

PFC 122/16
" 116/10
" 16/07

Aviso nº 1685-Seses-TCU-Plenário

Brasília-DF, 10 de dezembro de 2012.

Senhor Presidente,

Encaminho a Vossa Excelência, para conhecimento, em atenção ao Ofício nº 245, de 15/08/2007, cópia do Acórdão proferido nos autos do processo nº TC 021.975/2007-0, pelo Plenário desta Corte na Sessão Extraordinária de 10/12/2012, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam.

Atenciosamente,


BENJAMIN ZYMLER
Presidente

A Sua Excelência, o Senhor
Deputado Federal JOSÉ CHAVES
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 3438/2012 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 021.975/2007-0.
 - 1.1. Apensos: 021.972/2007-8; 025.191/2009-4; 004.397/2010-0; 018.422/2007-7; 027.350/2009-1; 026.926/2009-4; 027.708/2009-0; 010.150/2012-9; 004.400/2010-0
2. Grupo II, Classe de Assunto II - Solicitação do Congresso Nacional.
3. Interessados: Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados; Advocacia-Geral da União; Companhia Energética de Pernambuco (Celpe); Cemig Distribuição S/A (Cemig); Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (Proteste); Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo (Procon-SP); Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec); Deputado Eduardo da Fonte; Associação Brasileira de Distribuidoras de Energia Elétrica (Abradee).
- 3.1. Responsáveis: Nelson José Hübner Moreira (CPF: 443.875.207-87), Diretor-Geral da Aneel e Jerson Kelman (CPF: 155.082.937-87), ex-Diretor Geral da Aneel.
4. Entidade: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)
5. Relator: Ministro Valmir Campelo
- 5.1. Revisor: Ministro Raimundo Carreiro
6. Representante do Ministério Público: Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado
7. Unidade Técnica: 2ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação (Sefid-2)
8. Advogados constituídos nos autos: André Serrão Borges de Sampaio (OAB/DF nº 12.788), Fabio Henrique Di Lallo Dias (OAB/SP nº 247.030), Felipe Montenegro Viviani Guimarães (OAB/RJ nº 126.924), João Francisco Aguiar Drumond (OAB/DF nº 10.460); Lairson Ruy Palermo (OAB/MS nº 6.460); José Renato Pinto da Fonseca; Alexandre de Mendonça Wald (OAB/SP nº 107.872-A); João Francisco Aguiar Drumond (OAB/DF nº 10.460); e outros.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de solicitação de auditoria formulada pela Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, tendo por objeto a realização de auditoria nos processos de reajuste tarifário da Companhia Energética de Pernambuco (Celpe), no período de 2002 a 2007.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente solicitação, ante a competência deste Tribunal e os requisitos de admissibilidade previstos no inciso IV do art. 71 da Constituição Federal e nos arts. 1º, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, 232, inciso III, do Regimento Interno e 4º, inciso I, alínea b, da Resolução TCU nº 215/2008;

9.2. determinar à Agência Nacional de Energia Elétrica, com base no art. 45 da Lei 8.443/1992 e no art. 251 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, 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 negocial, de forma a estimular e justificar os investimentos privados no setor;

9.3. determinar à 2ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação (Sefid-2) que promova o monitoramento deste acórdão;

GRUPO II - CLASSE II - Plenário**TC-021.975/2007-0**

Apensos: 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; TC-010.150/2012-9.

Natureza: Solicitação do Congresso Nacional.

Entidade: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

Responsáveis: Nelson José Hübner Moreira (CPF: 443.875.207-87), Diretor-Geral da Aneel e Jerson Kelman (CPF: 155.082.937-87), ex-Diretor Geral da Aneel.

Interessados: Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados; Advocacia-Geral da União; Companhia Energética de Pernambuco (Celpe); Cemig Distribuição S/A (Cemig); Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (Proteste); Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo (Procon-SP); Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec); Deputado Eduardo da Fonte; Associação Brasileira de Distribuidoras de Energia Elétrica (Abradee).

Advogados constituídos nos autos: André Serrão Borges de Sampaio (OAB/DF nº 12.788), Fabio Henrique Di Lallo Dias (OAB/SP nº 247.030), Felipe Montenegro Viviani Guimarães (OAB/RJ nº 126.924), João Francisco Aguiar Drumond (OAB/DF nº 10.460); Lairson Ruy Palermo (OAB/MS nº 6.460); José Renato Pinto da Fonseca; Alexandre de Mendonça Wald (OAB/SP nº 107.872-A); João Francisco Aguiar Drumond (OAB/DF nº 10.460); e outros.

SUMÁRIO: SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. APENSADAS SOLICITAÇÕES DE IDÊNTICA NATUREZA. 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. CONHECIMENTO. ATENDIMENTO. DETERMINAÇÕES. COMUNICAÇÕES. MONITORAMENTO. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Solicitação do Congresso Nacional, formulada pela Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados (Of. Pres. nº 245/2007) com a finalidade de que o Tribunal realize auditoria nos processos de reajuste tarifário da Companhia Energética de Pernambuco (Celpe), no período de 2002 a 2007. O pedido decorreu do Requerimento nº 36/07, de autoria do Deputado Federal Eduardo da Fonte.

9. 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), que regulamentou a referida MP.
10. De forma semelhante, 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; não há necessidade de alteração da Portaria Interministerial, para incorporar no cálculo do saldo da CVA a variável relativa ao crescimento de mercado; a legislação confere 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.
11. Fato relevante é que 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”.
12. Com respeito à manifestação do MME, a Sefid concluiu que: de fato, a Portaria Interministerial prescinde de modificação para permitir à Aneel a resolução do problema; embora a agência tivesse ciência do problema há mais de dois anos, a falha continuava a existir; a agência possui discricionariedade para escolher a solução do problema, mas tem também a obrigação de resolvê-lo no menor prazo possível; a solução deve contemplar não somente mudança que afete o futuro dos reajustes tarifários, mas também o passivo acumulado, decorrente da falha regulatória, seja em favor ou desfavor das concessionárias; o consumidor deve ser ressarcido ou compensado pelos pagamentos indevidos.
13. A Celpe, tendo obtido vistas do processo, procurou rebater os argumentos trazidos na instrução da unidade técnica. Defendeu em sua peça que a MP 2.227/2001 trata exclusivamente de preço e que, portanto, não autorizaria a inclusão das variações do mercado no cálculo da CVA. Alegou que a Aneel obedeceu às leis e ao contrato de concessão, não havendo de se falar em desequilíbrio econômico-financeiro, nem ganhos indevidos ou enriquecimento sem causa por parte da concessionária. Aduziu que a única forma de alterar a metodologia seria por meio de aditivo contratual que, necessariamente, deveria contar com a concordância da concessionária.
14. Em paralelo a esses eventos, foi instalada em 2009 na Câmara dos Deputados uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) sobre energia elétrica. A CPI deu publicidade ao problema, que passou a ser noticiado constantemente nos diversos meios de comunicação. As reportagens explicavam a falha, o prejuízo causado aos consumidores e clamavam que a Aneel resolvesse o problema e devolvesse os valores pagos indevidamente aos consumidores. A CPI concluiu que: existe erro, o qual causou o aumento indevido das tarifas, prejudicando o consumidor; a Aneel tem a obrigação de corrigir o problema e de devolver os valores cobrados a maior dos consumidores.
15. Após as contribuições da Audiência Pública 43/2009 e reuniões com os principais representantes das concessionárias, a Aneel decidiu modificar a proposta de aditivo contratual e manter a fórmula original de apuração da Parcela B, restringindo a alteração metodológica apenas para os encargos setoriais.
16. Com o intuito de obter subsídios e informações adicionais para aprimoramento da regulamentação da contratação do uso do sistema de transmissão e da forma de cálculo dos encargos correspondentes, a agência abriu a Audiência Pública 45/2009.
17. Fruto da Audiência Pública 43/2009 e 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.

37. A Aneel respondeu negativamente e esclareceu que a eficácia do referido termo aditivo prescinde de regulamentação (fl. 395).

c) Qual o resultado da Audiência Pública 45/2009, relativa à regulamentação da imposição de limites de montantes de uso dos sistemas de transmissão (MUST) para fins de contratação e de repasse tarifário? Foi expedida alguma regulamentação?

38. A Aneel informou que a referida audiência pública teve como resultado a publicação da Resolução Normativa 399/2010, que 'disciplinou as regras de contratação do uso do sistema de transmissão, aprimorando particularmente limites de repasse inferiores (excesso de contratação) e superiores (falta de contratação) para distribuidoras' (fl. 398).

d) O problema da falta de neutralidade da Parcela A foi totalmente resolvido nos reajustes realizados em 2010? Encaminhe as planilhas de cálculo e as notas técnicas referentes aos reajustes tarifários da Celpe para os anos de 2008, 2009, 2010 e 2011.

39. A Aneel respondeu que 'o problema da falta de neutralidade dos encargos setoriais da Parcela A foi totalmente resolvido nos reajustes tarifários homologados em 2010' e apresentou, por e-mail, as referidas planilhas de cálculo e notas técnicas (fl. 395).

