou a Resolução Homologatória nº 2.084, de 14 de junho de 2016, por meio do qual o impacto das discussões judiciais da CDE foram alocados ao fundo do encargo setorial ao invés de refletir na tarifa de energia. Assim, a permanência de discussões que envolvam a CDE pode acarretar a insubsistência das políticas públicas que o encargo subsidia.

Por derradeiro, as escolhas regulatórias objeto de estudo não foram tomadas em um contexto técnico-regulatório, mas foram motivadas pelas circunstâncias políticas da época, além das fragilidades conjunturais e estruturais do sistema que acarretaram uma desordem na estrutura regulatória em razão de ser um setor que exige intenso investimento a longo prazo e é extremamente sensível a eventuais instabilidades do mercado.

Em que pese a atividade jurisdicional nos casos estudados ter acarretado um travamento do mercado em função da pluralidade de decisões judiciais desonerando diversos agentes a arcarem com os ônus a eles alocados, é possível perceber que a

massiva judicialização dessas questões foi importante para alertar o Estado sobre as inconsistências das escolhas regulatórias, fazendo com que fossem detectadas as falhas sistêmicas e a reconstituição de medidas visando o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos vigentes.

Em que pese o caráter propositivo não configurar o escopo principal do presente trabalho, a leitura e análise dos materiais que abordam os desafios do controle judicial sobre as decisões administrativas de natureza regulatória levam ao entendimento acerca da necessidade de adoção de medidas mitigadoras dos efeitos nefastos da judicialização excessiva do setor regulatório, dentre elas a criação de varas especializadas, possibilitando a melhor capacitação de juízes e assessores.

Ademais, é possível aferir que a desjudicialização somente irá ocorrer quando houver uma melhor comunicação entre o agente regulador e o regulado. As autoridades precisam aprender a ouvir os reclamos e interesses da sociedade e da própria iniciativa privada que resolveu investir no setor para que não haja uma generalizada insatisfação com as escolhas regulatórias.

Além disso, é preciso ter em mente que as decisões administrativas precisam ser tomadas com maior qualidade e análise técnica dos impactos, devendo ser norteadas pelo marco regulatório e não por contextos políticos pontuais.

Por fim, os agentes não podem delegar aos escritórios de advocacia a gestão dos seus negócios, de modo que a cada decisão administrativa desfavorável o agente não ingresse com uma ação judicial requerendo uma liminar. Isto é, como pode ser averiguado neste trabalho o deslocamento da solução administrativa para a judiciária acabou gerando impactos ainda mais nocivos ao setor, com o travamento do mercado.

BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Atlas do Setor Elétrico**. Disponível em: < http://www2.aneel.gov.br/arquivos/pdf/atlas_par1_cap1.pdf> Acesso em 20. Set. 2019 ;

_____. **ANEEL anuncia redução das tarifas de energia elétrica**. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output_Noticias.cfm?Identidade=6426&id_area=90>. Acesso em: 16 ago. 2019 ;

_____. **ANEEL constitui Comissão de Apoio ao Processo Regulatório sob a Perspectiva do Consumidor**. Disponível em: < https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao-2/-/asset_publisher/zXQREz8EVIZ6/content/aneel-constitui-comissao-de-apoio-ao-processo-regulatorio-sob-a-perspectiva-do-consumidor/656877?inheritRedirect=false.> Acesso em 17 ago. 2019

_____. **Aviso da Audiência Pública, AP 030/2013**, ANEEL. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/030/documento/integra_avisos_intercomunicacao_2mbio_ap_030_2013.pdf> Acesso em 13 ago. 2019;

_____. **Aviso da Audiência Pública Aneel nº. 032/2015**. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/032/documento/aviso_da_ap_032_2015_publicado_no_dou_de_28_05_2015_secao_3_pag_112.pdf> . Acesso em: 16. Ago. 2019.

