



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Remessa Ex Offício - Turma Espec. III - Administrativo e Cível
Nº CNJ : 0199817-80.2017.4.02.5101 (2017.51.01.199817-7)
RELATOR : Desembargadora Federal NIZETE LOBATO CARMO
PARTE AUTORA : SAMUEL JOSE DE ESCOBAR MASSENA FAYAD
ADVOGADO : RJ144650 - SAMUEL JOSE DE ESCOBAR MASSENA FAYAD
PARTE RÉ : AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
PROCURADOR : PROCURADOR FEDERAL
ORIGEM : 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro (01998178020174025101)

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO POPULAR. REAJUSTE DE TARIFA. ENERGIA ELÉTRICA. BANDEIRAS TARIFÁRIAS. AUDIÊNCIA PÚBLICA. VIOLAÇÃO À MORALIDADE, PUBLICIDADE E PROIBIDADE ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA.

1. A sentença, submetida apenas a reexame necessário, negou a anulação da decisão de outubro/2017 da Agência Nacional de Energia Elétrica, que não incorreu em vício à moralidade, publicidade e probidade administrativa ao promover o reajuste das bandeiras tarifárias de energia elétrica sem prévia audiência pública.

2. É cabível a ação popular para questionar ato administrativo que supostamente desrespeitou princípios constitucionais que devem pautar a administração pública, pois essa via processual não é restrita à hipótese de lesão ao patrimônio público prevista no art. 1º, *caput*, da Lei nº 4.717/1965, visto o art. 5º, LXXVIII, da Constituição, claro ao dispor sobre sua veiculação para “*anular ato lesivo ao patrimônio público [...], à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural*”. Precedentes.

3. Ainda que por trás da pretensão fundada na ofensa a princípios administrativos possa estar, na verdade, a tentativa do autor-consumidor de frear reajuste na sua fatura de energia elétrica, deve-se avançar ao mérito para prestigiar o mais amplo acesso à justiça e a via processual de assento constitucional, conferindo maior legitimidade à atuação da agência reguladora.

4. O *reajuste* é mecanismo de atualização anual do valor da energia paga pelo consumidor, para restabelecer o poder de compra da concessionária. A *revisão* tarifária também é mecanismo de definição do valor da energia paga pelo consumidor, mas realizada a cada quatro anos, em média. As *bandeiras tarifárias* são sistema que sinaliza aos consumidores os custos da geração de energia, permitindo ao consumidor usá-la de forma mais consciente.

5. Nenhuma norma exige a realização de audiências públicas prévias aos *reajustes*, nem seria possível fazê-lo, diante da quantidade de distribuidoras de energia no país. Tais reacertos anuais da precificação ao consumidor são previstos em contrato, e, efetivamente, dispensam audiência pública para aplicação de metodologia previamente estabelecida.

6. O caso dos autos envolve o *reajuste* anual, com a particularidade de que a Aneel, ao aprovar a realização de audiência pública para a *revisão* tarifária, antecipou, extraordinariamente, a metodologia que se pretendia implementar para os próximos anos, “*diante da relevante*



perspectiva de aprimoramento nela embutida e de sua potencial repercussão positiva sobre o acionamento das Bandeiras Tarifárias no curto prazo”.

7. Nada foi feito às escondidas, tendo a Aneel atuado com transparência publicidade, amparada em análises técnicas, posteriormente submetidas a debate em audiência pública, ao final cancelando a nova metodologia.

8. Não foi produzido argumento ou prova capaz de infirmar a presunção de legitimidade do ato administrativo e não cabe ao Judiciário interferir no procedimento de precificação da Aneel, só à luz de genéricas alegações de violação à moralidade, legalidade, transparência ou probidade – de todo modo inexistente – sabido, ademais, que “*o reajuste de tarifas do serviço público é manifestação de uma política tarifária, solução, em cada caso, de um complexo problema de ponderação entre a exigência de ajustar o preço do serviço às situações econômicas concretas do seguimento social dos respectivos usuários ao imperativo de manter a viabilidade econômico-financeiro do empreendimento do concessionário*” (STF, RE 191532, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 29.8.1997).

9. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Decide a Sétima Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, **negar provimento à remessa necessária**, nos termos do voto do relator.

Rio de Janeiro, 3 de julho de 2019.

ANTÔNIO HENRIQUE CORREA DA SILVA

Juiz Federal Convocado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Remessa Ex Offício - Turma Espec. III - Administrativo e Cível
Nº CNJ : 0199817-80.2017.4.02.5101 (2017.51.01.199817-7)
RELATOR : Desembargadora Federal NIZETE LOBATO CARMO
PARTE AUTORA : SAMUEL JOSE DE ESCOBAR MASSENA FAYAD
ADVOGADO : RJ144650 - SAMUEL JOSE DE ESCOBAR MASSENA FAYAD
PARTE RÉ : AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
PROCURADOR : PROCURADOR FEDERAL
ORIGEM : 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro (01998178020174025101)

RELATÓRIO

O Juiz Federal **Wilney Magno** remete para reexame a sentença^[1] que julgou improcedentes o pedidos do cidadão **Samuel José de Escobar Massena Fayad** na ação popular em face da **Agência Nacional de Energia Elétrica**, convencido de que não foi demonstrado vício à moralidade, publicidade e probidade administrativa na decisão de reajuste tarifário divulgada pela **Aneel** em 24.10.2017, objeto do processo administrativo nº 48500.004186/2017-18.