40. A Nota Técnica 100/2011-SRE/ANEEL, disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/nreh20111143.pdf>>, acesso em 15/6/2011, que trata da homologação das tarifas de fornecimento de energia elétrica e das Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD), da fixação da receita anual das instalações de conexão e do estabelecimento do valor anual da Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica (TFSEE), referentes à Celpe, explicou que a alteração promovida pelo termo aditivo ao contrato de concessão eliminou a distorção tarifária decorrente das repercussões indevidas dos encargos setoriais sobre a Parcela B, conforme o excerto:

'Foi parcialmente alterada a redação da Subcláusula Sexta da Cláusula Sétima - Tarifas Aplicáveis na Prestação dos Serviços, especificamente no que se refere à definição do Valor da Parcela A na Data de Referência Anterior - DRA (VPA0), que passou a ser assim considerada:

VPA0: Valor da 'Parcela A' considerando-se as condições vigentes na 'Data de Referência Anterior' e o 'Mercado de Referência', calculado da seguinte forma:

(i) Para a energia elétrica comprada: montante de Energia Elétrica Comprada valorado pelo preço médio de repasse que foi considerado no reajuste ou na revisão anterior;

(ii) Para a conexão e o uso dos sistemas de transmissão e/ou distribuição: montantes de demanda de potência contratados no período de referência, valorados pelas respectivas tarifas consideradas no reajuste ou na revisão anterior, para o uso, e valores considerados no reajuste ou na revisão anterior, para a conexão, e

(iii) Para os demais itens da 'Parcela A': valores resultantes da aplicação dos componentes tarifários correspondentes aos respectivos itens, vigentes na 'Data de Referência Anterior', ao 'Mercado de Referência'.

VPB0: Valor da 'Parcela B' considerando-se as condições vigentes na 'Data de Referência Anterior' e o 'Mercado de Referência', calculado da seguinte forma:

$$VPB0 = RA0 - VPA0$$

Com a nova redação do inciso (iii) acima apresentada, mesmo mantendo-se a fórmula de obtenção da 'Parcela B' por diferença, esta não mais é influenciada, para mais ou para menos, pelos itens da 'Parcela A' (VPA0) referentes aos encargos setoriais, cujos custos não variam na mesma proporção do mercado, atendendo, desse modo, os objetivos de eliminar o efeito tarifário causado pela atual metodologia de cálculo do reajuste anual e assegurar a neutralidade dos citados itens de custos não gerenciáveis da 'Parcela A'. O aprimoramento da metodologia do reajuste tarifário anual consolida-se com o procedimento de cálculo previsto na nova Subcláusula Décima Oitava da Cláusula Sétima - Tarifas aplicáveis na Prestação dos Serviços.'

46. Ressalta-se, todavia, que a tarifa de energia em 2011 já se encontra em valor acima do valor de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo em vista que a neutralidade da Parcela A fora compensada apenas a partir de fevereiro de 2010.

47. Embora a Aneel tenha adotado medidas tendentes a resolver o problema da ausência de neutralidade da Parcela A, entende-se, todavia, que a questão deve ser avaliada quando do monitoramento das decisões proferidas nestes autos, em especial, o impacto tarifário dos encargos financeiros no reajuste, decorrentes do saldo apurado nos encargos setoriais, e as medidas referentes aos custos de transmissão.

II.2. Passivo Financeiro

II.2.1. Entendimento Aneel

48. A Aneel manifestou-se, por meio do Despacho do Diretor-Geral 3.872/2010 (fl. 35, Anexo 6) e do Ofício 031/2011-DR/Aneel (fls. 320-325), pela impossibilidade de tratamento retroativo ao problema da ausência de neutralidade da Parcela A.

49. Analiticamente, o voto condutor do Diretor-Relator (fls. 30-34, Anexo 6) acerca da Audiência Pública 33/2010, o qual acatou o Parecer 799/2010-PGE/Aneel (fls. 2-29, Anexo 6) e fez extensa análise sobre as contribuições recebidas, contém as bases que nortearam o posicionamento da agência.

50. Em síntese, a Aneel fundamenta sua decisão com a seguinte lógica:

a) O regime jurídico estabelecido para definição das tarifas de energia elétrica é o de *price cap*. Neste regime há a definição de um preço máximo tarifário, no qual se permite à concessionária apropriar ganhos decorrentes da gestão eficiente do negócio, incluindo-se a economia de escala, a redução de custos, a produtividade e quaisquer outros meios de tornar a firma mais competitiva e eficiente.

b) Não se trata do regime pelo custo, em que existe a preocupação de atribuir uma receita igual ao custo total da concessionária. Nesse regime as oscilações de custos, mesmo quando decorrentes de variações da demanda, para mais ou para menos, são repassados para o consumidor. A Lei 8.987/1995 extinguiu o regime jurídico do serviço pelo custo e inaugurou o regime de serviço pelo preço ou *price cap*.

c) No regime de *price cap* a assunção dos riscos em geral, inclusive o risco de demanda decorrente de diminuição ou crescimento do mercado, são assumidos pela empresa concessionária de serviços públicos.

d) A Medida Provisória 2.227/2001, regulamentada pela Portaria Interministerial MME/MF 25/2002, altera parcialmente a assunção dos riscos pela concessionária, pois passa a prever uma compensação de variações dos valores (CVA) de determinados itens previstos no contrato de concessão, entre os reajustes anuais. Essa medida mitigou riscos relacionados à variação de preços dos encargos setoriais, além de custos com aquisição de energia elétrica, mantendo-se, todavia, o regime do serviço pelo preço. A Portaria não menciona qualquer interferência dos riscos de aumento ou diminuição da demanda no seu cálculo.

e) O §4º do art. 3º da referida Portaria, por meio do qual se determina que, ao final do período de compensação, deve-se verificar se o saldo da CVA foi efetivamente compensado, levando-se em consideração as variações ocorridas entre o mercado utilizado na definição do reajuste e o mercado verificado nos doze meses da compensação, não pode ser aplicado ao art. 2º da Portaria, pois se refere exclusivamente ao caput do art. 3º. Dessa forma, não havia previsão para que a Aneel pudesse incluir no cálculo da CVA a variação de demanda, para fins de obtenção da neutralidade total dos encargos.

f) O Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento de que a tarifa não mais é concebida exclusivamente como a exata contraprestação do serviço público prestado e que existe um caráter eminentemente político na sua definição. A agência cita trecho do Voto do Ministro Moreira Alves na ADC 9/DF e do Ministro Ricardo Lewandowski nos REs 576.186/RS e 541.511/RS. Conclui daí que há alinhamento da metodologia de reajuste tarifário das concessionárias de distribuição ao entendimento firmado pelo STF.

58. Note-se que o modelo de regulação do setor elétrico adotado no Brasil não é o price cap puro. Isto porque a definição das tarifas baseia-se em parâmetros de mercado para algumas variáveis e de custos específicos da empresa para outras.

59. Por um lado a remuneração do capital e o valor de algumas variáveis operacionais, como os salários e a quantidade de funcionários, são predefinidos com base em uma empresa de referência, e por isso não têm relação direta com os custos reais da concessionária. Por outro, os custos de compra de energia, de transmissão e de encargos setoriais são repassados para o consumidor em seu valor integral, em regra.

60. Portanto, o regime de price cap vigente, mesmo tendo uma lógica diferente do regime de custos, também depende da aferição acertada de algumas variáveis da empresa e de custos específicos, para que haja uma definição adequada do preço da tarifa. O preço da tarifa deverá ser equilibrado para não permitir que uma empresa ineficiente tenha lucros exorbitantes ou uma empresa eficiente tenha prejuízos.

61. No presente caso, a falha metodológica fez com que a Aneel definisse um valor máximo tarifário superior ao que deveria ter sido praticado. A consequência foi que as concessionárias obtiveram, com base nesse preço a maior, uma remuneração indevida em detrimento de quem paga a tarifa.

62. A Aneel quer fazer acreditar que, por se tratar de price cap, todo o risco de demanda é assumido pela concessionária.

63. Em regra, o regime de price cap atribui à concessionária riscos maiores que o regime de custos, mas isso não significa que todo e qualquer risco é assumido pela concessionária. Os riscos atribuídos à concessionária são aqueles decorrentes da gestão eficiente do negócio.

64. Uma flutuação de preços para contratação de energia, por exemplo, não é risco da empresa: é totalmente repassado para a tarifa de energia elétrica e os consumidores pagarão por essa flutuação. A criação de um novo encargo por parte do legislador também foge ao risco do negócio e será repassado ao consumidor.

65. De outra forma, se a empresa paga aos seus administradores salários menores que os do mercado e possui uma folha de pagamentos reduzida, por ter grande eficiência administrativa, apropriar-se-á de lucros maiores decorrentes de sua maior produtividade, pois sua tarifa de energia é calculada tendo como base uma empresa de referência que possui custos maiores.

66. A lógica do sistema price cap é: os custos que decorrem de gestão eficiente do negócio são vinculados aos riscos da concessionária, já os custos que não dependem da gestão da empresa são ligados aos riscos assumidos pelo consumidor.

67. Tanto é assim que os contratos de concessão, a legislação do setor e a regulação da Aneel dividiram os custos da empresa em duas partes: custos não gerenciáveis - Parcela A e custos gerenciáveis - Parcela B.

68. Na Parcela A estão compreendidos a compra de energia, os custos de transmissão e os encargos setoriais (Taxas de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica, Cotas de Conta Consumo Combustível, Cotas da Reserva Global de Reversão, Rateio de custos do Proinfa, Conta de Desenvolvimento Energético, etc.).

69. A Parcela B contém despesas de operação e manutenção, custos de capital e outras despesas.

70. Como regra, os custos decorrentes da Parcela A são simplesmente repassados ao consumidor, pois essencialmente, seus valores não decorrem de gestão eficiente da concessionária. Por essa razão, esses custos devem ser neutros e não gerar lucros ou prejuízos ao concessionário ou ao consumidor.

