

Aviso nº 1221-Seses-TCU-Plenário

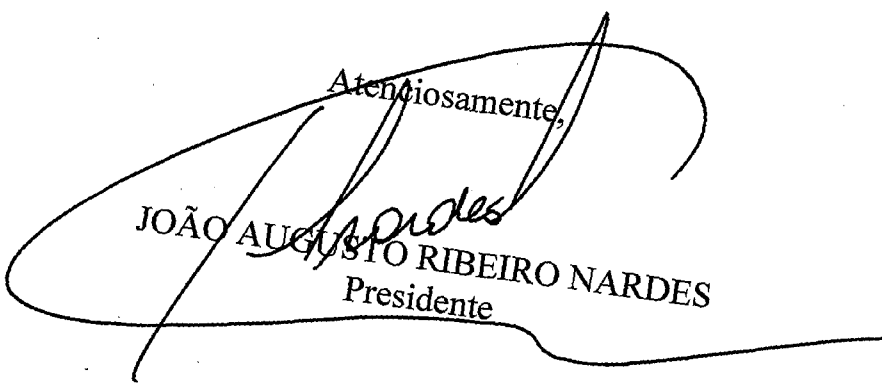
Brasília-DF, 19 de novembro de 2014.

Senhor Presidente,

Encaminho a Vossa Excelência, para conhecimento, cópia do Acórdão proferido pelo Plenário desta Corte nos autos do processo nº TC 021.975/2007-0, na Sessão Ordinária de 19/11/2014, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam.

Esclareço, por oportuno, que o mencionado Acórdão produzirá efeitos após o seu trânsito em julgado e que eventuais providências a cargo dessa Presidência serão posteriormente comunicadas.

Atenciosamente,


JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Presidente

A Sua Excelência, o Senhor
Deputado Federal SÉRGIO BRITO
Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor - CDC
Praça dos Três Poderes, Câmara dos Deputados, Anexo II,
Pav. Superior, Ala C, Sala 152
Brasília - DF

ACÓRDÃO Nº 3182/2014 – TCU – Plenário

1. Processo TC 021.975/2007-0.
 - 1.1. TC 018.422/2007-7, TC 021.972/2007-8, TC 025.191/2009-4, TC 026.926/2009-4, TC 027.350/2009-1, TC 027.708/2009-0, TC 004.400/2010-0, TC 004.397/2010-0 e TC 010.150/2012-9.
2. Grupo I – Classe I – Pedido de Reexame (em processo de Solicitação do Congresso Nacional).
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessados: Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – Abradee (CNPJ 00.058.328/0001-69), Celpe (CNPJ 10.835.935/0001-08), Câmara dos Deputados (CNPJ 00.530.352/0001-59), Eduardo Henrique da Fonte de Albuquerque Silva (CPF 534.671.084-15), Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo – Procon-SP (CNPJ 57.659.583/0001-84), Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec (CNPJ 58.120.387/0001-08) e Pro Teste (CNPJ 04.591.034/0001-59).
 - 3.2. Recorrente: Deputado Federal Eduardo da Fonte, à época Presidente da Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados.
4. Órgão: Agência Nacional de Energia Elétrica.
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Raimundo Carreiro.
6. Representante do Ministério Público: não atuou nesta fase processual.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos – Serur e Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação de Energia e Comunicações – SefidEnerg.
8. Advogados constituídos nos autos: Alexandre de Mendonça Wald (OAB/SP 107.872-A), André Serrão Borges de Sampaio (OAB/DF 12.788), Arnaldo Wald Filho (OAB/SP 111.491-A), Bruno Bittar (OAB/DF 16.512), Cássio Hildebrand Pires da Cunha (OAB/DF 25.831), Cristina Drummond Mascarenhas (OAB/DF 26.495), Daniela Rodrigues Teixeira (OAB/DF 13.121), Evandro Catunda de Clodoaldo Pinto (OAB/SP 10.759), Fabio Henrique Di Lallo Dias (OAB/SP 247.030), Felipe Adjuto de Melo (OAB/DF 19.752), Felipe Montenegro Viviani Guimarães (OAB/RJ 126.924), Igor Carneiro de Matos (OAB/DF 17.063), João Francisco Aguiar Drumond (OAB/DF 10.460), Lairson Ruy Palermo (OAB/MS 6.460), Luciano Velasque Rocha (OAB/SP 181.153), Marcelo de Oliveira Belluci (OAB/SP 249.799), Marcus Vinícius Vita Ferreira (OAB/DF 19.214), Maria Augusta da Matta Rivitti (OAB/SP 113.154), Mariana de Souza Cabezas (OAB/SP 146.785), Maricí Giannico (OAB/SP 149.850), Mayta Versiani Cardoso (OAB/DF 26.827) e outros.
- 8.1. Interessado em sustentação oral: André Serrão Borges de Sampaio (OAB/DF 12.788).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Solicitação do Congresso Nacional, ora em fase de pedido de reexame interposto contra o Acórdão 3.438/2012-Plenário.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 281 e 286 do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. conhecer do pedido de reexame interposto pelo eminente Deputado Federal Eduardo da Fonte, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo em seus exatos termos o Acórdão 3.438/2012-Plenário;

9.2. dar ciência deste acórdão ao recorrente e, em complemento ao subitem 9.5 do Acórdão 3.438/2012-Plenário, à Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, à Agência Nacional de Energia Elétrica, à Advocacia-Geral da União, ao Ministério de Minas e Energia, à Companhia Energética de Pernambuco – Celpe, à Cemig Distribuição S/A, à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, ao Procurador da República no Estado do Rio de Janeiro, Sr. Cláudio Gheventer, ao Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor no Estado de Minas Gerais, Sr. José Antônio Baeta de Melo Cançado, ao Procurador da República no Estado do Rio Grande do Sul, Sr. Alexandre Amaral Gavronski, ao Procurador do Ministério Público no Estado de Goiás, Sr. Murilo de

GRUPO I – CLASSE I – Plenário**TC 021.975/2007-0**

Apensos: TCs 018.422/2007-7, 021.972/2007-8, 025.191/2009-4, 026.926/2009-4, 027.350/2009-1, 027.708/2009-0, 004.400/2010-0, 004.397/2010-0 e 010.150/2012-9.

Natureza: Pedido de Reexame (em processo de Solicitação do Congresso Nacional).

Unidade: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel.

Interessados: Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – Abradee, Celpe, Câmara dos Deputados, Eduardo Henrique da Fonte de Albuquerque Silva, Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo – Procon-SP, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec e Pro Teste.

Recorrente: Deputado Federal Eduardo da Fonte, à época Presidente da Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados.