A inicial narra que foi divulgado o reajuste de 42,8% no patamar 2 da bandeira tarifária vermelha, o que implica em salto na cobrança de R\$ 3,50 para R\$ 5,00 por kWh consumido, em vigor a partir de novembro/2017. O aumento, porém, não foi precedido de indispensável audiência pública, para propiciar a participação do cidadão na tomada de decisão da agência reguladora, em atendimento aos princípios da moralidade, publicidade e probidade. *“Sendo assim, torna-se inviável os reajustes tarifários propostos antes do término das aludidas audiências públicas”*.

A Procuradora Regional **Beatriz Barros** opina pelo desproimento da remessa necessária, pois *“analisando criteriosamente o presente feito, verifica-se que a sentença que julgou improcedente o pedido encontra-se escorreta e indene de quaisquer reparos”*.^[2]

É o relatório.

ANTONIO HENRIQUE CORREA DA SILVA
Juiz Federal Convocado

[1] Sentença de 27.9.2018, fls. 249/254.

[2] Manifestação de fls. 265/266.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Remessa Ex Offício - Turma Espec. III - Administrativo e Cível
Nº CNJ : 0199817-80.2017.4.02.5101 (2017.51.01.199817-7)
RELATOR : Desembargadora Federal NIZETE LOBATO CARMO
PARTE AUTORA : SAMUEL JOSE DE ESCOBAR MASSENA FAYAD
ADVOGADO : RJ144650 - SAMUEL JOSE DE ESCOBAR MASSENA FAYAD
PARTE RÉ : AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL
PROCURADOR : PROCURADOR FEDERAL
ORIGEM : 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro (01998178020174025101)

VOTO

A sentença, que confirmo, superou a preliminar de inadequação da via eleita nos seguintes termos:

A lesão à moralidade administrativa, vício que o Autor imputa à decisão que aprovou o reajuste de tarifa de energia elétrica combatido, é hipótese de cabimento da ação popular, nos termos inequívocos da norma do art. 5º, LXXIII, da CRFB, razão por que rejeito, sem maiores delongas, a defesa preliminar formal suscitada pela ANEEL.

O autor popular é advogado, em pleno gozo dos direitos políticos^[3], donde sua legitimidade ativa.

Efetivamente, o cabimento da ação popular não se restringe à hipótese de lesão ao patrimônio público prevista no art. 1º, *caput*, da Lei nº 4.717/1965^[4]. O art. 5º, LXXVIII, da Constituição é claro ao dispor sobre sua veiculação para “*anular ato lesivo ao patrimônio público [...], à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural*”.^[5] A jurisprudência do STJ também orienta que:

[...] 1. O Superior Tribunal de Justiça possui firme orientação de que um dos pressupostos da Ação Popular é a lesão ao patrimônio público. Ocorre que a Lei 4.717/1965 deve ser interpretada de forma a possibilitar, por meio de Ação Popular, a mais ampla proteção aos bens e direitos associados ao patrimônio público, em suas várias dimensões (cofres públicos, meio ambiente, moralidade administrativa, patrimônio artístico, estético, histórico e turístico). 2. Para o cabimento da Ação Popular, basta a ilegalidade do ato administrativo por ofensa a normas específicas ou desvios dos princípios da Administração Pública, dispensando-se a demonstração de prejuízo material.[...]

(STJ, AgInt no AREsp 949377, rel. Min. **Herman Benajmin**, Segunda Turma, DJe 20.4.2017)

[...] 3. Pode ser manejada ação popular com base na contrariedade aos princípios da administração (moralidade, legalidade, livre concorrência, etc.), independentemente de alegação e de comprovação de dano ao erário, com o



propósito de anular irregular contratação em licitação pública. Precedentes. [...] (STJ, REsp 986752, rel. Ministro **Castro Meira**, Segunda Turma, DJe 6.12.2012)

Portanto, é cabível a ação popular para questionar ato administrativo que supostamente desrespeitou princípios constitucionais que devem pautar a administração pública.

Ainda que por trás da pretensão fundada na ofensa a princípios administrativos possa estar, na verdade, a tentativa do autor-consumidor de frear reajuste na sua fatura de energia elétrica, esse vislumbre não autoriza a extinção da ação sem resolução do mérito, assim sendo para prestigiar o mais amplo acesso à justiça e a via processual de assento constitucional, e também porque a análise meritória confere maior legitimidade à atuação da agência reguladora. Os arts. 4º, 6º e 282, § 2º, do CPC/2015^[6] também recomendam o julgamento do mérito.

Superados tais aspectos, a sentença deu adequada solução à demanda, incorporando os fundamentos do parecer ministerial na instância de origem, nos seguintes termos:

O exame das teses fáticas e jurídicas atinentes à pretensão do Autor popular foi exaurido pelo Ministério Público Federal, no respeitável parecer de fls. 243/248, subscrito pelo Excelentíssimo Senhor Procurador da República, Doutor **RENATO DE FREITAS SOUZA MACHADO**. Assim e por motivo de economia processual, peço vênica e emprego as mesmas razões para fundamentar o desprovimento do pedido deduzido no item ‘b’ de fl. 6/7.