_____. **Contribuição da APINE na Audiência Pública ANEEL 030/2013**. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/030/contribuicao/apine_ap030_2013.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2019;

_____. **Contribuição da APINE na Audiência Pública ANEEL nº 32/2015**. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/032/contribuicao/apine_ap_032_2015.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017

_____. **Contribuições das Centrais Elétricas Cachoeira Dourada S.A à Audiência Pública ANEEL 030/2013**. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/030/contribuicao/centrais_eletricas_cachoeira_dourada_s.a_ap030_2013.pdf> Acesso em: 13 ago. 2019;

_____. **Gestão de Recursos Tarifários**. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/gestao-de-recursos-tarifarios/-/asset_publisher/NGj5UwmpT1bZ/content/conta-de-desenvolvimento-energetico-cde/654800>. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. **Glossário de Termos/Interpretações e Relação de Acrônimos**. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2012/063/documento/glossa>>

rio_de_termos_interpretacoes_e_relacao_de_acr%C3%B4nimos__anexo.pdf. > Acesso em: 12 ago. 2019;

_____. **Nota Técnica nº 038/2015-SRG-SEM/ANEEL.** Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/032/documento/nt_038_-_srg_srm_deslocamento_do_mre-srm_final-18-5-2015-r2.pdf>. Acesso em: 16 ago 2019

_____. **Nota Técnica nº 061/2013-SEM/SRG/ANEEL.** Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2013/030/resultado/nt_061_2013_regras_cnpe.pdf> Acesso em 13 ago. 2019.

_____. **Nota Técnica nº 220/2015-SGT/ANEEL.** Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/057/documento/ntecnica_220_sic_16792015_sgt_2015-vap.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019;

_____. **Nota Técnica nº 329/2015-SGT/ANEEL.** Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/083/documento/nota_tecnica_329_sgt_aneel_cde_2016_ap.pdf>. Acesso em 21 ago. 2019

_____. **Panorama geral do setor elétrico e governança setorial.** Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/655804/14752877/Panorama+geral+do+setor+el%C3%A9trico+e+governan%C3%A7a+setorial_Victor.pdf/43046afc-c5ce-8f77-0f68-597e1dcfdfa0>. Acesso em 17.mai.2019 ;

_____. **Sistema de coleta de dados de energia – SCDE.** Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=http%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fbusca%3Fp_auth%3DxLlrDmYZ%26p_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D1%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_state_rcv%3D1&_101_assetEntryId=15056087&_101_type=content&_101_groupId=656835&_101_urlTitle=sistema-de-coleta-de-dados-de-energia-scde&inheritRedirect=true>. Acesso em 27.ago. 2019

_____. **Resolução Normativa ANEEL nº 622, de 19 de agosto de 2014.** Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/home?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2F&_101_assetEntryId=15050759&_101_type=content&_101_groupId=656835&_101_urlTitle=mercado-de-curto-prazo-mcp&inheritRedirect=true>. Acesso em 27.ago.2019 ;

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997;

ALLEN, G. The Private Finance Initiative (PFI). **Economic Policy and Statistics Section. House of Commons Library.** Research Paper 01/117. 2001. Disponível em:<<http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2001/rp01-117.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2019;

ALMEIDA, Guilherme Henrique La Rocque. **O controle judicial da regulação: o caso do setor elétrico**. Brasília: UNB, 2009. p. 32. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/4082>> . Acesso em: 25 maio 2017

ALMEIDA, Paula Joyce de Carvalho Andrade de. **O controle da atuação das agências reguladoras federais brasileiras**. 2007. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Presbiteriana Mackenzie; AMARAL, Aline Diniz;

CALMON, Paulo Calmon. **O novo ambiente regulatório das telecomunicações no Brasil, 2000**.