Advogados constituídos nos autos: Alexandre de Mendonça Wald (OAB/SP 107.872-A), André Serrão Borges de Sampaio (OAB/DF 12.788), Arnaldo Wald Filho (OAB/SP 111.491-A), Bruno Bittar (OAB/DF 16.512), Cássio Hildebrand Pires da Cunha (OAB/DF 25.831), Cristina Drummond Mascarenhas (OAB/DF 26.495), Daniela Rodrigues Teixeira (OAB/DF 13.121), Evandro Catunda de Clodoaldo Pinto (OAB/SP 10.759), Fabio Henrique Di Lallo Dias (OAB/SP 247.030), Felipe Adjuto de Melo (OAB/DF 19.752), Felipe Montenegro Viviani Guimarães (OAB/RJ 126.924), Igor Carneiro de Matos (OAB/DF 17.063), João Francisco Aguiar Drummond (OAB/DF 10.460), Lairson Ruy Palermo (OAB/MS 6.460), Luciano Velasque Rocha (OAB/SP 181.153), Marcelo de Oliveira Belluci (OAB/SP 249.799), Marcus Vinícius Vita Ferreira (OAB/DF 19.214), Maria Augusta da Matta Rivitti (OAB/SP 113.154), Mariana de Souza Cabezas (OAB/SP 146.785), Marici Giannico (OAB/SP 149.850), Mayta Versiani Cardoso (OAB/DF 26.827) e outros.

Interessado em sustentação oral: André Serrão Borges de Sampaio (OAB/DF 12.788).

Sumário: SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. REAJUSTE DOS CONTRATOS DAS CONCESSIONÁRIAS DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. FALHA METODOLÓGICA DA ANEEL. GANHOS IRREGULARES ENTRE CONCESSIONÁRIA E CONSUMIDOR FINAL. AFRONTA À DISPOSITIVO LEGAL QUE REGE A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. CORREÇÃO A PARTIR DE FEVEREIRO DE 2010, MEDIANTE ADITIVOS CONTRATUAIS. DETERMINAÇÕES E COMUNICAÇÕES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. PROVIMENTO NEGADO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

RELATÓRIO

7. Com base na Nota Técnica 51/2009 – Assec/MME e no Parecer Conjur/MME 514/2009, o Ministério de Minas e Energia opinou pela desnecessidade de alteração da portaria, que, em sua atual redação, já permitiria à Aneel a implementação dos procedimentos necessários e adequados para a solução do problema. O Ministério da Fazenda respondeu a diligência por meio do Parecer PGFN/CAF 2541/2009 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o qual fez análise minuciosa da legislação do setor elétrico que trata da matéria, incluindo a Medida Provisória (MP) 2.227/2001 e a Portaria Interministerial MF/MME 25/2002 (CVA).

8. Desse modo, os Ministérios concluíram que: a inserção da compensação das variações do mercado no cálculo da CVA repercute para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de distribuição de energia; que não haveria necessidade de alteração da Portaria Interministerial, para incorporar no cálculo do saldo da CVA a variável relativa ao crescimento de mercado; que a legislação conferia à Aneel os instrumentos necessários para instituir as balizas técnicas das diretrizes fixadas para apuração do saldo da CVA, de modo que seja assegurada a neutralidade da Parcela A, por meio da edição de normas técnicas fundadas nos princípios da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro e nas demais normas de política tarifária.

9. A agência reguladora abriu a Audiência Pública 43/2009 (processo 48500.006802/2009-5) com o objetivo de obter subsídios e informações para adequação da metodologia de cálculo do reajuste tarifário anual, mediante Aditivo ao Contrato de Concessão de Distribuição de Energia Elétrica, visando à neutralidade dos itens não gerenciáveis da 'Parcela A'.

10. A unidade técnica asseverou que a Portaria Interministerial 25/2002 realmente não precisava ser modificada para permitir à Aneel a resolução do problema; que a agência tinha ciência do problema há mais de dois anos; que a agência possuía discricionariedade para escolher a solução do problema; e que a solução deveria contemplar não somente os reajustes tarifários futuros, mas também o passivo acumulado, decorrente da falha regulatória, seja em favor ou desfavor das concessionárias. Desse modo, o consumidor deve ser ressarcido ou compensado pelos pagamentos indevidos.

11. Com vistas à alteração dos procedimentos de cálculo a partir dos reajustes tarifários anuais de 2010, de modo a assegurar a neutralidade em relação aos encargos setoriais, a Aneel publicou o Despacho 245/2010 do Diretor-Geral, que aprovou o modelo-padrão de aditivo dos contratos de concessão de serviço público de distribuição de energia elétrica.

12. Os novos elementos acostados aos autos, o parecer da Celpe e o aditivo contratual foram analisados pela Sefid, que se manifestou no sentido de que o aditivo contratual, em conjunto com a imposição de limites de Montantes de Uso dos Sistemas de Transmissão (MUST), para fins de contratação e de repasse tarifário, constituía solução adequada para o problema, com eficácia de promover efeitos futuros (**ex nunc**) nos contratos em vigor. Entretanto, consignou que o efetivo funcionamento das propostas dependeria da adesão das concessionárias ao termo aditivo ao contrato de concessão e dos resultados da Audiência Pública 45/2009 (MUST).

13. Quanto ao passivo gerado pela falha regulatória, a unidade técnica reafirmou o entendimento de que os valores pagos indevidamente deveriam ser devolvidos ou compensados. Para isso, propôs que a Aneel calculasse os valores para todas as concessionárias e promovesse a compensação ou devolução em favor das concessionárias ou dos consumidores, conforme o caso.

14. Com vistas a 'obter subsídios e informações para a análise e decisão da Aneel acerca do reconhecimento da legalidade da aplicação da fórmula de Reajuste Anual das Tarifas constante dos contratos de concessão de serviço público de distribuição' e discutir a devolução dos valores provenientes da ausência de neutralidade da 'Parcela A', a Aneel abriu a Audiência Pública 33/2010.