Com efeito, “Cinge-se a presente lide na suposta violação dos princípios da publicidade e moralidade administrativas por parte da Agência Nacional de Energia Elétrica, consubstanciada no aumento dito abusivo da tarifa de energia, a qual sofreu um reajuste em 42,8% no mês de outubro de 2017, com vigência prevista a partir de novembro do mesmo ano.

Mediante análise detida dos autos às fls. 13-14, verificou-se que a referida matéria era objeto do Processo Administrativo nº 48500.004186/2017-18, pautado na 40ª Reunião Pública Ordinária da Diretoria de 2017. Neste, decidiu-se instaurar Audiência Pública, por intercâmbio documental, em duas partes, sendo a primeira entre os meses de outubro e novembro de 2017 e a segunda no último mês do ano, além de se aplicar o ajuste tarifário supracitado a partir do mês de novembro, tendo em vista a potencial repercussão positiva sobre o acionamento das bandeiras tarifárias no curto prazo.

(...)

Inicialmente, deve-se mencionar que a opção adotada pela Diretoria da parte ré é de ordem técnica, de modo que se caracteriza como atribuição da própria ANEEL, não havendo, pois, exigência legal, seja na Lei 9.427/96 ou qualquer outra de realização prévia de audiência pública para se implementar revisão tarifária.

Da mesma forma, sob o prisma da discricionariedade do poder regulador da mencionada Agência, vislumbra-se a relação da política de reajuste adotada com as atribuições e finalidades insculpidas nos arts. 2º e 3º, I, XIV e XXI, da Lei instituidora da ANEEL, os quais lecionam:

Art. 2º - A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por



finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Art. 3º – Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1985, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no §1º compete à ANEEL: (...).

I – implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

(...).

XIV – aprovar as regras e os procedimentos de comercialização de energia elétrica, contratada de formas regulada e livre;

(...).

XXI – definir as tarifas das concessionárias de geração hidrelétrica que comercializarem energia no regime de cotas de que trata a Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012.

Diante dos dados apresentados, a análise do MPF restringe-se aos aspectos legais do instrumento regulador e à observância dos ditames constitucionais eventualmente violados, cabendo à Agência Nacional de Energia Elétrica a realização e deliberação acerca dos estudos técnicos e medidas efetivas desenvolvidas, com o fito de regular o seu setor de atuação e coibir colapsos, tais como crise energética.

Em que pese a ausência de realização das audiências públicas, conforme ressaltado na exordial, a publicidade dos atos deliberativos e decisórios da Diretoria na 40ª Reunião Ordinária não restou prejudicada, uma vez que esta possibilitou o acesso público ao debate, já que houve transmissão pela internet. Corrobora para esse fato o questionamento apresentado pelo autor, ainda em outubro de 2017, ou seja, poucos dias após a conclusão do julgamento do processo de nº 48500.004186/2017-18.

Registre-se que este órgão, ainda em 2017, instaurou o procedimento preparatório de nº 1.16.000.003302/2017-71, no intuito de apurar possíveis irregularidades no aumento de tarifas de energia elétrica em 19 municípios do Vale do Paraíba no Estado de São Paulo, diante da suspeita abusividade da alteração, fato que aproxima o mencionado procedimento com esta lide. Após a devida instrução, decidiu-se pelo arquivamento do feito, uma vez que a ANEEL procedia adequadamente no que concernia à missão de regular as questões atreladas às tarifas para o setor energético brasileiro, sendo que essas só passam por reajustes após amplo estudo técnico.

O mesmo ocorre no caso destes autos, posto que antes da realização da supracitada reunião foram elaboradas Nota Técnica e Análise de Impacto



Regulatório, os quais poderiam ser discutidos quando da realização da conferência pública. Ademais, no tocante às medidas adotadas, não permite-se concluir que, mesmo que houvesse audiência pública prévia à revisão, a decisão vindoura seria diversa da tomada.

Quanto ao mérito, deve-se frisar que a revisão operada pela autarquia influi diretamente sobre a metodologia das bandeiras tarifárias, e não sobre a tarifa em geral, de modo que não repercute em aumento substancial para o consumidor médio. Ressalte-se que os parâmetros adotados por cada responsável por um setor de políticas públicas, comprometido com as metas apresentadas por sua respectiva legislação, situa-se no âmbito do Poder Discricionário da Administração Pública, excluindo, salvo excepcionalmente, a intervenção do Poder Judiciário em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º, da Constituição Federal.

Quanto a esse ponto, ensinam José dos Santos Carvalho Filho e Marçal Justen Filho, respectivamente:

‘As limitações à atividade administrativa abrangem, inclusive, a denominada discricionariedade técnica, no âmbito da qual se atribui à Administração o poder de fixar juízos de ordem técnica, mediante o emprego de noções e métodos específicos das diversas ciências ou artes. Tal poder é assegurado a algumas agências reguladoras com eminente função técnica, como as que atuam nas áreas de energia elétrica, telecomunicações e exploração de petróleo. Embora se revele possível o controle de legalidade nesses casos, sempre poderá haver alguma margem eminentemente discricionária, particularmente quando presente o intuito de auxiliar a Administração quanto aos critérios de conveniência e oportunidade, não parecendo razoável o entendimento de que [nunca] haverá espaço para a discricionariedade’.