71. Note-se que a Aneel concorda com essa lógica. Transcreve-se, a seguir, trecho da Nota Técnica 106/2005-SRE/Aneel, disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2005/003/documento/nt_106_celpe.pdf>, acesso em 15/6/2011, que tratou do procedimento de revisão tarifária da Celpe, ainda no primeiro ciclo:

‘176. Conforme já mencionado, a Parcela A deve ser neutra para efeito tarifário, ou seja, se reconhece que a concessionária não deve ser indevidamente beneficiada ou prejudicada por eventos que

84. Logo, a concessionária deveria assumir os riscos de demanda relativos aos custos fixos da Parcela B, ficando com os lucros decorrentes do aumento de mercado e os prejuízos da diminuição, e ao consumidor caberiam os riscos de demanda afetos à Parcela A, como dita a lógica de todo o sistema price cap do sistema elétrico.

85. Importante notar que a Aneel tem a possibilidade de calcular, para cada item da Parcela A, quanto foi arrecadado pela concessionária e quanto foi realmente repassado por ela. Assim, é absolutamente factível encontrar com precisão os valores indevidamente apropriados pelas empresas em decorrência da falha metodológica.

86. Não existia, até 2010, nenhum mecanismo regulatório que corrigisse ou amenizasse o problema, em relação aos encargos setoriais e aos custos de transmissão.

87. Estima-se que a falha metodológica proporcionou às concessionárias o recolhimento sem o devido repasse de valores muito significativos por ano a título de encargos setoriais e custos de transmissão. Estimativas feitas pela autarquia especial indicam que, somente considerando dez concessionárias, as distorções somaram R\$ 630 milhões em 2009 (pag. 3, Anexo 5 - CD ROM).

88. Ressalta-se que também é possível ocorrer o inverso em relação à demanda, caso em que seria justa a restituição de valores à concessionária devido à diminuição de mercado. Em coerência com o que vem sendo defendido nesta análise, não é justo que a concessionária arque com custos para os quais não tem capacidade de gerenciá-los.

Itens 'd' e 'e': A CVA e a alegada impossibilidade de incluir as variações de mercado no seu cálculo

89. Defende a Aneel que a Portaria Interministerial MME/MF 25/2002 (PI 25/2002) trata especificamente das variações de preço de certos itens da Parcela A e não poderia a agência incorporar, por regulamentação própria, as variações nesses itens decorrentes do aumento ou diminuição do mercado.

90. Discorda-se do posicionamento da agência reguladora pelas razões a seguir expostas.

91. A PI 25/2002 regulamentou a Medida Provisória 2.227/2001, que dispôs o seguinte:

'Art. 1º Não se aplicam as disposições dos §§ 1º e 3º do art. 2º da Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, ao mecanismo de compensação das variações, ocorridas entre os reajustes tarifários anuais, de valores de itens da 'Parcela A' previstos nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, a ser regulado, por proposta da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, em ato conjunto dos Ministros de Estado de Minas e Energia e da Fazenda.'

92. A Lei 10.192/2001 tem a seguinte redação:

'Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

§ 3º Ressalvado o disposto no § 7º do art. 28 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.'

93. Percebe-se pela redação dos dispositivos que a MP 2.227/2001 excetua a regra criada pelos §1º e §3º do art. 2º da Lei 10.192/2001. A portaria disciplina, conforme o art. 2º da Lei 10.192/2001 e seus parágrafos, variações de preços e custos de produção. O conceito de custo é bastante diferente e mais amplo do de preço. O custo é formado pela multiplicação da quantidade pelo preço e diz respeito à totalidade do valor.

94. Note-se que o legislador cita separadamente preço e custo, não é por acaso e não há letra morta na lei. A intenção da MP é tornar a Parcela A neutra, o que faz parte da lógica do regime regulatório do price cap e está de acordo com o modelo desenhado para o setor elétrico. É uma medida que protege as concessionárias e o consumidor ante aumentos abruptos de preços, câmbio, ou mesmo variações de

101. Ainda que se admita não haver à época da edição da MP 2.227/2001 e da PI 25/2002 conhecimento do problema gerado pela falha metodológica, é patente a preocupação do legislador em manter neutra a Parcela A. A legislação não limitou os procedimentos para a correção da neutralidade da Parcela A à causa decorrente da variação de preços. Ao contrário, teve o cuidado de explicitamente referir-se a custo, valores e mercado, deixando, dessa forma, possibilidade de corrigir as diversas causas que pudessem retirar a neutralidade da Parcela A.

102. A portaria ainda garantiu à agência a possibilidade de estabelecer normas complementares (art. 10) para o alcance dos objetivos da legislação.

103. Assim, no tocante à matéria, a Aneel apresenta uma interpretação restritiva da legislação, confundindo conceitos amplos como o de custo e o de valor com o conceito bem mais restrito de preço.

104. O entendimento deste auditor é também compartilhado pelo Ministério de Minas e Energia (fl. 244), fundamentado na Nota Técnica 051/2009 - Assec/MME (fls. 245-258) e no Parecer Conjunt/MME 514/2009 (fls. 259-266), e pelo Ministério da Fazenda (fl. 339), fundamentado pelo Parecer PGFN/CAF/2541/2009 (fls. 340-345). Esses órgãos, baseados em pareceres emitidos por seus departamentos técnicos e jurídicos, manifestaram-se homogeneamente no sentido de que a PI 25/2002 permite que a Aneel considere as variações de mercado para a obtenção da neutralidade da Parcela A.

105. A Aneel não só tinha a possibilidade de corrigir a falha regulatória por meio da CVA, como também o dever de fazê-lo.

Item f: Alegado alinhamento da metodologia de reajuste ao entendimento firmado pelo STF

106. No que diz respeito à alegação da Aneel em relação à Ação Declaratória de Constitucionalidade 9-6/DF, cabe esclarecer que esta visou, tão somente, defender a Medida Provisória 2.152-2/2001, que criou e instalou a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, estabelecendo diretrizes para programas de enfrentamentos da crise de energia elétrica, entre outras providências.

107. A ação declarou constitucional a fixação de metas de consumo e o estabelecimento de um regime especial de tarifação. A referida MP fixou bônus para os cumpridores das metas estabelecidas e aumento de tarifa, e até mesmo suspensão do fornecimento de energia, para os que se mostraram insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, no esforço de poupar energia.

108. Como se percebe, o tema não tem a ver diretamente com reajuste tarifário.

109. Nos votos proferidos, há manifestação de Ministros do STF no sentido de que pode estar incluído na tarifa de energia a cobrança de valores que não estão estritamente relacionados ao serviço fornecido e que por isso haveria um componente político nessas tarifas.

110. Em decorrência dessas manifestações, o Parecer da Procuradoria da Aneel conclui ser a metodologia de reajuste tarifário, concretizadora do regime do serviço pelo preço, alinhada, pois, ao entendimento do STF, que declara o caráter eminentemente político das tarifas.

111. Não há dúvidas de que o regime tarifário atualmente utilizado é o do serviço pelo preço (price cap). De fato, há o ingrediente político no estabelecimento da tarifa, pois o legislador pode incluir novos encargos para viabilização/financiamento de políticas públicas diversas, mesmo sem relação direta com a prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica, como componente adicional da tarifa a ser paga pelo usuário.

112. Observa-se, entretanto, que, caso o legislador crie novo encargo, este será incluído na Parcela A e seu custo será repassado na íntegra ao usuário de energia.

113. Isso de fato ocorreu diversas vezes. O Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), por exemplo, acrescentou uma quota de custeio recolhida, proporcionalmente ao mercado consumidor, pelas concessionárias distribuidoras (art. 13, inciso II, Decreto 5.025/2004, regulamentador da Lei 10.438/2002). Esse programa foi financiado por essas quotas e, obviamente, quem arca com seus custos é o próprio usuário de energia elétrica. A tarifa de energia elétrica é majorada por esse encargo, que subsidia o desenvolvimento de fontes alternativas de energia elétrica.

122. Esse Acórdão foi tornado insubsistente pelo Acórdão 2.544/2008-TCU-Plenário, em razão de 'que não foi possibilitada a manifestação das concessionárias nos autos'. Foi, por isso, restituído os autos à unidade técnica, para serem promovidas as oitivas das concessionárias. Logo, a decisão que anulou o primeiro Acórdão teve como fundamento uma questão formal, a garantia do contraditório por parte das concessionárias, e não de mérito.

123. O Acórdão 1.268/2010-TCU-Plenário, ao contrário do que defende o Parecer da Procuradoria da Aneel, explicita a falha metodológica e resolve esperar as decisões da agência reguladora, já que esta abraza processo administrativo para tratar do tema, como se observa no voto do Ministro Relator.

'Os achados apontados pelo TCU revelaram que, diante de uma demanda crescente, as concessionárias de serviços de distribuição de energia elétrica se apropriam da diferença entre o IRT, e incremento dos custos da Parcela A, cuja variação é inferior ao mercado de referência.

Observa-se que este incremento na receita das concessionárias não decorre de um aumento de eficiência operacional, desvirtuando a finalidade da regulação por incentivos que somente permite maior lucratividade em caso de gestão eficiente dos custos pelas concessionárias. Ademais, a falha do modelo metodológico causa distorção no mecanismo de reajuste, cujo objetivo é manter o poder de compra da concessionária durante o período tarifário e não ampliá-lo.

Importa destacar que a Aneel, reconhecendo a falha metodológica, promoveu mudança na metodologia do reajuste tarifário para resolver o problema da falta de neutralidade da Parcela A, por meio de um aditivo aos contratos de concessão de serviços de distribuição de energia elétrica, aprovado pelo Despacho do Diretor-Geral da Aneel nº 245/2010, buscando dar uma solução prospectiva ao problema.