15. Concluída a Audiência Pública 33/2010, a agência reguladora, por meio do Despacho 3.872/2010, reconheceu a legalidade da aplicação da fórmula de Reajuste Anual das Tarifas constante dos contratos de concessão de serviço público de distribuição; negou tratamento regulatório retroativo da metodologia de tratamento das variações de mercado no repasse dos custos não gerenciáveis da 'Parcela A', referentes aos encargos setoriais dos ciclos tarifários já incorridos;

Estado do Rio de Janeiro, Sr. Cláudio Gheventer; ao Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor no Estado de Minas Gerais, Sr. José Antônio Baeta de Melo Cançado; ao Procurador da República no Estado do Rio Grande do Sul, Sr. Alexandre Amaral Gavronski; ao Procurador do Ministério Público no Estado de Goiás, Sr. Murilo de Moraes e Miranda; ao Promotor de Justiça do Consumidor do Ministério Público no Estado de São Paulo, Sr. Ronaldo Porto Macedo Júnior; à Defensora Pública Federal no Estado de Minas Gerais, Sr^a Giêdra Cristina Pinto Moreira; ao Procurador da República no Estado de Santa Catarina, Sr. Maurício Pessuto; ao Procurador da República no Estado do Paraná, Sr Luis Sergio Langowski; à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo (Procon-SP); à Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (Proteste); ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec); ao Deputado Eduardo da Fonte; à Associação Brasileira de Distribuidoras de Energia Elétrica (Abradee);

9.6. arquivar os presentes autos, com fundamento no art. 169, inciso IV, do Regimento Interno, combinado com o art. 19 da Resolução TCU nº 215/2008.'

20. A Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (Proteste), a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo (Procon-SP) e o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), todos habilitados como terceiros interessados opuseram conjuntamente Embargos de Declaração (peça 186). De maneira análoga, o Deputado Eduardo da Fonte também opôs Embargos de Declaração (peça 185). Os recursos foram conhecidos, mas tiveram provimento negado, conforme o Acórdão 658/2013 – Plenário

21. Inconformado, o Deputado Eduardo da Fonte interpõe o presente Pedido de Reexame, nos seguintes termos (peça 239). Foi entregue ainda memorial (peça 278), cujo teor reforça os argumentos anteriormente apresentados, os quais serão analisados em conjunto.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

22. O interesse de agir na via recursal faz-se a partir do gravame que decorra do ato impugnado, ou seja, da conclusão sobre a possibilidade de se alcançar pronunciamento mais satisfatório sob o ângulo jurídico. Como ressaltado no Acórdão 183/2010 – Plenário, não é parte legítima para recorrer quem não foi direta ou indiretamente atingido em seu patrimônio jurídico pela deliberação deste Tribunal.

23. A condição de parte (art. 144 do RI/TCU) do Deputado Federal ora recorrente não é automática, e deve ser considerada em cada fase do processo, conforme Acórdão 1.626/2010 – Plenário. Interessado é aquele que, em qualquer etapa do processo, tenha sido assim reconhecido pelo Relator ou pelo Tribunal, em virtude da possibilidade de ter direito subjetivo próprio prejudicado pela decisão a ser exarada pelo Tribunal ou da existência de outra razão legítima para intervir no processo.

24. A expressão 'em qualquer etapa do processo' implica que a qualidade de interessado poderá ser reconhecida tanto na fase inicial como na fase recursal, mas não que aquele que tenha sido reconhecido como interessado em um primeiro momento será necessariamente reconhecido em um segundo instante. Desse modo, não é porque o recorrente foi reconhecido como interessado em fase processual anterior (peça 65), que ele necessariamente será considerado interessado na fase recursal, devendo ser realizado exame específico de seu interesse recursal.

25. Ao deliberar pela ausência de ilegalidade no ato que determinou a não retroatividade dos reajustes praticados, o TCU não negou nenhum direito nem dos consumidores, nem do recorrente, uma vez que esta Corte de Contas não tem jurisdição para afirmar nem negar direitos subjetivos; compete ao Poder Judiciário, e não ao TCU, intervir no processo regulatório para – se for o caso – garantir, perante terceiros, a satisfação de alegado direito subjetivo negado pelo órgão regulador (a Aneel).

26. A sucumbência há de ser aferida sob o ângulo estritamente objetivo, quer dizer, sob critérios objetivos de verificação do gravame ou prejuízo. Não basta, pois, a simples 'afirmação' do

36. Quanto ao aspecto material, o recorrente faz crer que seria necessário produzir milhões de informações diferentes, o que é equivocado. O custo é exponencialmente inferior ao alegado, o funcionamento de uma agência reguladora não seria inviabilizado pela divulgação de informações já existentes (afinal, embasaram os processos de reajuste tarifário anual). Esse fornecimento de informações já existentes possui custos marginais reduzidos, restritos basicamente à reprodução material em meio físico ou magnético, caso realmente necessário. Isso porque o artigo 11, §§ 3º, 5º e 6º, da Lei 12.527/2011, admite a divulgação em meio eletrônico, de modo universal, de modo que o próprio requerente consiga a informação que necessitar, sendo necessário o fornecimento individual somente aos requerentes que não conseguirem acessar por si mesmos tal informação.

37. De toda sorte, a determinação é especificamente endereçada à Aneel: é a agência reguladora que, caso entendesse inviável a determinação, possuiria algum ônus do qual recorrer, sendo assim o recorrente desprovido de sucumbência e interesse recursal quanto a esse aspecto.

38. O interesse do recorrente, nesse caso, seria apenas o de impedir a solução inicialmente desenhada pela Corte de Contas: considerar que não houve ilegalidade apta a justificar a anulação dos atos praticados, deixando em aberto apenas a possibilidade de devolução em foro judicial, em sede de tutela individual ou coletiva dos direitos dos consumidores. Desse modo, o argumento não pode ser acolhido.

Os custos da solução judicial da controvérsia conforme o Acórdão recorrido

39. Análise diversa pode ser realizada quanto aos resultados, em termos de custos, da solução fornecida pelo ordenamento pátrio e reconhecida pelo Acórdão recorrido. Ainda que o fornecimento de informações aos litigantes não seja expressamente custoso, reconhece-se que o ingresso massivo de ações judiciais acarreta uma externalidade negativa, impondo custos a todos os participantes do sistema jurisdicional [GICO, Jr., Ivo T. A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Brasília: Universidade de Brasília – UnB, 2012].

40. Tal efeito deletério seria amenizado pelo microsistema de tutela coletiva dos direitos, cujo núcleo é formado pela Lei de Ação Civil Pública e pelo próprio Código de Defesa do Consumidor. Uma vez que o objeto seria verificar se houve uma lesão a uma multiplicidade de direitos patrimoniais homogêneos (e essa lesão tenha tido uma mesma origem comum), estaria configurada a incidência do artigo 81, parágrafo único, do CDC. Mesmo assim, seria necessária uma enorme quantidade de liquidações individualizadas, de modo a comprovar o nexo de causalidade e o dano individualmente suportado por cada lesionado.