(Manual de Direito Administrativo, 29ª ed. 2015).

‘A distinção entre discricionariedade normativa e decisória apresenta grande relevância prática no cenário jurídico atual, especialmente quando se controverte sobre as competências das agências reguladoras setoriais. É imperioso reconhecer a elas a titularidade de competência discricionária decisória. Quando uma autoridade administrativa realiza uma escolha entre diversas alternativas de solução para problemas concretos, sendo todas essas soluções previstas e autorizadas numa norma jurídica, não existe exercício de poderes de natureza legislativa.

Não há impedimento constitucional a que uma agência reguladora produza essa espécie de concretização de normas jurídicas. O que não se pode admitir é que a ausência de lei autorizando um elenco de escolhas para a autoridade administrativa seja suprida por ato infralegislativo. A autoridade administrativa não é investida de competência para criar normas de conduta não delineadas por uma lei.’ (Curso de Direito Administrativo, 12ª ed. 2016).”



Não restaram configurados, então, os vícios que o Autor popular imputou à decisão de reajuste tarifário de energia elétrica, decretada no Processo Administrativo ANEEL nº 48500.004186/2017-18.

Por tais motivos, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO formulado na petição inicial (art. 487, inciso I, do CPC).

Deixo de condenar o Autor ao pagamento das custas judiciais e de honorários advocatícios de sucumbência, ante a gratuidade constitucional e legalmente deferida ao exercício do instrumento de democracia participativa em exame – com ressalva, apenas, dos casos de má-fé, inexistente na situação dos autos.

São distintos o *reajuste* tarifário e a *revisão* tarifária.

O *reajuste* é mecanismo de atualização **anual** do valor da energia paga pelo consumidor, para restabelecer o poder de compra da concessionária.^[7] A *revisão* tarifária também é mecanismo de definição do valor da energia paga pelo consumidor, mas realizada **a cada quatro anos**, em média.^[8] Quanto às *bandeiras tarifárias*, são sistema que sinaliza aos consumidores^[9] os custos da geração de energia, permitindo ao consumidor usá-la de forma mais consciente^[10]. A contestação da **Aneel** esclarece que:

[...]

82. As bandeiras tarifárias não trazem custos adicionais à conta de energia do consumidor. Elas são apenas uma forma diferente de cobrar um custo que já estava incluído na conta de energia, mas que geralmente passava despercebido. As bandeiras tarifárias refletem custos passíveis de repasse tarifário, conforme Contrato de Concessão, e atendem as diretrizes do art. 1º, §4º, do Decreto nº 4.562, de 2002. A diferença é que, antes das bandeiras tarifárias, a variação mensal do custo da energia, para mais ou para menos, era repassada ao consumidor com uma defasagem temporal de até um ano, nos reajustes e revisões tarifárias contratuais, por meio do componente financeiro da CVA. As bandeiras sinalizam, mês a mês, o custo da energia elétrica que será cobrada dos consumidores.

83. As tarifas de energia elétrica representam a maior parte da conta de energia dos consumidores e cobrem os **custos fixos** da concessionária com a compra de energia para atendimento do seu mercado cativo. As bandeiras tarifárias, por sua vez, refletem os **custos variáveis** da compra de energia. Dependendo das condições hidrológicas e das usinas despachadas para o atendimento da carga do sistema, esses custos podem ser maiores ou menores.

84. Nos reajustes, os custos de compra de energia da distribuidora são estimados considerando um cenário favorável de geração, ou seja, um cenário em que a bandeira é verde.

Se o cenário for realmente favorável, a bandeira será verde e o consumidor não precisa pagar nada a mais pela energia. Se os custos de geração forem maiores e for necessário acionar as bandeiras amarela ou vermelha, o consumidor paga a variação do custo da energia por meio das bandeiras tarifárias. Em resumo, as bandeiras refletem a variação mensal do custo da energia elétrica no Sistema Interligado Nacional - SIN.



85. O sistema de bandeiras oferta ao consumidor informação mais precisa e transparente sobre o custo da energia elétrica, em tempo real. Com isso, o consumidor ganha um papel mais ativo na definição do valor da sua conta de energia. Ao saber, por exemplo, que a bandeira está vermelha, o consumidor pode adaptar seu consumo e diminuir o valor da conta (ou, pelo menos, impedir que ela aumente). Além disso, dado um cenário de escassez de água nos reservatórios das hidrelétricas, a alteração no perfil de consumo agregado, resultante do sinal tarifário fornecido pelas bandeiras tarifárias, pode trazer benefícios para sistema elétrico como um todo, na medida em que há o incentivo à adoção de práticas de eficiência no uso da energia elétrica.