ARAGÃO. Alexandre Santos. **A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p.35-66, maio/ago.2013;

_____. **Agências Reguladoras e a evolução do Direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: forense, 2002;

ARAGÃO, Cid Arruda. **Controle Judicial sobre a Regulação Do Setor Elétrico: uma análise crítica a partir do estudo do caso do GSF**. Brasília, UniCEUB, 2012;

ARAUJO, Edmir Netto de. **A aparente autonomia das Agências Reguladoras**. MORAES, de Alexandre (Org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Ed. Atlas, 2002;

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS COMERCIALIZADORES DE ENERGIA. **Diferenças entre consumidores livres e cativos**. Disponível em: <<https://abraceel.com.br/mercado-livre/diferencas-entre-consumidores-livres-e-cativos/>>. Acesso em: 02.abr.2019;

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/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf> . Acesso em: 15/10/2019;

_____. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformação do Estado e Legitimidade Democrática**. SOUTO, Marcos Jurena Villela (Cord.). Regulação Jurídica do setor elétrico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006 ;

BARROSO, Luís Roberto. **Apontamentos sobre as Agências Reguladoras**. MORAES, de Alexandre (Org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Ed. Atlas, 2002;

BECKER, G. S. “Competition and Democracy”. *Journal of Law and Economics* 1, 1958 ;

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. 11. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17.mai. 2019;

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 17. Set. 2019

_____. **Decreto nº 5.163, 30 de julho de 2004**. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5163.htm>. Acesso em 17. mai.2019;

_____. **Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 1996**. Regulamenta a produção de energia elétrica por Produtor Independente e por Autoprodutor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2003.htm>. Acesso em 17.mai.2019;

_____. **Decreto nº 3.520, de 21 de junho de 2000**. Dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3520.htm>. Acesso em 17. mai.2019;

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 29.ago.2018 ;

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm >. Acesso em: 29.ago.2018.

_____. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm>. Acesso em 16. mai.2019 ;

_____. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm>. Acesso em 17.mai.2019;

_____. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm>. Acesso em 17. mai. 2019;

_____. **Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.** Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648cons.htm>. Acesso em 17.mai.2019;

_____. **Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002.** Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.648, de 27 de maio de 1998, nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 5.655, de 20 de maio de 1971, nº 5.899, de 5 de julho de 1973, nº 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10438.htm> Acesso em: 02. Set. 2019

_____. **Lei nº 10.847, de 15 de março de 2004.** Autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm>. Acesso em 17.mai.2019;

_____. **Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004.** Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm>. Acesso em 17.mai.2019;

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16. Ago. 2019

_____. **Lei nº 13.203, de 8 de dezembro de 2015.** Dispõe sobre a repactuação do risco hidrológico de geração de energia elétrica; institui a bonificação pela outorga; e altera as Leis nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, que dispõe sobre as concessões de energia elétrica, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, 9.478, de 6 de agosto de 1997, que institui o Conselho Nacional de Política Energética, 9.991, de 24 de julho de 2000, que dispõe sobre realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e

autorizadas do setor de energia elétrica, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.848, de 15 de março de 2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, e 11.488, de 15 de junho de 2007, que equipara a autoprodutor o consumidor que atenda a requisitos que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13203.htm>. Acesso em: 16. Ago. 2019

_____. **Lei nº 13. 360, de 17 de novembro de 2017.** Altera a Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971, a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, a Lei nº 12.111, de 9 de dezembro de 2009, a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, a Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, a Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, a Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, a Lei nº 13.169, de 6 de outubro de 2015, a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e a Lei nº 13.203, de 8 de dezembro de 2015; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13360.htm>. Acesso em: 13 ago 2019;;

CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Calendário. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticias-opiniao/calendario e http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_214628>. Acesso em: 06. Set. 2019

_____. **Comercialização.** Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/comercializacao?_afLoop=175064577071881&_adf.ctrl-state=117rfj5i52_27#!%40%40%3F_afLoop%3D175064577071881%26_adf.ctrl-state%3D117rfj5i52_31>. Acesso em: 02.abr.2019;

_____. **Comunicado publicado no sítio eletrônico da CCEE.** Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticiasopiniao/noticias/noticiacitura?contentid=CCEE_389081&_afLoop=468942791674431#%40%3Fcontentid%3DCCEE_389081%26_afLoop%3D468942791674431%26_adf.ctrl-state%3Djpf37glpj_17>. Acesso em: 19 ago 2019.