Para a solução retrospectiva, a Agência abriu o processo administrativo nº 48500.006802/2009-65 para apurar eventual ilegalidade, falha ou erro nos cálculos de reajuste tarifário até então realizados. No âmbito deste processo, em 25/5/2010, a diretoria colegiada da Aneel autorizou a realização de Audiência Pública nº 33/2010 'para análise do eventual efeito tarifário do aperfeiçoamento da metodologia de cálculo do Reajuste Tarifário Anual, estabelecida nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, objetivando a neutralidade da Parcela A'.

A superveniência da mencionada Audiência Pública obsta por ora a apreciação da matéria tratada no TC - 021.975/2007-0 por esta Corte de Contas. Conforme tenho reiterado ao longo de minha atuação em processos afetos às atividades regulatórias, reafirmo que o controle exercido pelo TCU neste campo tem caráter marcadamente ancilar ao Poder Concedente. Trata-se, portanto, de um controle de segunda ordem, cujos limites se estabelecem na esfera de discricionariedade conferida ao agente regulador.

Eventual manifestação deste Tribunal previamente às conclusões da Audiência Pública nº 33/2010 acerca do mérito da distorção metodológica, sobretudo quanto aos seus eventuais efeitos extunc, consistiria em arrogar o poder regulador legalmente atribuído à Aneel, conferindo ao TCU a função regulatória primária.'

124. Portanto, o subitem 9.1.1. do referido Acórdão não disse que não há ilegalidade na falha metodológica. Tal falha afronta os princípios da modicidade tarifária (art. 6º, §1º, da Lei 8.987/1995) e da regulação por incentivos (ínsito ao regime pelo preço, Lei 9.427/1996), sendo, portanto, claramente, uma ilegalidade.

125. O que foi dito na primeira parte do subitem 9.1.1. é que a regra de reajuste tarifário foi seguida, conforme a fórmula estipulada no contrato. Entretanto, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato não é mantido unicamente com a observância da fórmula paramétrica de reajuste descrita no contrato. É atingido por meio da utilização harmônica de todos os mecanismos de reposicionamento tarifário existentes, que deveriam decorrer da obediência ao contrato e à legislação. Tais mecanismos eram insuficientes para satisfazer os princípios da regulação por incentivos e da modicidade tarifária. Essa é a correta interpretação do item 9.1.1., em conformidade com o voto que o fundamentou.

d) ônus indevido sobre o consumidor, que é obrigado a se sujeitar a tarifa de energia maior do que a que deveria ter sido cobrada;

e) enriquecimento sem causa da concessionária, que se apropria de valores que deveriam ser repassados na integralidade ao usuário de energia elétrica, contrariando um dos princípios basilares do direito civil;

f) distorção no mecanismo de reajuste, cujo objetivo é manter o poder de compra da concessionária durante o período tarifário e não ampliá-lo;

g) prejuízos às concessionárias, que são obrigadas a repassar valores superiores aos arrecadados referentes aos encargos setoriais e custos de transmissão, sempre que houver diminuição de demanda;

h) inobservância da MP 2.227/2001 e da Portaria Interministerial MME/MF 25/2002 que objetivam a manutenção da neutralidade da Parcela A;

i) desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão, já que proporcionou ganhos indevidos a uma das partes, em decorrência de lucros/prejuízos sobre valores que deveriam ser neutros por pressuposto conceitual e legal;

135. Por essas razões, esta unidade técnica tem entendimento diverso da agência reguladora e conclui haver desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão, o que enseja a adoção de medidas por parte da Aneel que compense na tarifa futura os pagamentos indevidos realizados no passado, reequilibrando os contratos.

Itens l e m: Aperfeiçoamento metodológico, sem ilegalidade, impossibilita tratamento regulatório retroativo

136. A falta de neutralidade da Parcela A não decorre da elevação dos encargos, pois sempre existiu. Na verdade, quanto maior o número de encargos setoriais e seu peso proporcional sobre a tarifa, maior o problema proporcionado pela falha regulatória.

137. Restou evidente o reconhecimento por parte da agência e das concessionárias da existência da falha metodológica que proporcionou a não-neutralidade da Parcela A.

138. Tanto é assim que todas as concessionárias aceitaram aditar os contratos de concessão, explicitando que fica assegurada '(...) nos processos de revisão e reajuste tarifário, a neutralidade dos Encargos Setoriais da Parcela A com relação à variação de mercado que vier a ocorrer a partir de fevereiro de 2010 (...) ' (fl. 328).

139. Embora esse termo aditivo tenha a vantagem de pacificar a correção da falha regulatória, evitando assim demandas administrativas e judiciais futuras, ele é prescindível, pois a Aneel, tendo o poder/dever de regular a distribuição de energia elétrica e realizar os procedimentos de reajuste e revisão tarifária, já poderia e deveria há muito ter corrigido o problema.

140. Poderia a agência ter expedido regulamento complementar à Portaria Interministerial MME/MF 25/2002, ou mesmo ter considerado o desvio da neutralidade da Parcela A nos cálculos das revisões tarifárias realizadas.

141. Não se trata de simples 'aperfeiçoamento metodológico' como quer fazer crer a Aneel. Se assim o fosse, dificilmente contaria com a aquiescência das concessionárias em assinar termo aditivo, tendo em vista que o mercado brasileiro tem tendência de crescimento continuado e as concessionárias deixarão de obter ganhos em itens da Parcela A.

142. A obrigação da correção da metodologia decorre da existência do próprio problema, que desrespeita o modelo regulatório e a legislação. Atinge também o princípio da razoabilidade.

143. É totalmente irrazoável que a criação de encargos, muitas vezes não relacionados à própria prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica, venha a proporcionar à concessionária, em razão de uma omissão da agência na regulação, valores repassados diferentes dos arrecadados relativos ao novo encargo, sem qualquer compensação.

26. O Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado respondeu aos questionamentos formulados nos seguintes termos:

“a) a pretensão de ressarcimento dos valores pagos a maior pela tarifa de energia elétrica, supostamente fruto da falha metodológica apurada nos autos, no período de 2002 a 2007, sujeita-se a prazo prescricional próprio previsto no art. 206, § 3º, inciso IV, do Novo Código Civil, contado da data de publicação do Acórdão n. 2.210/2008-Plenário (10/10/2008);

b) o ingresso na condição de interessado de entidades de classe e associações dedicadas à defesa de direitos coletivos e difusos rege-se pelo art. 146 do Regimento Interno do TCU e o art. 2º da Resolução n.º 36/1995, aplicando-se, subsidiariamente, o disposto no art. 9º, incisos III e IV, da Lei n. 9.784/99, sendo que, nestes casos, o deferimento da habilitação para intervir, dependerá de demonstração da pertinência entre os objetivos institucionais da solicitante e a natureza da matéria que se discute no processo e, quando for o caso, de regularidade na representação, comprovada pela previsão estatutária conferindo à entidade poder para representar, judicial e extrajudicialmente, seus filiados, e autorização, em assembleia, para atuar no caso concreto;

c) o Excelentíssimo Segundo Vice-Presidente e Corregedor da Câmara dos Deputados não tem legitimidade para solicitar cópia de peças dos autos, a teor do que dispõe o art. 71, inciso VII, da Constituição Federal, art. 38, inciso II, da Lei 8.443/1992, art. 232, incisos I, II e III do Regimento Interno/TCU, art. 69, inciso II, da Resolução TCU nº 191/2006, com a redação que lhe foi conferida pela Resolução TCU nº 196/2006, e art. 4º da Resolução TCU nº 215/2008.”

27. Tendo a Ministra Ana Arraes sucedido o Ministro Ubiratan Aguiar no cargo, o processo passou à relatoria de Sua Excelência em face do que estabelece o art. 153 do Regimento Interno. Com a sua declaração de impedimento, fui sorteado relator do feito.

28. Foram apensados processos com pedidos de informação sobre estes autos, a saber: o TC-025.191/2009-4: Ofício-Requisição nº 108/2009-12ª PJ, da 12ª Promotoria de Justiça (Defesa do Consumidor) do Ministério Público do Estado de Goiás; o TC-026.926/2009-4: Ofício nº 1.201/2009/GPJ, da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; o TC-027.350/2009-1: Ofício/PR/RJ/CG nº 319/2009, da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro; o TC-027.708/2009-0: Ofício PJC nº 2.400/2009, da Promotoria de Justiça do Consumidor do Ministério Público do Estado de São Paulo; o TC-004.397/2010-0: Ofício NUCOE/12ºOC/PR/RS nº 728/2010, do Núcleo de Defesa do Consumidor e da Ordem Econômica da Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Sul; e o TC-004.400/2010-0: Ofício NDPU nº 10/2010, do 11º Ofício - Direitos Humanos/Tutela Coletiva da Defensoria Pública da União em Minas Gerais.

29. Além desses pleitos, foram juntadas cópias de expedientes relativos a outras solicitações de informações e a acórdãos do Tribunal.

30. A Advocacia-Geral da União informou, nos termos do art. 1º do Decreto 7.153/2010, que o processo foi declarado de interesse da União.

31. Diversas entidades de classe e associações dedicadas à defesa de direitos coletivos e difusos apresentaram requerimentos de ingresso na condição de interessados no processo, analisados à luz do disposto no art. 146 do Regimento Interno e no art. 2º da Resolução nº 36/1995, e, subsidiariamente, ao disposto no art. 9º, incisos III e IV, da Lei 9.784/99.