86. Pela regra anterior, que previa o repasse da variação dos custos da energia somente nos reajustes tarifários anuais, o consumidor não tinha a informação de que o custo da energia estava elevado no momento em que ele ocorria e, portanto, não tinha um sinal econômico para reagir a esse custo mais alto. Ademais, antes da vigência das bandeiras tarifárias a variação mensal do custo da energia, para mais ou para menos, era repassada ao consumidor com uma defasagem temporal de até um ano, por meio do mecanismo da CVA, incidindo ainda a remuneração pela Taxa Selic, mais um fator que reforça o entendimento que as bandeiras trabalham em favor da modicidade tarifária.

87. Não existe, portanto, um novo custo, mas um sinal de preço que sinaliza para o consumidor o custo real da geração no momento em que ele está consumindo a energia, dando a oportunidade de adaptar seu consumo, se assim desejar.

Não há norma que exija a realização de audiências públicas prévias aos **reajustes**, nem seria possível fazê-lo, diante da quantidade de distribuidoras de energia no país. Tais reajustes anuais da precificação ao consumidor são previstos em contrato, e, efetivamente, dispensam audiência pública para mera aplicação de determinada metodologia previamente estabelecida. A **Aneel** costuma valer-se de audiências públicas para as **revisões** tarifárias, mas as Leis nºs 8.987/1995^[11]; 9.427/1996^[12]; e 10.438/2002^[13] não as exigem para tal fim, salvo, genericamente, no art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.427/1996:

Art. 4º. A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia.

§ 1º. O decreto de constituição da ANEEL indicará qual dos Diretores da autarquia terá a incumbência de, na qualidade de ouvidor, zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários.

§ 3º. O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.



Especificamente quanto às revisões de tarifas, a Lei nº 9.427/1996 prevê:

Art. 3º. Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL:

XI - estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica realizado às concessionárias e permissionárias de distribuição, inclusive às Cooperativas de Eletrificação Rural enquadradas como permissionárias, cujos mercados próprios sejam inferiores a 500 (quinhentos) GWh/ano, e tarifas de fornecimento às Cooperativas autorizadas, considerando parâmetros técnicos, econômicos, operacionais e a estrutura dos mercados atendidos;

XVI - homologar as receitas dos agentes de geração na contratação regulada e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de distribuição de energia elétrica, observados os resultados dos processos licitatórios referidos no inciso XV do caput deste artigo;

XVIII - definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição, sendo que as de transmissão devem ser baseadas nas seguintes diretrizes:

a) assegurar arrecadação de recursos suficientes para a cobertura dos custos dos sistemas de transmissão, inclusive das interligações internacionais conectadas à rede básica;

b) utilizar sinal locacional visando a assegurar maiores encargos para os agentes que mais onerem o sistema de transmissão;

XX - definir adicional de tarifas de uso específico das instalações de interligações internacionais para exportação e importação de energia elétrica, visando à modicidade tarifária dos usuários do sistema de transmissão ou distribuição.

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

I - no contrato de concessão ou permissão resultante de licitação pública, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II - no contrato que prorrogue a concessão existente, nas hipóteses admitidas na Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995;

III - no contrato de concessão celebrado em decorrência de desestatização, nos casos indicados no artigo 27 da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995;

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

§ 1º. A manifestação da ANEEL para a autorização exigida no inciso IV deste artigo deverá ocorrer no prazo máximo de trinta dias a contar da apresentação da proposta da concessionária ou permissionária, vedada a formulação de exigências que não se limitem à comprovação dos fatos alegados para a revisão ou reajuste, ou dos índices utilizados.

§ 2º. A não manifestação da ANEEL, no prazo indicado, representará a aceitação



dos novos valores tarifários apresentados, para sua imediata aplicação.

Art. 30. Durante o período de trinta e seis meses, contados da data de publicação desta Lei, os reajustes e revisões das tarifas do serviço público de energia elétrica serão efetuados segundo as condições dos respectivos contratos e legislação pertinente, observados os parâmetros e diretrizes específicos, estabelecidos em ato conjunto dos Ministros de Minas e Energia e da Fazenda.

À luz de tais normas, o STJ já decidiu o seguinte (os negritos são meus):

[...] 11. A Lei 8.987/1995, ao dispor sobre o regime de concessão e permissão da prestação dos serviços públicos, estabelece que "A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação" (art. 4º). O referido diploma normativo, ao afirmar que "Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato" (art. 6º), define serviço adequado no §1º como "o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas". 12. A natureza contratual da concessão de serviços públicos, cujos critérios de fixação do valor da tarifa e de quais elementos poderão ou não compor o valor do preço cobrado dos usuários, impede o conhecimento da matéria em Recurso Especial. Sob esse aspecto, avaliar a pretensão veiculada no Recurso Especial demanda a análise de cláusulas contratuais, ante o óbice erigido pela Súmula 5/STJ (a simples interpretação de cláusula contratual não enseja Recurso Especial). [...] 13. **A política pública de Bandeiras Tarifárias (verde, amarela e vermelha) busca equalizar a oscilação dos custos da produção de energia elétrica, repassando para os usuários do serviço público o valor de tarifa proporcional aos custos dos serviços. A Lei 10.438/2002 é bastante clara quanto ao ponto**, quando define já no seu art. 1º que "Os custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa, relativos à aquisição de energia elétrica (kWh) e à contratação de capacidade de geração ou potência (kW) pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE serão rateados entre todas as classes de consumidores finais atendidas pelo Sistema Elétrico Nacional Interligado, proporcionalmente ao consumo individual verificado, mediante adicional tarifário específico, segundo regulamentação a ser estabelecida pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel". 14. O mesmo diploma normativo ressalta a possibilidade da majoração das tarifas em periodicidade menor que a anual prevista no contrato administrativo (desde que aprovada pela Aneel - arts. 2º e 3º da Lei 9.427/1996), de modo a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, quando afirma: "Art. 4º A Aneel procederá à recomposição tarifária extraordinária prevista no art. 28 da Medida Provisória no 2.198-5, de 24 de agosto de 2001, sem prejuízo do reajuste tarifário anual previsto nos contratos de concessão de serviços públicos de distribuição de energia elétrica". 15. Assim, parece razoável que, diante