41. Deixar a restituição para ser determinada individualmente implica que uma parcela incerta (inferior à totalidade) dos consumidores iria recorrer ao judiciário, mesmo se considerando o uso de ações coletivas. Ainda que se pressuponha indenização perfeita, de modo a deixar os consumidores na mesma situação em que estariam caso o cálculo houvesse sido realizado de modo 'correto', haveria custos judiciais expressivos. A incerteza de quanto cada processo geraria de indenização, até que a jurisdição consolidasse o entendimento em Tribunais Superiores, também deve ser considerada como prejudicial.

42. Em ações judiciais de indenização em massa, motivadas por um dano causado por um agente, esse custo elevado pode ser justificado caso seus efeitos não se restrinjam à redistribuição de valores, mas também servissem para **signalizar qual é o nível de cuidado exigido** pela sociedade para se exercer determinada atividade. Dessa forma, estariam sendo **alterados os incentivos** dos agentes, de modo a serem **causados menos danos no futuro**.

43. No caso em exame, entretanto, não se está julgando a conduta daquele de quem se está se cobrando a reparação: a distribuidora estaria sendo obrigada a devolver uma quantia por razões de alegada equidade, mas os atos regulatórios que fixaram o teto da tarifa em um valor supostamente superior ao devido foram praticados pela Aneel. Por tal razão não há incentivos a serem alterados, de modo a justificar os elevados custos de administração da justiça. Haveria uma redistribuição – custosa – de uma determinada quantia entre fornecedores e consumidores, condicionada a não mais se considerarem os atos que fixaram as tarifas como 'causa' a justificar os pagamentos efetuados.

não chegou a um consenso sobre a natureza da relação entre usuário e a concessionária de serviço público, dividindo-se entre aqueles que defendem uma natureza de direito privado (informada por normas de direito administrativo e consumerista), aqueles que asseveram a natureza de direito público e ainda aqueles que postulam uma natureza mista [ARAGÃO, Alexandre S. de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível em www.direitodoestado.com.br/redae.asp. Acesso em 13.04.2013].

54. Ressalte-se, entretanto, que não é a natureza dessa relação entre concessionária e consumidor que determina ou afasta a competência dessa Corte de Contas, a qual é fixada pela **atividade administrativa regulatória da Agência**. São os atos administrativos praticados pela autarquia que se submetem a controle de legalidade por parte do TCU, o qual detém a competência para realizar determinações quanto ao exato cumprimento da 'lei', lei considerada em sentido amplo, nos termos do artigo 71 da CF/1988 e do art. 1º da Lei 8.443/1992.

55. Reconhece-se, entretanto, que os presentes autos avaliam a conformidade dos atos administrativos praticados pela Aneel, expressamente previstos e disciplinados na Lei 8.987/1995 e na Lei 9.427/1996.

56. No exercício do controle externo das agências reguladoras, se os atos fiscalizados houverem sido de natureza discricionária, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, a atuação do Tribunal limita-se à emissão de recomendações consideradas adequadas. Já em caso de ilegalidade, é possível determinar as providências necessárias ao respectivo saneamento. Por outro lado, ao fiscalizar atos vinculados, pode o TCU determinar o cumprimento de medidas necessárias à correção das irregularidades constatadas, caso verificada qualquer violação de disposição legal expressa, nos termos dos Acórdãos 1.703/2004 e 628/2008, ambos proferidos pelo Plenário.

57. Chega-se, assim, à conclusão expressa no Acórdão 1.201/2009 – Plenário: sempre caberá determinação quando restar comprovada a prática de qualquer ilegalidade, seja ela realizada no escopo de um ato de caráter discricionário ou vinculado.

58. Dessa forma, é necessário verificar a aderência dos atos praticados ao disposto nos arts. 6º, § 1º, e 10 da Lei 8.987/1995 e no art. 14, inciso IV, da Lei 9.427/1996; bem como a observância dos princípios da modicidade tarifária, da regulação por incentivos, da eficiência, da moralidade administrativa e da razoabilidade.

59. O Acórdão recorrido não se furtou a tal análise: a sistemática anterior foi julgada inadequada a atender a neutralidade dos custos não gerenciáveis, porém a mudança conduzida foi considerada um aperfeiçoamento dos procedimentos, e não configurou o reconhecimento de ilegalidades passadas. Desse modo, o escopo referido pelo recorrente foi observado no julgado combatido, e sua invocação não se mostra apta a modificar seu resultado.

Argumento

60. Aponta que a correção do erro cometido pela Aneel deveria ter efeitos retroativos, na forma do artigo 9º, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei 8.987/1995.

61. Defende que o desfazimento da cláusula com efeitos retroativos não afrontaria o princípio da segurança jurídica, mas sim o reforçaria, pois recolocaria dentro do quadro legal uma regra iníqua, abusiva e eivada de nulidade.

62. Adverte que o poder concedente estaria legalmente obrigado a retroagir os efeitos da repactuação até o momento do desequilíbrio, de forma a garantir a isonomia, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, o direito à propriedade privada, bem como à equidade entre usuário, Poder Concedente e concessionária.

63. Manifesta que a devolução dos valores recebidos pelas Distribuidoras, mediante desconto nos futuros reajustes, não implicaria quebra de contrato, mas sim 'respeito ao ato jurídico perfeito', pois recomporia os termos iniciais das propostas da licitação e dos contratos de concessão

74. Eventual alteração das tarifas, de modo a compensar os valores anteriormente arrecadados, não configuraria simples retificação de cálculo equivocadamente efetuado. Está em questão a própria interpretação realizada por uma autoridade administrativa de regulamentação infralegal. Desse modo, não é possível argumentar que o artigo 143 do Código Civil se aplique ao caso concreto.

O Princípio da Segurança Jurídica

75. A proteção da confiança (segurança jurídica subjetiva) do destinatário resulta da própria presunção de legitimidade atribuída aos atos administrativos. É a agência reguladora, enquanto administração pública, que tem a obrigação de exarar atos administrativos em plena conformidade com a lei e a Constituição. No caso em questão, o artigo constitucional citado protege o ato administrativo perfeito, cuja 'perfeição' independente de sua validade. Desse modo, a lei (i.e., a ordem jurídica), não o prejudicará.

76. O recorrente, assim, defende entendimento equivocado sobre a aplicabilidade do princípio da segurança jurídica. Tal princípio teria alcance extremamente reduzido caso fosse sempre e automaticamente subordinado ao princípio da legalidade, conforme argumenta. Princípios, na verdade, não devem ser subordinados uns aos outros, mas sim ponderados entre si, de modo que a aplicação de um deles não signifique a supressão do outro em aparente conflito.

77. De nada adiantaria, para a estabilidade das relações sociais, caso estas estivessem sempre sujeitas às mais diversas alterações, a cada nova mudança de interpretação, bastando-se para tal o apelo ao princípio da legalidade.