_____. **Entenda o mercado e a CCEE.** Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/como-participar/participe/entenda_mercado?_afLoop=174208038166676&_adf.ctrl-state=117rfj5i52_14#!%40%40%3F_afLoop%3D174208038166676%26_adf.ctrl-state%3D117rfj5i5218.>>. Acesso em: 13.jun.2019;

_____. **Informações sobre a Liquidação Financeira MCP – abr/16, de 21/06/2016.** Disponível em: <http://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticias-opiniao/comunicados>. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. **MRE.** Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/o-que-fazemos/como_ccee_atua/mre_contab?_afLoop=254976544566411&_adf.ctrl->

state=ibcj7046g_1#!%40%40%3F_afrLoop%3D254976544566411%26_adf.ctrl-state%3Dibcj7046g_5>. Acesso em: 14 ago. 2019.

_____. **Regras de Comercialização: Mecanismo de Realocação de Energia.** Versão 2019.1.0. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_p_id=audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=1&_audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_documentId=38538&_audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_tipoFaseReuniao=fase&_audienciaspublicasvisualizacao_WAR_AudienciasConsultasPortletportlet_jspPage=%2Fhtml%2Faudiencias-publicas-visualizacao%2Fvisualizar.jsp>. Acesso em: 27. Ago. 2019

_____. **Sector Elétrico.** Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/setor_eletrico?_afrLoop=171766523015654&_adf.ctrl-state=28vy4wewa_1#!%40%40%3F_afrLoop%3D171766523015654%26_adf.ctrl-state%3D28vy4wewa_5> Acesso em 20. Set. 2019;

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Discurso presidencial da MP nº 579/2012.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=555727>>. Acesso em: 30. Ago. 2019

CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943;

CERQUEIRA, Michele Nunes Freires. **Normas regulatórias brasileiras para incentivar o investimento privado no setor de geração de energia elétrica na última década: do modelo à realidade.** Brasília: UNB, 2013. p. 125. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/14846>> . Acesso em: 07 set. 2017 ;

CINTRA DO AMARAL. Antônio Carlos. **Concessão de Serviços Públicos: Novas Tendências.** São Paulo: Quartier Latin, 2012 ;

COHEN, Joshua. **Procedure and Substance in Deliberative Democracy.** In: BOHMAN, James; REHG, William (orgs.). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics.* Cambridge : MIT, 1997 ;

COSTA JÚNIOR, Alvaro Pereira Sampaio. **Judiciário e política regulatória: um estudo de caso sobre o papel das cortes e dos juízes na regulação do setor de telecomunicações.** 2007. p. 287 . Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007. p.37. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/3225>> . Acesso em: 12 ago 2019;

CUNHA, Paulo Cesar Fernandes. **Por que o GSF virou pesadelo? Caderno Opinião.** Disponível em:

<http://www.fgv.br/fgvenergia/paulo_gsf/files/assets/common/downloads/Paulo_GSF.pdf>. Acesso em: 16 ago 2019.

CERQUEIRA, Michele Nunes Freires. **Normas regulatórias brasileiras para incentivar o investimento privado no setor de geração de energia elétrica na última década: do modelo à realidade**. 2013. Dissertação (Mestrado Profissional em Regulação e Gestão de Negócios) Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p.125. Disponível em: < <http://repositorio.unb.br/handle/10482/14846>> Acesso em 13 ago. 2019;

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA. **Resolução nº 08, de 20 de dezembro de 2007**. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/10584/1139151/Resoluxo_8_CNPE_ALT.pdf/7e315cf2-e5e5-4b88-87d5-2d5cfc12d864. > Acesso em 13 ago. 2019 ;

Crise hídrica no Brasil. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/crise-hidrica-no-brasil/>>. Acesso em: 14 ago 2019

_____. **Resolução nº 03, de 6 de março de 2013**. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/10584/1139163/Resoluxo_CNPE_Nx_3_2013_NR.pdf/a6476730-0c23-4a59-8a87-881f7c6d895b> Acesso em 13. Ago 2019 ;

D'ANGIOLILLO, Pasquale. **Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale**. Nápoles. Edizioni Scientifiche Italiane, 2009;