do quadro de escassez das chuvas em determinado período, para se evitar o "apagão elétrico" ocorrido em épocas anteriores, seja estabelecida uma política de preços das tarifas de energia de forma diferenciada para cobrir os custos adicionais pela utilização em maior grau das usinas termoeletricas, por exemplo, socializando os custos daí decorrentes com todos os usuários. 16. O STJ possui precedente firmado pela Primeira Seção que se amolda com perfeição ao caso: "Poderá o poder concedente, na forma do art. 11 da Lei n. 8.987/1995, prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas" (REsp 975.097/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 14.5.2010; EREsp 985.695/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 12/12/2014. 17. **Comprovada a competência regulatória da Aneel para editar atos normativos que autorizem a revisão dos valores das tarifas cobradas pelas concessionárias de energia elétrica, bem como a razoabilidade da criação de Bandeiras Tarifárias de acordo com os custos variáveis do serviço de energia elétrica, repassando esses custos aos usuários do sistema**, é forçoso concluir pelo não acolhimento da pretensão recursal. [...]

(STJ, REsp 1752945, rel. Ministro **Herman Benjamin**, Segunda Turma, DJe 2.11.2018)

O caso dos autos envolve o *reajuste* anual, porém, com a particularidade de que a **Aneel**, ao aprovar a realização de audiência pública para a *revisão* tarifária, antecipou, **extraordinariamente**, a metodologia que se pretendia implementar para os próximos anos, *“diante da relevante perspectiva de aprimoramento nela embutida e de sua potencial repercussão positiva sobre o acionamento das Bandeiras Tarifárias no curto prazo”*:

9. Processo: 48500.004186/2017-18 Assunto: **Proposta de abertura de Audiência Pública com vistas a colher subsídios e informações adicionais para a revisão da metodologia das Bandeiras Tarifárias.**

Áreas Responsáveis: Superintendência de Regulação dos Serviços de Geração – SRG, Tarifárias. Áreas Responsáveis: Superintendência de Regulação dos Serviços de Geração – SRG, Superintendência de Regulação Econômica e Estudos do Mercado – SRM, Superintendência de Gestão Tarifária – SGT. Relator: Tiago de Barros Correia Decisão: A **Diretoria, por unanimidade, decidiu instaurar Audiência Pública, por intercâmbio documental, conforme proposta apresentada pela Nota Técnica nº 133/2017-SRG/SRM/SGT/ANEEL, em duas partes: (i) a primeira, com duração de 45 dias (início em 26 de outubro de 2017 e término em 11 de dezembro de 2017), quando serão submetidas a referida Nota Técnica e respectiva Análise de Impacto Regulatório - AIR para contribuições; e (ii) a segunda, com duração de 15 dias (início em 12 de dezembro de 2017 e término em 27 de dezembro de 2017), para oportunizar manifestações relativas apenas às contribuições recebidas na primeira parte da Audiência Pública. A Diretoria decidiu, ainda, aplicar essa sistemática, em**



caráter extraordinário, a partir de novembro de 2017, diante da relevante perspectiva de aprimoramento nela embutida e de sua potencial repercussão positiva sobre o acionamento das Bandeiras Tarifárias no curto prazo. Houve apresentação técnica por parte do Sr. Bruno Goulart de Freitas Machado, da Superintendência de Regulação dos Serviços de Geração – SRG. Houve sustentação oral por parte do Sr. Marco Delgado, representante da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica - Abradee e das empresas Cemig Distribuição S.A. – Cemig-D, Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. e Copel Distribuição S.A. – Copel-Dis. Ordem de julgamento: 33 **Ato(s) Administrativo(s): Aviso de Abertura de Audiência Pública nº 61/2017.**

Aneel^[14]:

Contudo, nada foi feito às escondidas, conforme suficientemente esclarecido pela

39. Primeiramente, cumpre esclarecer que a ANEEL procedeu, no tocante ao referido ato administrativo, com estrita observância do princípio da publicidade. O ato administrativo cuja legitimidade é questionada na demanda foi tomado em Reunião Pública de sua Diretoria, com a realização de amplos debates e sob escrutínio público tanto presencialmente, quanto para toda a população, tendo em vista que a mesma é transmitida em tempo real pela internet, sem a necessidade de prévio cadastro ou senha para sua avaliação (40ª REUNIÃO PÚBLICA ORDINÁRIA DA DIRETORIA DE 2017, em 24 de outubro de 2017).