78. O princípio da segurança jurídica, na verdade, protege o ato jurídico perfeito (acabado), independente de sua validade. Esse princípio se traduz em uma face objetiva, ligada à proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, e outra subjetiva, que se relaciona com a proteção da confiança dos particulares frente às condutas do Estado.

79. Como consequência da proteção às legítimas expectativas surge o dever da Administração não revogar atos lícitos, porém, inoportunos; e de não invalidar atos quando já consolidadas certas situações, ainda que esses atos sejam posteriormente considerados inválidos, numa tradução da eficácia negativa do princípio da confiança.

80. Não se nega que exista esse dilema entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica. Toda vez que se vai anular um ato administrativo, enfrenta-se a escolha entre conviver com as consequências do ato indevidamente praticado ou manter as relações jurídicas permanentemente sobre dúvida.

81. O legislador federal, inspirado pelo princípio da segurança jurídica, positivou regra segundo a qual a manutenção de condutas administrativas inválidas geradoras de expectativas legítimas, de caráter excepcional, impõe à Administração o limite temporal de 5 anos, para que proceda à anulação de seus atos inválidos, nos termos do art. 54 da Lei 9.784/1999. Dessa forma, o legislador infraconstitucional realizou de forma antecipada a ponderação de princípios, a qual de outra forma estaria a cargo de cada aplicador e intérprete do direito, ao se deparar com cada caso concreto.

82. De tal sorte que não subsiste o argumento do recorrente segundo o qual o princípio da segurança jurídica não se aplicaria aos atos de reajuste e revisão, ainda que estes viessem a ser considerados irregulares.

O argumento do 'Enriquecimento sem causa'

83. Esclareça-se, por oportuno, a distinção entre 'cobrança realizada em montante superior à tarifa que era devida', e o fato de a tarifa devida pelo consumidor ter sido superior à que deveria ter sido fixada pela Aneel.

84. A 'tarifa devida pelo consumidor' (empregando-se o termo em sentido amplo, envolvendo residências e indústrias a quem a energia tenha sido fornecida, independentemente de serem considerados hipossuficientes) era a tarifa fixada pela Aneel em ato administrativo, nos termos do artigo 15, inciso IV, da Lei 9.427/1996.

96. Reconhece-se que o princípio da obrigatoriedade contratual, em primeira análise, não se encontra sob ataque no processo. Isso porque mesmo a formação clássica do **pacta sunt servanda** reconhece como seu limite a aplicação do ordenamento jurídico, do qual ninguém pode se considerar não informado (art. 4º da LIDB). Desse modo, caso se considerasse que a cláusula de reajuste estava formulada em termos ilegais, ou ainda que os atos administrativos que materializaram os reajustes foram ilegais, não se altera o cerne clássico do direito contratual, que não admite negócio jurídico com objeto ilícito.

97. Verifica-se, inicialmente, que os reajustes tarifários deveriam decorrer da aplicação de cláusula contratual, e a Aneel apenas realizaria o cálculo nela previsto, declarando o resultado. No momento da realização de cada reajuste, o ato administrativo não deveria inovar em relação aos contratos de concessão.

98. Observe-se o artigo 15 da Lei 9.427/1996:

‘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 nHYPERLINK ‘http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm’ o 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II - no contrato que prorogue a concessão existente, nas hipóteses admitidas na legislação vigente;

III – no contrato de concessão celebrado em decorrência de desestatização, nos casos indicados no art. 27 da Lei nº 9.074, de 7 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.’

99. A aplicação dos novos valores era autorizada por ato administrativo específico da Aneel, e a validade desses atos específicos dependia de seu atendimento às ‘condições do respectivo contrato’ de concessão. A análise desloca-se, assim, para as próprias cláusulas contratuais. Esclareça-se que, para a alteração dessa fórmula de reajuste tarifário (especificada em contrato), realmente era necessário o consenso das partes.

100. A Subcláusula Sexta da Cláusula Sétima descreve a fórmula paramétrica de **reajuste tarifário**. A Subcláusula Sétima da Cláusula Sétima, que estabelece que a Aneel considerará as alterações na estrutura de custos e de mercado da concessionária, os níveis de tarifas observados em empresas similares no contexto nacional e internacional, os estímulos à eficiência e à modicidade das tarifas, se refere aos procedimentos de **revisão**, não de reajuste.

101. Como destaca a unidade técnica, o contrato de concessão não define procedimentos detalhados para a revisão tarifária, estabelecendo apenas diretrizes gerais a serem seguidas pela agência reguladora, que tem liberdade para desenvolver metodologias de forma a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

102. Nos termos dessa Subcláusula Sétima da Cláusula Sétima, a Aneel procederá tais revisões considerando as alterações na estrutura ‘de custos’ e ‘de mercado’ da concessionária, os níveis de tarifas observados em empresas similares no contexto nacional e internacional, os estímulos à eficiência e à modicidade das tarifas.

103. Conforme bem frisa a unidade técnica, **a fórmula paramétrica do reajuste não era errada, nem é nula a cláusula que a estabelece.**

104. Tanto que a alteração contratual não modificou a fórmula de reajuste tarifário definida na Subcláusula Sexta da Cláusula Sétima, apenas incluiu dispositivo expresso para considerar a diferença entre os valores faturados de itens da Parcela A e os respectivos valores contemplados no reajuste ou revisão tarifária anterior, diferença essa decorrente da variação de demanda.

105. No entanto, a unidade técnica ressaltou que a manutenção do equilíbrio contratual não dependia exclusivamente da aplicação da fórmula de reajuste presente no contrato, mas também

116. Para que se atenda à modicidade tarifária (abrangendo a neutralidade dos custos não gerenciáveis), o 'valor do item' não deve ser confundido com o 'preço do item', mas sim deve considerar as respectivas variações de mercado, em conformidade com a regulação por incentivos [SACRAMENTO, M. F. O caso do reajuste das tarifas de energia: atuação da Aneel e do TCU. Artigo. Brasília, 2011. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2433029.PDF>. Acesso em 04/05/2013].

117. A ambiguidade que ensejou o erro de interpretação refere-se aos termos 'valor' e 'custo' constantes da portaria interministerial, em relação aos quais a Aneel compreendeu dizerem respeito somente à variação de preços e desconsiderou as respectivas variações quantitativas, relativas ao tamanho do mercado. Essa compensação das variações decorrentes de mercado, não apenas de preço, já seria prevista no art. 3º, § 4º, da PI MME/MF 25/2002, mesmo que não esteja no corpo do artigo 2º da portaria.