DANTE, Pedro Henrique. **A força vinculante dos Contratos de Compra de Energia nos Ambientes Regulado e Livre (CCEAR e CCEAL)**. Disponível em: <<http://www.abceonline.com.br/XXIIsimposiojuridico/palestras/ApresentacaoABCEPedroDante.pdf>>. Acesso em: 13 ago 2019;

DEMSETZ, Harold. **“Why Regulate Utilities?”**. Journal of Law and Economics 11, 1968 ;

DEWEY, John. **The Public e its Problems**. Chicago. Swallow, 1954 ;

DINIZ, Antônio Carlos. **Teoria da legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna**. São Paulo: Landy, 2006;

DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL. Ambiente Energia, 2017. Disponível em: <<https://www.ambienteenergia.com.br/index.php/2017/07/distribuidoras-de-energia-brasil/32659>>. Acesso em: 13.jun.2019;

DOWS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. São Paulo: Edusp, 1999;

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**. Coimbra: Almedina, 1996;

DUTRA Joisa; AMORIM, Livia. **Alocação de Riscos e Reformas no Setor de Energia no Brasil**. Disponível em: <<https://editorabrasilenergia.com.br/joisa-dutra-e-livia-amorim-allocacao-de-riscos-e-reformas-no-setor-de-energia-no-brasil/>>. Acesso em: 16. Set.2019;

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

EISENMANN, Charles. **La légitimité juridique des gouvernements**. La légitimité. Paris : PUF, 1967;

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. **Anuário Estatístico de energia elétrica de 2018**. Disponível em: <<http://epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-160/topico-168/Anuario2018vf.pdf>>. Acesso em: 27. Ago. 2019 ;

_____. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 7. Ed. Atual. Por Gustavo Binenbojm, Rio de Janeiro: Forense, 2006;

FAGUNDES, Maria Aparecida de A. P. Seabra. **Os novos rumos do direito da eletricidade**. Revista de Direito Administrativo. Vol. 224, p. 1-29, 2001, p. 1 e 2 E Maurício T. Tolmasquim, In: Novo modelo do setor elétrico brasileiro, Rio de Janeiro: Synergia; Brasília: EPE, 2011;

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006;

FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. **Novos paradigmas da legitimação democrática da jurisdição constitucional no Brasil**. In: COUTINHO, Jacinto Miranda et al. (orgs.). Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

FONSECA, Igor Ferraz et al. **Potencial de efetividade das audiências públicas do Governo Federal**. Relatório de Pesquisa. Brasília: Ipea, 2013;

GAZETA DO POVO. **Investidor tem medo do Brasil. E isso tem a ver com as novelas da nossa Justiça**. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/investidor-tem-medo-do-brasil-e-isso-tem-a-ver-com-as-novelas-da-nossa-justica-3kg0jd8dfx6vu0wl7iro8qyhx/>> Acesso em 19. Set. 2019

GUERRA, Sérgio. **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. Out.2019 ;

_____. **Introdução ao direito das agências reguladoras**. Freitas Bastos Editora: Rio de Janeiro, 2004;

GIANNINI, Massimo Severo. **Derecho administrativo**, v. I, Madri: MAP, 1991;

GIRARDI, Claudio; TISI, Yuri Schimitke A. Belchior. **Inconstitucionalidade da Resolução n. 3/2013 do CNPE e seus efeitos jurídico-regulatório**. In: Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica. Coordenado por Fábio Amorim da Rocha. Tomo II. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2013;

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003;

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The costs of rights : why Liberty dependson Taxes**. Nova York, 1999; GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos do Direito: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

IRARDI, Claudio; TISI, Yuri Schimitke A. Belchior. **Inconstitucionalidade da Resolução n. 3/2013 do CNPE e seus efeitos jurídico-regulatório**. In: Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica. Coordenado por Fábio Amorim da Rocha. Tomo II. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2013

IRWIN, T.; KLEIN, M; PERRY, G.E.; THOBANI, M. **Dealing with public risk in private infrastructure: an overview**. In: _____. Dealing with public risk in private infrastructure. World Bank Latin American and Caribbean Studies, [S. l.], p. 1-19, 1997 ;