40. Por fim, comprovando respeito pleno ao princípio da publicidade, a referida decisão foi imediatamente levada a registro e divulgação no site da Agência, tendo sido publicado no Diário Oficial em 26 de outubro de 2017, seção 3, p.106, v.154, n.206 (Aviso de Audiência Pública nº 61/2017).

O aumento foi precedido de análises técnicas e processo administrativo, inexistindo qualquer ofensa à moralidade, publicidade ou probidade que justifique a anulação do reajuste, mormente em ação popular sem a participação das concessionárias que seriam diretamente atingidas – já que **os reajustes são baseados nos seus custos**. Mais uma vez, são suficientes os esclarecimentos da **Aneel**, convincentes da inexistência de ofensa aos princípios constitucionais invocados:

48. Quanto a esse pormenor cabe destacar que o reajuste de 42,8% se dá sobre um componente que possui uma importância muito reduzida no cômputo da despesa real dos consumidores de energia elétrica. Tal majoração determinada provisoriamente pela ANEEL no ato impugnado não possui a dimensão sugerida na petição inicial, tampouco possui potencial de “causar danos à economia popular” eis que corresponde, em realidade, a um aumento da ordem de 3% (três por cento) no valor da conta de energia de uma família típica.

49. Por fim, a pequena dimensão do reajuste a ser percebido pelos consumidores em comparação com os benefícios coletivos decorrentes da conscientização – inclusive através de diversas matérias na imprensa - da precariedade dos níveis dos reservatórios das usinas hidrelétricas e do altíssimo



custo de geração de energia (que refletiria em reajustes futuros muito elevados) demonstram a moralidade da medida. Trata-se de reajuste módico, provisoriamente estabelecido, com fundamento em estudos técnicos e em situação crítica de geração nunca verificados.

50. Não seria admissível - nem moral - que a Administração se omitisse diante da maior crise hídrica registrada no setor elétrico, com reservatórios em condições críticas, com a necessidade de despacho de todas as usinas térmicas disponíveis e o custo da energia atingindo patamares inéditos. **A inação ou mesmo a decisão de determinar o aumento do valor da bandeira tarifária somente após a conclusão da respectiva Audiência Pública (ou seja, com atraso de três meses em relação à data estabelecida) seria uma medida que violaria o interesse público diante da mais catastrófica crise hídrica das últimas décadas.**

51. Dadas as condições críticas de geração hidráulica e dos patamares inéditos do custo de geração de energia é que se tomou a medida de estabelecer um valor provisório do patamar 2 da bandeira vermelha a vigor – provisoriamente, por três meses – enquanto é realizada a respectiva audiência pública, para colheita de subsídios e arbitramento do novo e definitivo valor que pode ser – inclusive – superior aos R\$ 5,00/MWh estabelecidos provisoriamente no ato impugnado

52. Ao contrário do que afirma o autor popular, portanto, no procedimento de alteração da metodologia das bandeiras tarifárias, além dos estudos técnicos que acompanham o processo, houve a abertura permanente para participação dos interessados, inclusive consumidores, na formação da decisão final.

53. O manuseio do Processo Administrativo 48500.004186/2017-18, em que se analisa a matéria, registra, no anexo, 16 contribuições em relação à Nota Técnica 133/2017-SRG-SEMSGT/ANEEL, que propôs o impugnado reajuste, a comprovar a manifestação participativa, inclusive de consumidores.

54. Além da abertura plena e constante do processo administrativo, a possibilitar a participação dos agentes e consumidores, houve a proposta de audiência pública específica, que está em andamento, a fim de colher novas contribuições, com os prazos estipulados entre 26 de outubro até 11 de dezembro de 2017, e entre 12 e 27 de dezembro para manifestações quanto às contribuições apresentadas.

55. Passou-se a adotar, desde já, a nova sistemática em decorrência da sua “potencial repercussão positiva sobre o acionamento das Bandeiras Tarifárias no curto prazo”.

56. O reajuste não impõe, como equivocou-se o autor popular, um acréscimo de 42% sobre a tarifa de energia, mas estabelece incremento das bandeiras tarifárias, sendo sua repercussão bem menor do que a propalado, portanto, em torno de 3%.

57. Ademais, mostra-se completamente impertinente a comparação do reajuste com índices de inflação que levam em conta elementos diversos dos considerados no cálculo das tarifas de energia elétrica. Os índices de inflação são decorrentes do comportamento de determinado mercado, quando se trata de energia elétrica, a complexidade é bem maior, conforme se verifica dos estudos que



compõe o processo administrativo em anexo.

58. A seguir, passaremos a situar o tema bandeiras tarifárias, para compreender o instituto e perceber que o reajuste proposto não visa e nem tem o efeito de prejudicar o consumidor, mas aperfeiçoar o mercado de energia elétrica no que se refere ao REGIME TARIFÁRIO diante de prolongados ou episódicos momentos de crise hidrológica em benefício de todos os agentes, inclusive os consumidores, a evitar futuros reajustes na tarifa de forma permanente.

[...]