118. Consoante a instrução da Sefid, a agência poderia ter expedido regulamento complementar à PI MME/MF 25/2002, ou ter considerado esse desvio da neutralidade da Parcela A nas revisões realizadas.

119. Modicidade tarifária é conceito jurídico indeterminado, cujo sentido concreto é fixado no exame do problema específico levado ao intérprete ou aplicador do direito. Não se trata, a rigor, de 'discrecionabilidade técnica', não havendo alternativas igualmente justas ou indiferentes jurídicos os quais a Administração deva escolher pautada por critérios de conveniência e oportunidade. Quando se depara com conceitos indeterminados, a autoridade aplica o direito, com base em critérios técnicos, em regras de experiência ou em precedentes. Conceitos indeterminados possuem zonas de penumbra, mas também áreas de certeza positiva e certeza negativa, nas quais costuma se balizar o controle judicial [BARROSO, L. R. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 337-338].

120. A absorção de ganhos de escala por custos não gerenciáveis se encontra nessa área de certeza negativa: é possível se afirmar claramente, ainda que em retrospecto, que essa interpretação não atendia à modicidade tarifária, em qualquer sentido que a esta se atribua, seja o de tarifas mais baixas quanto possível para manter a viabilidade do serviço, seja o de tarifas compatíveis com o nível de renda dos usuários e que proporcionem universalização do serviço.

121. No entanto, o problema existe sobre uma natureza diversa: **é se passar a se considerar ilícito algo que era originariamente considerado lícito**. A norma jurídica não é o simples texto dos dispositivos legais e regulamentares (o qual não mudou no período considerado), mas sim a interpretação que se dá a esses textos pelo operador e aplicador do direito.

122. Constatou-se que os reajustes não foram ilícitos (por aplicarem fórmula contratual). Não sendo ilegais, não devem ser anulados, e permanecem produzindo seus efeitos jurídicos. Detectou-se a necessidade de alteração não na fórmula de cálculo da fórmula de reajuste, mas sim **na interpretação** dada a seus componentes.

123. As revisões, por sua vez, deveriam ter garantido a neutralidade dos custos não gerenciáveis. No entanto, aplicou-se entendimento diverso nos primeiros ciclos de revisão tarifária. Esse entendimento foi submetido à sindicância por parte do controle externo da regulação e foi determinada a mudança do processo de alteração tarifária como um todo, de modo que o processo conduzisse à neutralidade dos custos não gerenciáveis e à modicidade tarifária. Esta alteração, entretanto, configura mudança na interpretação dada à regulamentação tarifária, mudança essa que não estava precificada pelos agentes e não deve retroagir.

124. Não há elementos nos autos (nem no recurso impetrado), no entanto, suficientes a impugnar as revisões periodicamente realizadas entre os ciclos: apenas se afirma que a agência reguladora poderia tê-las conduzido diferentemente, de modo a compensar o afastamento da modicidade tarifária decorrente da interpretação dada aos componentes da fórmula de reajuste e da CVA.

125. Ao final, há apenas a diferença entre o índice de preço e o índice de reajuste, não tendo sido analisadas as revisões (referentes às diversas distribuidoras) em cada ciclo.

135. A Lei 8.987/1995 ressalta a possibilidade de ajuste e revisão das tarifas, de modo a manter o equilíbrio econômico financeiro inicial do contrato. Acrescente-se que a tarifa foi fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação, e seria preservada pelas regras de revisão previstas na Lei 8.987/1995, no edital e no contrato, conforme o artigo 9º, **caput**, desse diploma legal.

136. Já consoante o artigo 9º, § 2º, da Lei 8.987/1995, são justamente os mecanismos de revisão tarifária os responsáveis pela manutenção desse equilíbrio econômico, e de acordo com o artigo 10 desse diploma, sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

137. Desse modo, não faz sentido afirmar que os reajustes – previstos no contrato – teriam ‘violado’ o equilíbrio econômico do contrato. Algo que foi feito da forma como estava previsto contratualmente não pode ser considerado fato apto a romper a relação originalmente estabelecida, uma vez que dela é simples desdobramento.

138. Não se trata de alteração unilateral do contrato, nem de caso fortuito, nem de força maior, nem de fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis, essas sim as circunstâncias capazes de romper o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por tal razão, não se aplica a citada jurisprudência dessa Corte de Contas que versa sobre as causas que embasariam ou não a incidência do art. 65, inciso II, alínea ‘d’, da Lei 8.666/1993.

139. Trata-se de confusão entre as noções de equilíbrio contratual e de modicidade tarifária. O que o recorrente contesta, assim, são as consequências dos termos estabelecidos nos próprios contratos de concessão. Estes termos **posteriormente** passaram a ser tidos como injustos, visto que não assegurariam de forma automática a neutralidade dos custos não gerenciados pelo concessionário, e teriam que ser compensados pela atividade regulatória da Aneel.

140. Para que um fato gere consequências, não é determinante o nome que se atribua a ele, e a atribuição de efeitos retroativos a uma mudança interpretativa será considerada como tal, independente do nome que a ela se atribua. Para os integrantes do campo jurídico, pode-se tentar construir a argumentação de que simplesmente estaria se aplicando os princípios e regras previstos em uma lei à época já vigente, os quais seria do conhecimento de todos, e deveriam estar precificados.

141. Para os agentes envolvidos na atividade em questão, entretanto, o juízo sobre a situação dependerá de saber se a informação ora veiculada estava **efetivamente disponível**, de modo a ser previamente precificada. O paradigma do ordenamento jurídico implica a presunção de que, se ninguém pode se escusar do conhecimento das leis, essa informação teria sido precificada. A distinção verificada entre o que se atualmente entende do teor da Lei 9.795/1995 e da Lei 9.427/1996 e o entendimento que a autoridade reguladora delas extraía à época, porém, impede que a presunção seja confirmada.

142. A norma jurídica (ou seja, o entendimento extraído pela autoridade administrativa dos dispositivos legais citados), anteriormente a 2010, era que a modicidade tarifária era atendida pela aplicação do reajuste definido nos contratos de concessão, e pelas revisões periódicas até então realizadas. Era essa a informação que estava disponível ao concessionário, com base na qual ele poderia orientar qualquer decisão que tivesse que tomar. Uma alteração nesse entendimento, não apenas **ex nunc**, mas que também se aplique aos reajustes ou revisões anteriores, constitui informação não prevista, não precificada, e não integrante do equilíbrio contratual.

143. Não é por outra razão que o artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei 9.784/1999 veda a aplicação retroativa de nova interpretação. A interpretação segundo a qual a fórmula contratual de reajuste era nociva à modicidade tarifária simplesmente não existia, passando a ser adotada somente após a celebração dos termos aditivos em 2010, tendo em vista a auditoria realizada por essa Corte de Contas. Sua aplicação retroativa é vedada pelo ordenamento ao qual se submete o regulador.