32. Estando os autos em meu Gabinete para exame, a Agência Nacional de Energia Elétrica encaminhou novos elementos por memorial, que foram analisados no mérito pela 2ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação, nos termos abaixo:

“O Memorial da Aneel

12. A Aneel apresentou memorial (peça 109) defendendo a não devolução dos valores decorrentes da falha metodológica baseado em dois fundamentos: o regime tarifário do serviço pelo preço tem como

19. A Subcláusula Sexta da Cláusula Sétima descreve a fórmula paramétrica de reajuste tarifário. A Subcláusula Sétima também da mesma cláusula, que trata do procedimento de revisão, tem a seguinte redação:

'Subcláusula Sétima - A Aneel, de acordo com o cronograma apresentado nesta Subcláusula, procederá às revisões dos valores das tarifas aplicáveis na prestação dos serviços de energia elétrica, alterando-os para mais ou para menos, 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 (...).'

20. Como se percebe 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. De fato, a cada ciclo tarifário a agência vem aprimorando a metodologia aplicável.

21. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não depende exclusivamente da aplicação de fórmulas presentes no contrato, depende sim de procedimentos regulatórios adotados pela Aneel visando promover a modicidade tarifária e a remuneração adequada para a concessionária eficiente, em conformidade com a legislação do setor, com princípios e diretrizes legais e contratuais, além da observância da fórmula de reajuste tarifário.

22. A falha encontrada não diz respeito à má utilização da fórmula contratual de reajuste tarifário e sim à insuficiência da regulação desenvolvida pela Aneel para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

23. Tanto assim o é que os aditivos contratuais firmados, em fevereiro de 2010, com objetivo de sanar a questão não alteraram a fórmula contratual, como será mostrado adiante.

24. Discorda-se das teses retratadas nos itens IV e V, pois não é insito ao sistema price cap que o risco de variação de mercado seja totalmente assumido pela concessionária e existe sim um princípio geral de neutralidade da Parcela A.

25. O risco de demanda não é atribuído integralmente à concessionária nem por contrato nem por regulação. Não há no contrato qualquer cláusula que dê a entender que o risco de demanda seria assumido pela concessionária. Ao contrário, o Contrato de Concessão já divide em duas parcelas as receitas da concessionária (Cláusula Sétima - Subcláusula Quinta). Na Parcela A estão inclusos encargos em geral e compra de energia para revenda, valores considerados pela própria agência reguladora como custos não gerenciáveis. Na Parcela B encontram-se os demais custos, considerados gerenciáveis.

26. A razão para a separação dos custos da concessionária em Parcela A, não gerenciável, e Parcela B, gerenciável, é possibilitar uma regulação por incentivos, por parte da agência, que estimule a concessionária a tornar-se mais eficiente naqueles custos passíveis de aumento de eficiência empresarial.

27. Aos valores da Parcela B, é aplicado um fator X, que objetiva o repasse ao consumidor dos ganhos de produtividade estimados da concessionária decorrentes do crescimento do mercado e do aumento do consumo dos clientes existentes. A concessionária possui custos fixos, estrutura administrativa, salários, equipamentos, etc., que não variam na mesma proporção do aumento de demanda, o que gera incremento na eficiência e na lucratividade. Esse incremento é compartilhado com o usuário por meio do fator X.

28. Quanto à Parcela A, por se tratar de itens não gerenciáveis, seus custos são repassados para o consumidor, não devendo, em tese, haver ganhos ou perdas por parte da concessionária. Em relação ao repasse do custo de aquisição de energia pelas distribuidoras de energia, um dos itens da Parcela A, o Decreto 5.163/2004 apresenta menção expressa à neutralidade desse item na tarifa.

'Decreto 5.163/2004

Art. 36. A ANEEL autorizará o repasse a partir do ano-base 'A' dos custos de aquisição de energia elétrica previstos nos contratos de que tratam os arts. 15, 27 e 32 deste Decreto, pelos agentes de distribuição às tarifas de seus consumidores finais, conforme os seguintes critérios:

c) *Nota Técnica 188/2003 - SRE/Aneel*, que tratou do procedimento de revisão tarifária da Light, disponível em: http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/Audiencia_Publica/audiencia_proton/2003/ap043/audi043.htm, acesso em 19/6/2012.

57. Conforme já mencionado, a receita da concessionária é constituída das Parcelas A e B. Na revisão tarifária periódica o Regulador determina os valores dessas parcelas, mantendo a neutralidade da Parcela A e estabelecendo novos valores para a Parcela B.

(...)

151. Conforme já mencionado, **a Parcela A deve ser neutra para efeito tarifário, ou seja, se reconhece que a concessionária não deve ser indevidamente beneficiada ou prejudicada por eventos que não pode controlar (exceto o ressalvado quanto aos preços dos montantes de energia elétrica adquirida para substituir a redução dos contratos iniciais). Assim, os custos da Parcela A são integralmente repassados às tarifas.** (grifos nossos)

35. A neutralidade da Parcela A faz sentido, pois a maior parte dos encargos setoriais não diz respeito sequer à atividade de distribuição de energia elétrica. A concessionária de distribuição atua como mera arrecadadora e repassadora de recursos para o fim a que se destina cada encargo.

36. Essa lógica é também comprovada pelo texto da Medida Provisória 2.227/2001 e pela Portaria Interministerial MME/MF 25/2002 (PI 25/2002), que cria, para efeito de cálculo do reajuste da tarifa de fornecimento de energia elétrica, a Conta de Compensação de Variação de Valores de Itens da 'Parcela A' (CVA), destinada a registrar as variações, ocorridas no período entre reajustes tarifários, dos valores de itens de custo da Parcela A, cujo efeito prático é garantir a neutralidade da Parcela A de forma que as concessionárias não tenham lucro ou prejuízo com a variação desses valores.

37. Portanto, a leitura conjunta do contrato e da legislação revela a lógica do sistema, amplamente divulgada pela agência reguladora desde as primeiras revisões tarifárias. Essa lógica é agora contestada pela própria agência.

38. Sobre a questão da CVA, a Aneel, em sua última manifestação (peça 109, p. 8) defendeu a tese de que 'tanto o artigo 2º da Lei n. 10.192/2001 quanto o artigo 1º da Medida Provisória n. 2.227/2001 são normas de direito monetário, motivo pelo qual não parece razoável delas extrair comando de alteração do regime tarifário do serviço pelo preço (...)', e completa 'ademais as normas versam sobre estipulação de reajuste por índices de preços, sem fazer qualquer referência a valores arrecadados com os preços praticados, sem fazer qualquer referência à variação de demanda de produtos ou insumos'.

39. Diverge-se desse entendimento da Aneel. A MP 2.227/2001 não exclui as variações de demanda, pois tem terminologia abrangente, autorizando a inclusão de 'mecanismos de compensação das variações, ocorridas entre os reajustes tarifários anuais, de **valores de itens da Parcela A**' (grifo nosso) nos reajustes tarifários. Portanto, essa medida provisória já autoriza a realização das correções necessárias para a garantia da neutralidade da Parcela A.

40. Ressalte-se ainda que a Aneel enviou para o Ministério de Minas e Energia, em 2008, o Ofício 267/2008-DR/Aneel e a Minuta de Portaria Interministerial, contendo proposta para aperfeiçoamento da metodologia de cálculo da CVA (peça 5, p. 206 e peça 113). Na ocasião, a Aneel propôs a alteração da referida portaria de forma a expressamente evidenciar a inclusão da variação de demanda para fins de manutenção da neutralidade da Parcela A.

41. Conclui-se da proposta que a Aneel entendia, à época, haver autorização legal, por parte da MP 2.227/2001, para que instrumento infralegal, no caso portaria interministerial, regulamentasse a matéria de forma a permitir a incorporação da variação de demanda para fins de neutralidade da Parcela A. Evidentemente, portaria ministerial não pode inovar no regramento jurídico, mas apenas regulamentar situação já permitida em lei. Logo, a Aneel entendia haver essa autorização legal para inclusão da variação de demanda para fins da neutralidade da Parcela A, cabendo apenas uma melhor regulamentação da matéria.

42. Isso revela outra mudança do entendimento da agência reguladora, que agora entende não haver permissivo na MP 2.227/2001 que possibilitasse a incorporação das variações de demanda.

2010, correspondente aos seguintes custos: Reserva Global de Reversão - RGR; Conta de Consumo Combustível - CCC; Conta de Desenvolvimento Energético - CDE; Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - Proinfa; Encargo de Serviços do Sistema - ESS; Encargo de Energia de Reserva - EER; Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica - TFSEE; contribuição ao Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS; e Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos - CFURH, consideradas as diferenças mensais apuradas entre os valores faturados de cada item no período de referência e os respectivos valores contemplados no reajuste ou revisão tarifária anterior, devidamente remuneradas com base no mesmo índice utilizado na apuração do saldo da Conta de Compensação de Variação de Valores de Itens da 'Parcela A' - CVA.'

53. 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.

54. Portanto, não houve qualquer inovação no aditivo contratual que já não estivesse previsto em lei e na própria sistemática decorrente do modelo regulatório adotado, que ainda continua a ser de serviço pelo preço.

55. Considerando a mesma lógica, não há que se falar em realocação de riscos de demanda retroativa (item VIII). Não se trata de realocação, pois a Parcela A deveria ser neutra desde os primeiros reajustes tarifários. Trata-se simplesmente da correção de cálculos que não foram realizados adequadamente pela Aneel de forma a manter a neutralidade da Parcela A em reajustes praticados anteriormente.