67. Portanto, é necessário esclarecer inicialmente que, qualquer que seja o custo incorrido pela distribuidora com a aquisição de energia para atendimento de seu mercado, lhe é assegurado o repasse desse custo aos consumidores, quer seja no processo tarifário em processamento ou no posterior. Isto porque, nos reajustes tarifários, as diferenças de custos incorridos com compra de energia nos doze últimos meses são repassadas aos consumidores por meio da CVA. Portanto, sem a aplicação das Bandeiras Tarifárias, os custos não previstos com geração de energia são refletidos nas tarifas com uma defasagem temporal de até um ano.

[...]

70. As metodologias de cálculo das tarifas são definidas pela ANEEL por meio de um amplo processo de discussão com a sociedade. Inicialmente é feita uma análise de impacto regulatório para avaliar os custos e benefícios de cada alternativa metodológica, e depois os resultados dessa análise são submetidos ao processo de Audiência Pública, na qual são recebidas as contribuições e subsídios dos interessados, dando-se a devida transparência às decisões da Agência e a oportunidade de participação e contestação de toda a sociedade.

Assim, tem-se um processo evolutivo e participativo, que procura capturar a dinâmica atual da sociedade e não de um segmento específico, e isso é fundamental, pois afeta a dinâmica de todos os indivíduos da sociedade.

[...]

72. Basicamente, as bandeiras tarifárias sinalizam, mês a mês, o custo da energia elétrica que será cobrada dos consumidores, com a ressalva de que esse sistema não impõe um custo novo para o consumidor pagar, sendo apenas uma forma diferente de cobrar um custo que já estava incluído na conta de energia, mas que passava despercebido pelo consumidor. As bandeiras sinalizam para o consumidor o custo real da geração no momento em que ele está consumindo a energia, dando-lhe a oportunidade de adaptar seu consumo, se assim desejar.

73. A título de conhecimento, em relação às análises técnicas que precederam a autorização de cobrança, informamos que a implementação do Sistema de Bandeiras Tarifárias foi submetida ao processo de Audiência Pública nº 120/2010, instaurada com a finalidade de obter subsídios e informações adicionais referentes à alteração da estrutura tarifária aplicada ao setor de distribuição de energia elétrica no Brasil.

74. A AP 120/2010 foi realizada no período de 17 de dezembro de 2010 a 18 de março de 2011, na qual foi disponibilizada a Nota Técnica nº 360/2010-SRE-SRD/ANEEL contendo proposta de substituição da sinalização tarifária sazonal



(tarifas diferenciadas conforme períodos seco e úmido) pelo Sistema de Bandeiras Tarifárias. As contribuições recebidas na referida audiência foram analisadas, resultando na aprovação do Sistema de Bandeiras Tarifárias pelo Módulo 7 do PRORET, cujas as análises que embasaram a decisão constam da Nota Técnica n.º 311/2011–SRE-SRD/ANEEL.

Em conclusão, não cabe ao Judiciário interferir no procedimento de precificação da **Aneel**, só à luz de genéricas alegações de violação à moralidade, legalidade e transparência – de todo inexistente –, sabido, ademais, que “*o reajuste de tarifas do serviço público é manifestação de uma política tarifária, solução, em cada caso, de um complexo problema de ponderação entre a exigência de ajustar o preço do serviço às situações econômicas concretas do seguimento social dos respectivos usuários ao imperativo de manter a viabilidade econômico-financeiro do empreendimento do concessionário*” (STF, RE 191532, rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, Primeira Turma, DJ 29.8.1997). Não foi, enfim, produzido argumento ou prova capaz de infirmar a presunção de legitimidade do ato administrativo.

Por tudo isso, NEGÓ PROVIMENTO à remessa necessária.

É o voto.

ANTONIO HENRIQUE CORREA DA SILVA

Juiz Federal Convocado

[3] Certidão eleitoral à fl. 8.

[4] **Art. 1º** Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

[5] **LXXIII** - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

[6] **Art. 4º** As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. [...] § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

[7] http://www.aneel.gov.br/entendendo-a-tarifa/-/asset_publisher/uQ5pCGhnyj0y/content/reajuste-tarifario-anual/654800?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fpt%2Fentendendo-a-tarifa%3Fp_id%3D101_INSTANCE_uQ5pCGhnyj0y%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D2

[8] http://www.aneel.gov.br/entendendo-a-tarifa/-/asset_publisher/uQ5pCGhnyj0y/content/revisao-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

tarifaria/654800?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fpt%2Fentendendo-a-tarifa%3Fp_id%3D101_INSTANCE_uQ5pCGhnyj0y%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D2

[9] Pelo lado das distribuidoras, a Nota Técnica nº 133/2017-SRG-SEM-SGT/ANEEL (fl. 182) explica: “7. *As Bandeiras Tarifárias são um mecanismo de arrecadação de recursos que visa fazer frente a importantes obrigações financeiras de curto prazo que recaem sobre o fluxo de caixa das Distribuidoras, vinculados a custos variáveis (custos de geração por fonte termelétrica e da exposição aos preços de liquidação no mercado de curto prazo) decorrentes do resultado da operação do Sistema Interligado Nacional – SIN*”.

[10] <http://www.aneel.gov.br/bandeiras-tarifarias>

[11] Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos.

[12] Institui a **Aneel**.

[13] 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

[14] Fls. 61/83.