‘Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os

‘Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.’

151. O direito de anular os próprios atos extingue-se ao final desse prazo decadencial previsto em lei. Ressalte-se que o artigo em questão não incide sobre a atividade de controle externo, regida pela Lei 8.443/1992 (Decisões 1.020/2000 – Plenário, 590/2001 – Plenário e 846/2001 – Plenário e Acórdãos 599/2001 – 1ª Câmara e 519/2002 – 1ª Câmara). Incide, no entanto, sobre a atividade regulatória exercida pela autarquia especial, uma vez parte da administração federal indireta.

152. Saliente-se que restringir o alcance do artigo à anulação conduzida pela própria Administração, deixando aberta a possibilidade de o ato ser anulado pelo Poder Judiciário, esvaziaria a norma de sentido. De qualquer forma, não seria a Corte de Contas a responsável pela anulação do ato, cabendo-lhe determinar a anulação pela própria entidade administrativa, caso realmente houvesse sido constatada ofensa grave aos dispositivos legais citados, e essa anulação ainda fosse juridicamente possível.

153. A boa-fé, elencada como requisito, significa verificar se o administrado não contribuiu para a prática do ato administrativo ilegal, o que não foi aventado pelo recorrente.

154. Quanto ao art. 54, § 2º, da Lei 9.784/1999, para fins desse diploma legal, ‘autoridade’ é o agente público com o poder de decisão (cf. o artigo 1º, § 2º, da norma em questão). Ou seja, a própria diretoria da Aneel. Desse modo, a própria agência detentora do poder de decisão sobre a anulação do ato, é que precisaria ter manifestado impugnação aos reajustes anteriormente praticados, para se considerar que o direito de anulá-los já teria sido exercido e não mais se aplicaria o prazo decadencial do **caput** do artigo.

155. Dessa forma, caso, alternativamente, se conclua pela necessária anulação de atos administrativos praticados pela Aneel, tal decisão somente poderá atingir os reajustes ou revisões alcançados pelo prazo decadencial de cinco anos, previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999.

Argumento

156. Considera que seria obrigação da Corte exigir da Aneel a devolução dos ‘recursos públicos’ apropriados indevidamente pelas distribuidoras, na forma de encargos setoriais arrecadados e não repassados ou na forma de sobrepreço encontrado nas faturas pagas por entidades públicas.

157. Salienta que a União, os Estados e os Municípios também são consumidores de energia elétrica e, por conseguinte, também pagaram mais do que era devido às concessionárias. Dessa forma, o voto vencedor estaria dispondo do patrimônio público, em colisão com o art. 37 da Constituição Federal.

158. Traz dados sobre o gasto com consumo de energia elétrica da União, alegando que foram gastos, de janeiro de 2005 a fevereiro de 2010, cerca de R\$ 5,741 bilhões, de modo a caracterizar a materialidade dos valores pagos.

159. Tece considerações sobre a ação reguladora do Estado, de modo a caracterizar o interesse público como indisponível, e colocá-lo em posição de superioridade frente ao interesse privado. Uma vez que a coisa pública não pertenceria ao administrador, o interesse público seria inarredável, indeclinável, inalienável; ademais, os bens públicos seriam impenhoráveis. Cita ainda, doutrina sobre a diferença entre o ‘interesse público’ e ‘interesse estatal’.

160. Traz precedente do STF (RE 253.885/MG) segundo o qual se examina a validade de uma transação celebrada por um município e a indisponibilidade do interesse público e a ofensa ao princípio da legalidade, tendo entendido que haveria casos em que o princípio da indisponibilidade

efetivamente se mostre negligenciável: isto é, quando os contratos são realmente cumpridos e quando não se atribuem efeitos retroativos a novas interpretações da legislação.

170. De nada adianta se construir a argumentação de que não houve 'quebra de contrato', mas sim 'verdadeira segurança jurídica', quando se está atribuindo efeitos retroativos a uma nova interpretação de determinados dispositivos legais.

171. Não se trata, assim, de dispor de interesse público, mas sim de adequadamente defini-lo e defendê-lo, sem ceder ao apelo de se ignorar o ordenamento jurídico na busca de um alvo fácil (empresas concessionárias de serviço público) e beneficiar, apenas de forma aparente e no curto prazo, os consumidores, porém com efeitos prejudiciais no longo prazo. Dessa forma, não subsistem os argumentos ofertados pelo recorrente.

Argumento

172. Dispõe que o TCU teria competência constitucional para determinar a restituição aos cofres públicos dos valores recebidos indevidamente a título de encargos setoriais e em razão de sobrepreço das contas de luz dos órgãos da União, consoante o art. 70, parágrafo único, da Constituição e art. 5º, inciso I, da Lei 8.443/1992.

173. Assevera que a falha metodológica teria permitido às distribuidoras se apropriarem de parcela dos valores cobrados nas tarifas de energia elétrica a título de encargos setoriais, os quais seriam recursos públicos instituídos por lei, com destinação específica em cada norma de regência. Uma vez que essa apropriação foi identificada pelo TCU e reconhecida pela Aneel, considera ilegal a remuneração das concessionárias do serviço de distribuição de energia elétrica, em detrimento do interesse público.

174. Requer, assim, que a Aneel devolva o valor que teria sido apropriado indevidamente pelas concessionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica, mediante desconto desse valor nos futuros reajustes de tarifa.

Análise

175. Enquanto os atos jurídicos (contrato, reajustes e revisões) que definiram os valores das tarifas não são anulados, não há sobrepreço nem enriquecimento sem causa. O TCU não teria a competência de determinar a 'restituição' aos particulares, sem antes determinar a anulação de atos administrativos caso detectada ilegalidade naqueles praticados, o que não se verificou.

176. Quanto ao 'prejuízo' causado por sobrepreço à União, assevere-se que o preço pago pela energia fornecida se encontrava no limite estabelecido pelo próprio ente regulador. Apenas com a desconstituição desse preço é que seria possível se falar em excesso. Não obstante a omissão do regulador como um todo, os atos que fixaram os reajustes e revisões não configuraram ilegalidade, não sendo passíveis de anulação. A nova interpretação da PI MF/MME 25/2002, como toda nova interpretação de dispositivo regulamentar, não pode ser aplicada de forma retroativa.

CONCLUSÃO

177. O recorrente afirma que a justa remuneração não alteraria o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de distribuição. A não devolução, por sua vez, implicaria a manutenção pelas Distribuidoras dos valores apropriados indevidamente, representando enriquecimento ilícito, garantindo uma rentabilidade superior àquela prevista originalmente nas propostas e feriria o interesse público coletivo.