56. A devolução de valores, quando fosse o caso, também não é 'quebra de contrato' (item IX), nem poderia gerar aumento da percepção de risco e incremento da taxa de remuneração do capital.

57. A tese da Aneel, exposta no memorial, de que a devolução de valores para consumidores ou concessionárias decorrentes da ausência de neutralidade da Parcela A traria um aumento da percepção de risco e prejuízo à modicidade tarifária a médio ou longo prazo tem como pressupostos a 'inobservância ou descumprimento dos termos pactuados no contrato de concessão', a 'quebra de contrato', a instabilidade regulatória e a insegurança jurídica que seriam geradas por essa devolução.

58. A agência traz exemplos práticos de situações que elevaram a precificação de risco em razão da possibilidade ou mesmo da ocorrência de 'quebras de contrato' - como foi o caso brasileiro ante a possível eleição do então candidato à Presidência da República, Lula, em 2002, e o caso argentino em que houve, de fato, 'quebra de contrato' seguida pela expropriação de ativos de concessionária de exploração de recursos petrolíferos, a YPF - para, em seguida, estimar os efeitos dessa maior precificação de risco na remuneração de capital exigida pelos investidores e seus prejudiciais impactos na modicidade tarifária.

59. De fato, situações de 'quebra de contrato', instabilidade regulatória e insegurança jurídica levariam a uma maior precificação de risco e à necessidade de maior remuneração do capital com efeitos danosos sobre a tarifa de energia. Esse, porém, não é o caso da proposta apresentada por esta unidade técnica.

60. A proposta apresentada em instrução anterior (peça 12, 444-445) e aqui ratificada, consiste em determinar à Agência Nacional de Energia Elétrica, com base no art. 45 da Lei 8.443/1992 e no art. 251 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, e tendo em vista os princípios da moralidade administrativa e da razoabilidade e a atual situação de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de distribuição de energia elétrica, em descumprimento do art. 10 da Lei 8.987/1995 e dos próprios contratos de concessão, que: a) calcule a diferença entre o valor arrecadado e o valor repassado dos encargos setoriais e dos custos de transmissão por cada concessionária, desde o primeiro reajuste tarifário até fevereiro de 2010, atualizando o saldo pela taxa Selic; b) adote as providências necessárias para a compensação, na tarifa de energia elétrica, do saldo corrigido encontrado para cada concessionária; e c) apresente ao TCU, no prazo de sessenta dias, a metodologia de cálculo, o saldo total corrigido de cada concessionária, incluindo a memória de cálculo e as respectivas planilhas eletrônicas, os prazos e os procedimentos a serem utilizados para a compensação nas tarifas de energia elétrica.

70. Por fim, registra-se que a competência do TCU para expedir determinações corretivas sobre o tema decorre de força constitucional que estabelece o poder/dever de zelar pelos bens e dinheiros públicos e pela eficiência da administração federal, podendo assinar prazo para que órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade (art. 71, inciso IX, da CF/88).

71. Note-se que há larga jurisprudência nesta Corte de Contas no sentido de determinar a entidades reguladoras que adotem providências para o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão (Acórdão 346/2012-TCU-Plenário, Acórdão 2.896/2009-TCU-Plenário, Acórdão 2154/2007-TCU-Plenário, Decisão 988/2004-TCU-Plenário, Decisão 567/2002-TCU-Plenário, Decisão 337/2001-TCU-Plenário, etc.).”

33. Após a análise dos elementos apresentados pela Aneel em memorial, a unidade técnica concluiu por serem mantidos os entendimentos e as propostas de encaminhamento formuladas anteriormente, e ainda que:

“73. Insuficiente regulamentação por parte da Aneel levou à fixação incorreta, por ocasião dos reajustes tarifários, das tarifas máximas a serem praticadas pelas concessionárias. Esse problema ocorreu em razão da ausência de neutralidade da Parcela A, contrariando princípios legais, em especial o da razoabilidade e o da moralidade e a lógica do sistema regulatório, reconhecida pela Aneel à época, depreendida da leitura conjunta do Contrato de Concessão, Cláusula Sétima - Subcláusula Quinta, da MP 2.227/2001, da PI 15/2002 e do art. 14, inciso IV, da Lei 9.427/1996.

74. A Aneel adotou medidas tendentes à solução do problema em fevereiro de 2010, mas decidiu nada fazer em relação ao desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ocasionado pela fixação incorreta de tarifas desde os primeiros reajustes tarifários.

75. Dessa feita, sendo o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos premissa obrigatória a ser observada por força da Lei 8.987/1995 e do próprio contrato de concessão, considerando ainda o dever de a Aneel regular e fiscalizar o setor elétrico, fixar as tarifas de distribuição de energia elétrica, bem como gerir os contratos de concessão, nos termos do art. 3º, inciso IV, da Lei 9.427/1996, e tendo em vista tratar-se de um contrato administrativo de delegação de serviço público de titularidade da União, e ante o poder dever deste Tribunal de zelar pelos dinheiros públicos e pela eficiência na administração pública, entende-se necessária a expedição de determinação corretiva para a agência reguladora para que adote medidas para o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica.”

34. Com base no acima exposto, a Sefid-2 formulou proposta de encaminhamento no sentido de:

“a) determinar à Agência Nacional de Energia Elétrica, com base no art. 45 da Lei 8.443/1992 e no art. 251 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU), e tendo em vista os princípios da moralidade administrativa e da razoabilidade e a atual situação de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de distribuição de energia elétrica, em descumprimento do art. 10 da Lei 8.987/1995 e dos próprios contratos de concessão, que:

a.1) calcule a diferença entre o valor arrecadado e o valor repassado dos encargos setoriais e dos custos de transmissão por cada concessionária, desde o primeiro reajuste tarifário até fevereiro de 2010, atualizando o saldo pela taxa Selic;

a.2) adote as providências necessárias para a compensação, na tarifa de energia elétrica, do saldo corrigido encontrado para cada concessionária;

a.3) apresente ao TCU, no prazo de sessenta dias, a metodologia de cálculo, o saldo total corrigido de cada concessionária, incluindo a memória de cálculo e as respectivas planilhas eletrônicas, os prazos e os procedimentos a serem utilizados para a compensação nas tarifas de energia elétrica;

b) remeter cópias do Acórdão, bem como do Relatório e do Voto, à Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados; à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); ao Ministério de Minas e Energia (MME); à Companhia Energética de Pernambuco (Celpe); à Cemig Distribuição S/A (Cemig); à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal; ao Procurador da

VOTO

Em exame a Solicitação do Congresso Nacional formulada pela Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados (Of. Pres. nº 245/2007), com a finalidade de que o Tribunal realize auditoria nos processos de reajuste tarifário da Companhia Energética de Pernambuco (Celpe), no período de 2002 a 2007. A origem do pedido foi o Requerimento nº 36/07, de autoria do Deputado Federal Eduardo da Fonte.

2. Conforme o relatório precedente, este processo cuida da metodologia utilizada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) na definição do reajuste das tarifas de energia elétrica previsto nos contratos de concessão das distribuidoras, sua aderência aos princípios legais subjacentes à concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica e à regularidade dos cálculos realizados.

3. Assunto relevante no contexto da concessão de serviços de interesse nacional, sobre o tema “energia elétrica” a Câmara dos Deputados instalou em 2009 uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), cuja conclusão foi no sentido de que: “existe erro, o qual causou o aumento indevido das tarifas, prejudicando o consumidor; a Aneel tem a obrigação de corrigir esse problema e de devolver os valores cobrados a maior do consumidor”.

4. Diante da complexidade e da importância dos temas tratados, destaco a qualidade dos trabalhos produzidos pela 2ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação (Sefid-2) e a valiosa contribuição oferecida pelo Ministério Público junto ao Tribunal e pelos relatores que me antecederam.

5. Quanto à preliminar de admissibilidade, uma vez presentes os requisitos previstos no inciso IV do art. 71 da Constituição Federal, combinado com os arts. 1º, incisos II e III, da Lei 8.443/1992, 232, inciso III, do Regimento Interno e 4º, inciso I, alínea “b”, da Resolução TCU nº 215/2008, entendo que a Solicitação formulada pela Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados deva ser conhecida pelo Tribunal.

6. Contextualizando a matéria, registro que na primeira apreciação do processo pelo Tribunal, por meio do Acórdão nº 2.210/2008-TCU-Plenário, restou assente que os cálculos que fundamentaram os reajustes tarifários da Companhia de Eletricidade de Pernambuco (Celpe) foram realizados com exatidão e de acordo com a metodologia em vigor.

7. Contudo, foi identificada falha na metodologia desenvolvida, com repercussão em todos os contratos firmados com as concessionárias distribuidoras de energia elétrica, o que gerou determinação para que a Aneel ajustasse a metodologia de forma a corrigir as inconsistências verificadas no contrato da Celpe, avaliasse o impacto dessa correção no equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, desde o início da concessão, bem como estendesse os procedimentos às demais empresas concessionárias de energia elétrica do país.

8. Ainda que, por intermédio do Acórdão nº 2.544/2008-TCU-Plenário, a deliberação tenha sido tornada insubsistente, a falha apontada pelo Tribunal foi reconhecida pela Aneel, que efetuou as correções necessárias em todos os contratos, mediante a assinatura, em comum acordo com as concessionárias, de aditivos aos instrumentos firmados.

9. O processo esteve sobrestado aguardando o resultado da Audiência Pública nº 33/2010, consoante despacho do então relator original, Ministro Benjamin Zymler, que também cuidou do passivo financeiro das concessionárias em relação aos consumidores de energia elétrica.