JORION, O. **“Value at risk: a nova fonte de referência para o controle do risco de mercado”**. São Paulo: Bolsa de Mercadorias & Futuros, 1998 ;

LANDAU, Elena; DUTRA, Joisa; SAMPAIO, Patrícia (Org. Luiz Chrysostomo de Oliveira Filho). **O Estado e a iniciativa privada no setor elétrico: uma análise das duas últimas décadas (1992-2012). Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013;

LYNCH, Christian Edward Cyril. **Togados da breca: de Rui a Joaquim, barbosismo no STF. Insight Inteligência**, v. 59, p. 40, Rio de Janeiro, 2012;

Maior crise hídrica de São Paulo expõe lentidão do governo e sistema frágil. Disponível em:

<https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/03/140321_seca_saopaulo_rb>.

Acesso em: 14 ago. 2019. Crise Hídrica no Sudeste Brasileiro. Disponível em: <<http://www.ceped.ufsc.br/20142015-crise-hidrica-no-sudeste-brasileiro/>>. Acesso em: 14 ago 2019;

MAKI, Nádia. **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.** Universidade de Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/documents/656835/14876412/Monografia+N%C3%A1dia+Maki.pdf/772ba638-0ce4-101b-a59f-787e2eea2331>> Acesso em: 17.Out.2019

MARTINS, Dimitri Melo Rodrigues. **Setor Elétrico Brasileiro: Análise do Investimento de Capital e Usinas Termelétricas.** 2008 (mestrado em Economia). Centro de Ciências Sociais, PUC-Rio. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=12130@1>>. Acesso em 27 ago. 2019;

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade.** 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: 2017;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 32^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006;

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo.** Belo Horizonte: Fórum, 2014;

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. **Nota Técnica nº 05/2017/AEREG/SE.** Disponível em: <http://www.mme.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_auth=016BbdeG&p_p_id=consultapublicaexterna_WAR_consultapublicaportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_consultapublicaexterna_WAR_consultapublicaportlet_arquivold=203&_consultapublicaexterna_WAR_consultapublicaportlet_javax.portlet.action=downloadArquivoAnexo>. Acesso em 15.mai.2019

_____. **Portaria MME nº 303, de 18 de novembro de 2004.** Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/documents/10584/1290149/Portaria+303+de+18-11-2004+Publicado+no+DOU+19-11-2004/6acba3a2-0c75-4829-ab10-32b434439115;jsessionid=2546679CC14BCA93C0C2C05101DE3351.srv155>>. Acesso em: 28. ago. 2019 ;

_____. **Projeto de Lei de Modernização e Abertura do Mercado Livre de Energia Elétrica.** Disponível em: <http://www.mme.gov.br/web/guest/pagina-inicial/outras-noticias/-/asset_publisher/32hLrOzMKwWb/content/projeto-de-lei-de-modernizacao-e-abertura-do-mercado-livre-de-energia-eletrica> Acesso em 15.mai.2019;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política (legislativa, administrativa e judicial).** Rio de Janeiro: Renovar, 1992;

_____. **Novos institutos consensuais da ação administrativa.** Revista de Direito Administrativo. V. 231, p. 142, jan-mar.2003;

_____. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2008;

MORENGO, José A. **A seca e a crise hidrológica de 2014-2015 em São Paulo.** Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/viewFile/110101/108684>>. Acesso em: 02.set. 2019 ;

Nasa mostra que seca no Brasil é pior do que se pensava. 30.10.2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/nasa-mostra-que-seca-no-brasil-e-pior-do-que-se-pensava/>> Acesso em: 02. Set. 2019

NERY, Eduardo (org.) **Mercados e Regulação de energia elétrica.** Rio de Janeiro: Interciência, 2012;

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa.** Barcelona: Gedisa, 1997;

NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura.** São Paulo: QuartierLatin, 2011;

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório.** 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015;

_____. **Princípios do Direito Administrativo.** 2. Ed. São Paulo: Método, 2013;

ORTEGA, Luiz; SIERRA, Susana de la. **Ponderación y Derecho administrativo.** Madrid: Marcial Pons, 2009; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. **La ponderación de intereses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002;