178. Defende que o processo versa sobre relação de direito público (entre o poder concedente e a concessionária), de forma a fixar a competência do TCU. Apela à indisponibilidade do interesse público, lembrando que as entidades administrativas também são consumidoras de energia elétrica.

179. Entretanto, no momento em que a Aneel realizou os reajustes tarifários, apenas executou o que estava disposto no contrato. Na ocasião em que realizou as revisões, segundo a Sefid, a agência deveria ter, em nome da modicidade tarifária, contrabalançado a ausência de neutralidade gerada pela aplicação do reajuste.

VOTO

Consoante consignado no relatório precedente, trata-se de pedido de reexame interposto contra o Acórdão 3.438/2012-Plenário, proferido nestes autos de Solicitação do Congresso Nacional autuados em razão de falha na metodologia empregada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, a partir de 2002, nos reajustes dos contratos das concessionárias de distribuição de energia elétrica, falha esta consubstanciada na apropriação, pelas referidas prestadoras de serviço, dos ganhos de escala decorrentes do aumento da demanda de energia, os quais não eram repassados para o consumidor.

2. Por meio da aludida deliberação, considerando ter a Aneel retificado em 2010 o método de reajustes questionado nestes autos, esta Corte de Contas, entre outras medidas, determinou àquela agência reguladora que:

“9.2.1. com fundamento no art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal, e no art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.987/1995, forneça a toda e qualquer pessoa física e/ou jurídica que requerer, em prazo não superior a 15 (quinze) dias, a metodologia de cálculo do reajuste tarifário anual adotada pela agência a partir de fevereiro de 2010, com o objetivo de subsidiar a discussão acerca de eventuais reparações de danos no âmbito do Poder Judiciário;

9.2.2. caso identifique nova distorção no modelo regulatório, adote, **desde logo**, as medidas corretivas necessárias para manter o regime regulatório definido para o setor de distribuição de energia elétrica, de forma que a receita auferida pelo concessionário com a distribuição e venda de energia seja não apenas necessária à cobertura de seus custos, mas também vantajosa sob o ponto de vista comercial, de forma a estimular e justificar os investimentos privados no setor;”

3. Insatisfeito com o fato de este Tribunal não ter determinado, naquela assentada, a adoção de providências, por parte da Aneel, com vistas ao ressarcimento dos valores indevidamente cobrados dos consumidores desde a primeira aplicação da metodologia de cálculo de reajuste em 2002 até sua retificação em 2010, o eminente Deputado Federal Eduardo da Fonte vem aos autos, em sede de recurso, pleitear a reforma do mencionado Acórdão 3.438/2012-Plenário.

– II –

4. No que tange à admissibilidade, ratifico os termos do despacho que proferi em 23/4/2013 (peça 262), oportunidade em que, acolhendo o pronunciamento da Serur (peças 150 e 151), manifestei-me pelo conhecimento do pedido de reexame em tela, mesmo diante da impossibilidade de se aferir sua tempestividade, porquanto preenchidos os demais requisitos previstos no art. 33 da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas, aplicáveis à mencionada espécie recursal por força do art. 48 daquele mesmo diploma.

5. Especificamente em relação ao interesse recursal do nobre Deputado Federal, com as devidas vênias por dissentir do auditor federal de controle externo encarregado de instruir o processo na presente fase, entendo que o referido requisito de admissibilidade encontra-se preenchido.

6. Assim penso, tendo em vista que, paralelamente ao ajustamento da metodologia de cálculo dos reajustes tarifários de energia elétrica considerada inadequada, a retroatividade do novo método empregado a partir de 2010 era um dos principais anseios das instituições representativas dos cidadãos consumidores, entre elas a Câmara dos Deputados, composta de “representantes do povo” (art. 45 da Constituição Federal/1988) e autora, por intermédio de sua Comissão de Defesa do Consumidor, desta Solicitação do Congresso Nacional.

7. Nessas circunstâncias e considerando que o recurso em exame foi interposto pelo ilustre Deputado Federal Eduardo da Fonte, à época Presidente da Comissão de Minas e Energia daquela Casa Legislativa, parece-me indubitável a existência de interesse legítimo de Sua Excelência em tentar modificar o Acórdão 3.438/2012-Plenário.

Benjamin Zymler, para que aquela agência reguladora adequasse o método de reajuste tarifário presente em contrato de concessão trazido aos autos, de modo a corrigir as inconsistências detectadas.

18. Obviamente, se as providências cabíveis objetivassem propiciar mero aperfeiçoamento de procedimentos teriam sido objeto de recomendação, e não de determinação, encaminhamento este restrito aos casos de violação de disposição legal expressa em ato vinculado ou de uso indevido de poder discricionário.

19. De qualquer modo, tais ressalvas em relação aos fundamentos aduzidos pela Serur objetivam apenas deixar registrado meu entendimento sobre a matéria, que certamente será analisada com a necessária amplitude no âmbito dos processos que por ventura venham a ser instaurados nas esferas administrativa e judicial por iniciativa de consumidores que, considerando-se patrimonialmente lesados, optem por buscar reparação nas referidas instâncias.

20. No que interessa aos presentes autos, com base nos fundamentos lançados neste voto, assim como naqueles adotados pela unidade instrutiva que não destoem do que ora defendo, ratifico a decisão adotada por este Plenário em 10/12/2012 mediante a deliberação ora recorrida.

21. Registre-se, por oportuno, que as ressalvas ora consignadas se dirigem também à afirmação apresentada pela Associação Brasileira de Distribuidoras de Energia Elétrica – Abradee, em Memorial recém juntado aos autos (peça 294), no sentido de que “a decisão desse TCU deu-se [...] em favor da legalidade dos atos tarifários da Aneel” (peça 294, p. 3).

22. Primeiramente, é preciso lembrar que não há na parte dispositiva do Acórdão 3.438/2012-Plenário qualquer menção à essa suposta legalidade.

23. Some-se a isso o fato de que, nos termos do art. 469, inciso I, do Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11/1/1973), aplicado subsidiariamente aos processos deste Tribunal, “Não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”, o que se aplica perfeitamente a acórdãos.

24. Peço vênia, portanto, à linha de raciocínio adotada pela Abradee em defesa do não provimento ao pedido de reexame em apreciação, desfecho este que, embora acolhido por este relator, tem outra razão de ser, conforme fundamentação contida neste voto.

Ante o exposto, voto no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao colegiado.

Sala das Sessões, em 19 de novembro de 2014.

AROLDO CEDRAZ
Relator