10. Mediante o Despacho nº 3.872/2010, a Aneel decidiu negar tratamento regulatório retroativo à metodologia acerca das variações de mercado no repasse dos custos não gerenciáveis da “Parcela A”, referentes aos encargos setoriais dos ciclos tarifários já incorridos.

crescimento do mercado e do aumento do consumo dos clientes existentes. O mecanismo contribui para a modicidade tarifária.

22. A Compensação de Variação de Valores de Itens da “Parcela A” (CVA), mecanismo de variação de valores dos itens da “Parcela A” previsto nos contratos de concessão e disciplinado por Portarias Interministeriais, dos Ministérios de Minas e Energia e da Fazenda, com o intuito de capturar distorções de itens da referida parcela da receita das concessionárias de distribuição de energia elétrica.

23. Releva notar também que, de acordo com a Instrução Normativa-TCU nº 43/2002, os processos de revisão periódica das principais concessionárias são acompanhados pelo Tribunal, no intuito de garantir a sua regularidade e contribuir para o seu aperfeiçoamento metodológico.

24. Quanto à referida falha metodológica, foi identificada na omissão regulatória por parte da Aneel que propiciou, no caso de aumento da demanda de energia, ganhos indevidos para as concessionárias que não foram revertidos em prol dos consumidores.

25. Sobre a questão, destaco o elucidativo voto que fundamentou o Acórdão nº 2.210/2008-TCU-Plenário, de autoria do eminente Ministro Benjamin Zymler:

“7. O modelo regulatório adotado no setor elétrico orienta-se pelo regime de incentivos, de forma a equilibrar o aumento na qualidade e eficiência do serviço prestado com a modicidade tarifária. Para tanto, adota-se metodologia em 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 negocial, de forma a estimular e justificar os investimentos privados no setor.

8. Calçada nesta premissa, a sistemática engendrada para o reajustamento das tarifas, destina-se à manutenção do valor real da receita do concessionário. Nesta linha, divide-se os custos por este incorridos no processo de distribuição, em Parcela A e Parcela B. Refere-se a primeira àqueles custos não gerenciáveis, por parte do concessionário. Já a Parcela B reflete os custos gerenciáveis, os quais devem abranger os custos operacionais e a remuneração do capital do investidor.

9. A despeito do descompasso verificado entre o crescimento das tarifas praticadas pela CELPE, no período compreendido entre 2002 e 2007, e a inflação acumulada no mesmo período, respectivamente 78% e 61% (com base no IGP-M), a análise das planilhas apresentadas pela concessionária mostraram-se conformes às regras de reajuste estabelecidas pela ANEEL, nos contratos de concessão.

*10. Não obstante esta conformidade, a discrepância nos indicadores acima referidos sinalizou inconsistência na sistemática de reajustamento praticada pelo Agente Regulador, porquanto, logo **a priori**, não se verifica equilíbrio entre a receita auferida pelo concessionário e a evolução da inflação acumulada no período correspondente. Este descompasso vai de encontro à finalidade do reajuste, que consiste justamente na preservação do ‘poder de compra’ da receita do concessionário.*

11. No adensado estudo empreendido pela SEFID, integralmente reproduzido no Relatório que apresento a Vossas Excelências, identificou-se a causa da distorção no modelo examinado, que permite às empresas concessionárias apropriarem-se de ganhos de escala do negócio, em decorrência do aumento no consumo, sem que haja a contrapartida na redução da tarifa e, também, no aumento da eficiência operacional do serviço prestado.

12. De acordo com a Unidade Técnica, o principal ponto que vulnera a consistência da metodologia adotada funda-se na determinação do valor da Parcela B e na desconsideração das variações futuras de demanda.

13. Com efeito, na sistemática adotada pela ANEEL, a Parcela B é definida como a diferença entre a receita efetivamente arrecadada e a Parcela A efetivamente despendida. Em um cenário realista, em que se verifica uma demanda crescente, este método propicia um ganho adicional ao concessionário, o qual o não é repassado para o consumidor.

14. Isto se deve ao fato de não serem consideradas, no momento do reajuste, as variações na demanda que, por conseguinte, refletem-se na receita que delas derivam. Ao ter-se em conta que o índice de reajuste tarifário (IRT) é definido pela razão entre a Receita na Data de Reajuste em Processamento (DRP)

e) os aditivos contratuais firmados, em conjunto com a imposição de limites de Montantes de Uso dos Sistemas de Transmissão (MUST), para fins de contratação e de repasse tarifário, aparentemente constituíram em uma solução adequada para o problema em pauta, com eficácia de promover efeitos futuros (*ex nunc*) nos contratos em vigor;

f) houve, todavia, uma omissão regulatória por parte da Aneel que perpetuou a falha metodológica e provocou distorção no mecanismo de reajuste tarifário e gerou aumento indevido das tarifas de energia elétrica, em razão de arrecadação por parte das concessionárias de valores superiores aos repasses realizados relativos aos encargos setoriais e custos de transmissão, integrantes da Parcela A, supostamente neutra;

g) essa falha contraria a lógica regulatória do *price cap* vigente no setor elétrico, desrespeita os princípios da modicidade tarifária, da regulação por incentivos e da razoabilidade, acarreta pagamentos indevidos por parte do consumidor e enriquecimento sem causa por parte das concessionárias, no caso de aumento de demanda de energia, conduzindo os contratos a uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro;

h) a falha também pode trazer prejuízos às concessionárias, no caso de diminuição de demanda, pois as obrigou a repassar valores, relativos a itens supostamente neutros e que não dependiam de gestão das concessionárias, sem a respectiva contrapartida de arrecadação;

i) quanto ao passivo gerado pela falha regulatória, considerando que os pagamentos indevidos decorrentes da falha regulatória proporcionaram enriquecimento sem justa causa e desequilíbrio nos contratos de concessão, é preciso que se promova a compensação ou a devolução dos valores recolhidos indevidamente, em obediência aos artigos 876 e 884 do Código Civil.

27. Com respeito ao mérito das questões tratadas nos autos, adoto como razões de decidir o que segue.

28. Em relação ao direito do consumidor, o Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, não está intervindo na relação jurídica entre consumidor e concessionária, via ente regulador, cuja competência é do Poder Judiciário. Está, sim, com fundamento no que estabelecem o art. 71 da Constituição Federal e o art. 1º da Lei 8.443/1992, exercendo a sua competência de fiscalizar os atos praticados pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) neste processo.

29. No caso de ato discricionário praticado de forma motivada e em prol do interesse público, cabe ao Tribunal apenas recomendar a adoção das providências adequadas, mas, se constatada violação de disposição legal expressa em ato vinculado, deve determinar a implementação de medidas tendentes ao saneamento do ato tido por irregular.

30. A discricionariedade técnica, atribuída à Aneel, ao definir metodologias que transferiram para as distribuidoras ganhos de escala não relacionados com sua operação, feriu as disposições do art. 14, inciso IV, da Lei 9.427/1996 e, dentre outros, os princípios da modicidade tarifária e da eficiência positivados pelo art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995, estando, dessa forma, sujeita a determinações deste Tribunal.

31. O princípio da segurança jurídica, levantado pela Aneel e pelas empresas concessionárias, não se aplica à parte específica dos reajustes tarifários que produziram resultados em desconformidade com o art. 14, inciso IV, da Lei 9.427/1996 e os arts. 6º, § 1º, e 10 da Lei 8.987/1995, pois tais reajustes não têm efeitos plenos, ou seja, não são atos jurídicos perfeitos. Ao deixarem de observar a modicidade tarifária resultante da neutralidade da "Parcela A", esses reajustes não obedeceram a forma prescrita em lei.

32. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não depende exclusivamente da aplicação de fórmulas presentes no contrato, mas também de procedimentos regulatórios adotados pela Aneel visando a promover a modicidade tarifária e a remuneração adequada para a concessionária

tarifário. Essa alteração do resultado do reajuste é considerada contratualmente adequada, pois a legislação autorizativa está em conformidade com o contrato de concessão e atua no sentido da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

45. Não há que se falar em realocação de riscos de demanda retroativa, pois a “Parcela A” deveria ser neutra desde os primeiros reajustes tarifários. Trata-se simplesmente da correção de cálculos que não foram realizados adequadamente pela Aneel de forma a manter a neutralidade da “Parcela A” em reajustes praticados anteriormente.

46. No acórdão proposto não há a “quebra de contrato” alegada pela Aneel, pois se fundamenta na observância de princípios e dispositivos legais e contratuais, de sorte que o ajuste dos valores decorrentes da omissão regulatória que ocasionou desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos contribuirá para a segurança jurídica e assegurará o próprio cumprimento dos contratos de concessão e da legislação vigente, o que reduz, na verdade, a percepção de risco.

47. Entendo, ainda, ser oportuno que:

a) ao identificar nova distorção no modelo regulatório, a Aneel adote, **desde logo**, as medidas corretivas necessárias para manter o regime de incentivos, objetivando equilibrar o aumento na qualidade e eficiência do serviço prestado com a modicidade tarifária, ou seja, 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 negocial, de forma a estimular e justificar os investimentos privados no setor;:

b) a Sefid-2 promova o monitoramento do acórdão a ser adotado.

48. Por fim, creio ser pertinente considerar, nos termos do art. 17, inciso I, da Resolução-TCU nº 215/2008, atendida a presente solicitação; dar ciência do acórdão a ser adotado, bem como do relatório e voto que o fundamentarem, aos solicitantes e aos interessados e promover o arquivamento dos autos, com base no art. 169, inciso IV, do Regimento Interno combinado com o art. 19 da Resolução nº 215/2008.