PADIYAR, Vaijayanti; SHANKAR, Tarun; VARMA, Abhishek. **Risk management in PPP.** IL & FS Infrastructure Development Corporation LTD. Disponível em : <[http://www.ffdtoolkit.org/InfraDev/assets/10/documents/Padiyar%20et%20al%20-%20Risk%20Management%20in%20PPP%20\(2004\).pdf](http://www.ffdtoolkit.org/InfraDev/assets/10/documents/Padiyar%20et%20al%20-%20Risk%20Management%20in%20PPP%20(2004).pdf). > Acesso em 27.ago. 2019 ;

PARTNERSHIPS VICTORIA. **Risk allocation and contractual issues.** Department of Treasury and Finance, Melbourne: 2001. Disponível em: <[http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/RiskAllocationandContractualIssues1-Entire/\\$File/Risk%20Allocation%20and%20Contractual%20Issues1%20-%20Entire.pdf](http://www.partnerships.vic.gov.au/CA25708500035EB6/WebObj/RiskAllocationandContractualIssues1-Entire/$File/Risk%20Allocation%20and%20Contractual%20Issues1%20-%20Entire.pdf)>. Acesso em: 11 mar.2019 ;

PEREZ, Marcos Augusto PEREZ, M. A. **O risco no contrato de concessão de serviço público.** Fórum: Belo Horizonte, 2006

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** Rio de Janeiro: Campus, 2006;

_____. **Judiciário, Reforma e economia: a visão dos magistrados.** Rio de Janeiro: IPEA, 2003, p. 43. Disponível em: http://ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=4198. Acesso em 10.jan.2020

POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy.** Cambridge: Harvard University Press, 2005 ;

_____. **Teorias da regulação econômica.** In: MATTOS, Paulo (coord.) **Regulação Econômica e democracia: o debate norte-americano.** São Paulo: Editora 34, 2004;

PRAÇA, Julio Cesar Guimarães. FURST, Roberto Drumond. **A evolução do modelo da transmissão no setor elétrico brasileiro.** In: **A gestão do sistema de transmissão no Brasil.** Roberto Gomes (Org.). Rio de Janeiro: FGV, 2012;

REIS, Lineu Belico. **Geração de Energia Elétrica.** 2.ed. Barueri, SP: Manole, 2011;

RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceira PúblicoPrivada Fundamentos Econômicos-Jurídicos.** 1ª Ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2007 ;

_____. **Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos.** São Paulo: Atlas, 2011,

ROSENBLATT, José; LINO, Priscila Rochinha. **Evolução dos Encargos Setoriais.** In: **Regulação Jurídica do Setor Elétrico** (Org. Elena LANDAU). Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011,

SAMPAIO, Thiago da Silva. **Reguladores, regulados e consumidores: estudo de caso sobre a Aneel.** Brasília: UNB, 2010. p. 44. Disponível em: < <http://repositorio.unb.br/handle/10482/7540>> . Acesso em: 11 ago 2019

SANCHES, Luiz Antônio Ugeda. **Curso de Direito da Energia: da história, tomo I.** São Paulo: Instituto de Geodireito Editora, 2011;

SCHMITT, Carl. **Legalidad e legitimidad.** Madri: Aguilar, 1971;

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL. **Ação Ordinária nº 24648-39.2015.4.01.3400**, distribuída à 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Juiz Charles Renaud Frazão de Moraes.

_____. **Ação ordinária 0033415-37.2013.4.01.3400.** Autora: Abeeólica. Distribuída em 17.08.2016. 8ª. Vara federal. Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa.

_____. **Ação Ordinária nº 020000-84.2013.4.01.3400.** Autora Abraceel. Distribuída em 10.02.2015. 22ª. Vara Federal. Desembargador Federal Maria do Carmo Cardoso

_____. **Ação Ordinária nº 27834-41.2013.4.01.3400**. Autoras Apine e Abragel. Distribuída em 28.07.2015. 4ª. Vara federal. Desembargador Federal José Amílcar Machado. Trânsito em julgado em 03/06/2019 favorável à Associação Autora;

_____. **Ação Ordinária nº. 0057770-43.2015.4.01.3400**, distribuída à 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Juíza Solange Salgado da Silva;

_____. **Ação Ordinária nº 58286-63.2015.4.01.3400**, distribuída à 20ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federa, Juíza Adverci Rates Mendes de Abreu;

_____. **Decisão proferida nos autos da Ação Ordinária nº 1004544-09.2015.4.01.3400/DF**: “os integrantes do sistema MRE anuíram com a avença relacionada, exclusivamente, ao pacto quanto à mitigação de riscos hidrológicos, como reza o art. 1º, § 5º, I, da Lei nº 10.848/04, não a ônus financeiro decorrente de decisões judiciais nas quais, sequer, integraram a lide”. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. > Acesso em =: 20. Set. 2019

SICILIANO, Gisella Cassará de Castellammare Scott. **Repactuação do Risco Hidrológico – Lei nº 13.203/2015 Versus Resolução Normativa Aneel nº 684/2015**. In: *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica*. Coordenado por Fábio Amorim da Rocha. Tomo V. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2016 ;

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro, 2. ed., 2005.

_____. **Função Regulatória**. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador/BA, n. 13, 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47359>> . Acesso em: 12 ago 2019 ;

SOUZA, Luiz Felipe Falcone de. **Aspectos Bilaterais e Multilaterais da Comercialização de Energia Elétrica** in *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica – Tomo V/Fábio Amorim da Rocha*, Coordenador. Rio de Janeiro: Synergia, 2016;

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: renovar, 2002;

STIGLER, George. *The Economic Theory of Regulation*. The Bell Journal of Economics, 1971, vol. 2 ;

TAMAROZI, Rodrigo. **“Identificação, modelagem e mitigação de riscos em operações de comercialização de energia elétrica no mercado brasileiro”**. Dissertação apresentada como requisito parcial do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Recursos Hídricos e Ambiental do Setor de Tecnologia da Universidade Federal do Pará. Curitiba, 2002 ;

The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Relatório **Fostering investment in infrastructure: lessons learned from OECD investment policy reviews** aponta a desverticalização no setor de energia como um dos fatores capazes de aumentar a participação de capital privado (OECD, 2015, p. 6 e 37. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Fostering-Investment-in-Infrastructure.pdf>>. Acesso em: 02.abr.2019;

TRAIN, Kenneth. Optimal Regulation. **The Economic Theory of Natural Monopoly**. 4. ed. Massachusetts: The MIT Press, 1995.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TC 013.099/2014-0**, de 29.04.2015, relator Vital do Rêgo. Disponível em: <www.tcu.gov.br/autenticidade> Acesso em: 02. Set. 2019;

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TC 032.981/2017-1**. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2019/05/032.981-2017-1-AC-CDE.pdf>. > Acesso em 10.set. 2019 ;

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Agravo de Instrumento nº 1001409- 04.2015.4.01.0000/DF**. Rel. Des. Federal Souza Prudente. Disponível em: <<https://portal.trf1.jus.br/portaltf1/pagina-inicial.htm>>. Acesso em: 05.set.2019 ;

THYMOS ENERGIA. **Judicialização sistêmica ameaça investimentos em energia**. Disponível em: <<http://thymosenergia.com.br/home/noticia.aspx?id=d8898d5d-4911-4c38-b77d-a53da2858b14>>. Acesso em: 14 mar. 2019 ;

VALLE, Daniel Ribeiro do; GOMES, Raphael. **Breves considerações sobre o MRE e sua conjectura atual**. Migalhas, 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI209997,21048-Breves+consideracoes+sobre+o+MRE+e+sua+conjectura+atual>. > Acesso em: 27. Ago. 2019;

VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. Theory of Legal Interpretation**. Cambridge : harvard University Press, 2006 ;

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)**. São Paulo: Malheiros, 1999;

_____. **Supremocracia**. In: SARMENTO, Daniel (org.) Filosofia e Teoria Constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009,

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. V. I.4.ed.Brasília: UnB, 2004;