Ante o exposto, Voto por que seja adotado o Acórdão que ora submeto à consideração deste Plenário.

“9.1. conhecer da presente solicitação, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos no inciso IV do art. 71 da Constituição Federal e nos arts. 1º, inciso II, da Lei 8.443/1992, 232, inciso III, do Regimento Interno e 4º, inciso I, alínea b, da Resolução TCU nº 215/2008;

9.2. com fundamento no que estabelecem o art. 71 da Constituição Federal e o art. 1º da Lei 8.443/1992, reconhecer a competência do Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, para fiscalizar os atos praticados pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) neste processo, visto não estar a Corte deliberando acerca de relação jurídica entre consumidor e concessionária;

9.3. considerar que o princípio da segurança jurídica não se aplica à parte específica dos reajustes tarifários que produziram resultados em desconformidade com o art. 14, inciso IV, da Lei 9.427/1996 e os arts. 6º, § 1º, e 10 da Lei 8.987/1995, pois tais reajustes não têm efeitos plenos, ou seja, não são atos jurídicos perfeitos;

9.4. determinar à Agência Nacional de Energia Elétrica, com base no art. 45 da Lei 8.443/1992 e no art. 251 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, e em face do descumprimento: do art. 14, inciso IV, da Lei 9.427/1996; dos arts. 6º, § 1º, e 10 da Lei 8.987/1995; dos princípios da modicidade tarifária, da regulação por incentivos, da eficiência, da moralidade administrativa e da razoabilidade; dos próprios contratos de concessão e da atual situação de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de distribuição de energia elétrica, que:

GRUPO II - CLASSE II - Plenário

TC 021.975/2007-0

Apensos: 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; TC 010.150/2012-9.

Natureza: Solicitação do Congresso Nacional.

Entidade: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

Responsáveis: Nelson José Hübner Moreira (CPF: 443.875.207-87), Diretor-Geral da Aneel e Jerson Kelman (CPF: 155.082.937-87), ex-Diretor Geral da Aneel.

Interessados: Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados; Advocacia-Geral da União; Companhia Energética de Pernambuco (Celpe); Cemig Distribuição S/A (Cemig); Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (Proteste); Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo (Procon-SP); Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec); Deputado Eduardo da Fonte; Associação Brasileira de Distribuidoras de Energia Elétrica (Abradee).

Advogados constituídos nos autos: André Serrão Borges de Sampaio (OAB/DF nº 12.788), Fabio Henrique Di Lallo Dias (OAB/SP nº 247.030), Felipe Montenegro Viviani Guimarães (OAB/RJ nº 126.924), João Francisco Aguiar Drumond (OAB/DF nº 10.460); Lairson Ruy Palermo (OAB/MS nº 6.460); José Renato Pinto da Fonseca; Alexandre de Mendonça Wald (OAB/SP nº 107.872-A); João Francisco Aguiar Drumond (OAB/DF nº 10.460); e outros.

SUMÁRIO: SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. APENSADAS SOLICITAÇÕES DE IDÊNTICA NATUREZA. 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. CONHECIMENTO. ATENDIMENTO. DETERMINAÇÕES. COMUNICAÇÕES. MONITORAMENTO. ARQUIVAMENTO.

VOTO REVISOR

Trata-se da solicitação de auditoria formulada pela Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, tendo por objeto os processos de reajuste tarifário da Companhia Energética de Pernambuco (Celpe) no período de 2002 a 2007.

Regulatórios do Senado Federal; à Comissão de Minas e Energia da Câmara dos Deputados; a 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal; à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda;

9.4. arquivar os presentes autos.”

5. Ao julgar embargos de declaração opostos pela Aneel em relação ao acórdão acima transcrito, este Plenário assim se manifestou (Acórdão nº 2544/2008-TCU-Plenário, sessão de 12/11/2008), *verbis*:

“9.1. conhecer dos Embargos de Declaração, uma vez satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 32, inciso II, e 34 da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, acolhê-los;

9.2. tornar insubsistente o teor do Acórdão nº 2.210/2008-Plenário;

9.3. determinar à SEFID que:

9.3.1. promova a oitiva da Companhia Energética de Pernambuco – CELPE e da CEMIG Distribuição S/A, acerca das irregularidades constatadas nos autos;

9.3.2. analise as alegações constantes dos Embargos de Declaração, bem como do Pedido de Reexame interposto pela ANEEL, conjuntamente com os elementos trazidos aos autos mediante as oitivas de que trata o item anterior;

9.4. restituir os autos à SEFID;

9.5. dar ciência ao recorrente do teor desta deliberação.” (grifei)

6. Registro, por oportuno, que na mesma data em que opôs os referidos embargos de declaração, a Aneel também interpôs pedido de reexame em relação ao Acórdão nº 2210/2008-TCU-Plenário (fls. 1/64, anexo 4), o qual perdeu seu objeto quando este Tribunal decidiu dar provimento aos embargos.

7. Como se vê, as determinações dirigidas à Aneel em outubro de 2008, para que corrigisse as distorções na metodologia de reajuste tarifário presentes nos contratos de concessão da Celpe e demais empresas concessionárias de energia elétrica do país, foram tornadas insubsistentes. No entanto, talvez em parte motivada pelo teor dessas determinações e pela análise da matéria efetuada pelo Tribunal no presente processo, a Aneel abriu, de 6 a 27 de novembro de 2009, a Audiência Pública por Intercâmbio Documental nº 43/2009, para colher subsídios e informações dos agentes e da sociedade em geral com vistas à aprovação de modelo-padrão de aditivo aos contratos de concessão de serviço público de distribuição de energia elétrica, para aprimoramento dos procedimentos de cálculo dos reajustes tarifários anuais, de modo a assegurar a neutralidade dos itens de custos não gerenciáveis da denominada Parcela A² nas tarifas de energia elétrica.

8. Relembro que a Aneel divide, metodologicamente, os custos das concessionárias de distribuição de energia elétrica em duas parcelas. A Parcela A representa os custos não gerenciáveis da empresa, ou seja, aqueles que não dependem da sua operação, tais como: encargos setoriais (Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica - TFSEE, rateio de custos do Proinfa, Conta de Desenvolvimento Energético - CDE), encargos de transmissão (uso das instalações da rede básica de transmissão de energia elétrica, uso das instalações de conexão e de distribuição, transporte da energia elétrica proveniente de Itaipu) e compra de energia elétrica (energia de Itaipu, contratos iniciais, contratos bilaterais de longo prazo ou leilões). A Parcela B representa os custos gerenciáveis da empresa e devem abranger os custos operacionais e a remuneração do capital do investidor, tais como: despesas de operação e manutenção (pessoal, material, serviços de terceiros, despesas gerais), despesas de capital (cotas de depreciação, remuneração do capital) e outras (P&D, eficiência energética).

9. No entender da Sefid, as distorções mencionadas nos autos, que permitem às empresas concessionárias apropriarem-se de ganhos de escala do negócio em decorrência do aumento no

² Parcela A: representa os custos não gerenciáveis da empresa, ou seja, aqueles que não dependem da sua operação.

15. Portanto, constato que o ajuste metodológico, determinado originalmente pelo Acórdão nº 2210/2008-TCU-Plenário, foi efetuado pela Aneel, vigendo a partir de fevereiro de 2010, e foi considerado pela unidade técnica deste Tribunal como uma solução adequada e que corrige as distorções levantadas nos presentes autos a partir de sua incorporação aos contratos celebrados com as concessionárias de distribuição de energia elétrica. Diante de todas as informações que constam do processo, entendo que a questão foi solucionada para os reajustes realizados a partir de fevereiro de 2010.

16. Após implementar as alterações constantes do termo aditivo contratual padrão já referidas, e com a finalidade de obter subsídios e informações para a análise e decisão acerca do reconhecimento da legalidade da aplicação da fórmula de reajuste anual das tarifas constante dos contratos de concessão de serviço público de distribuição, bem como discutir sobre uma possível devolução dos valores recebidos a maior pelas concessionárias antes de fevereiro de 2010, a Aneel abriu a Audiência Pública nº 33/2010.

17. Concluído o mecanismo de participação popular, a agência reguladora decidiu, por meio do Despacho do Diretor-Geral nº 3.872/2010, de 14/12/2010 (fl. 35, anexo 6):

a) arquivar a Audiência Pública nº 33/2010, por reconhecer a legalidade da aplicação da fórmula de reajuste anual das tarifas constante dos contratos de concessão de serviço público de distribuição;

b) negar o efeito 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;

c) conhecer e negar provimento aos pedidos de invalidação da metodologia de reajuste tarifário de tarifas de distribuição de energia elétrica.

18. A referida decisão foi objeto de pedido de reconsideração à Aneel, formulado por 228 Deputados Federais, que solicitaram o tratamento retroativo ao problema metodológico do reajuste tarifário. Esse pedido foi negado pela agência em 25/1/2011. Releva mencionar que em 2009 foi instalada na Câmara dos Deputados uma Comissão Parlamentar de Inquérito *“destinada a investigar a formação dos valores das tarifas de energia elétrica no Brasil, a atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) na autorização dos reajustes e reposicionamentos tarifários a título de reequilíbrio econômico-financeiro e esclarecer os motivos pelos quais a tarifa média de energia elétrica no Brasil ser maior do que em nações do chamado G7, grupo dos países mais desenvolvidos do mundo”*. Da leitura do relatório final, aprovado em 30/11/2009, extraio que a CPI, dentre outras providências, recomendou que fosse determinado à Aneel que *“no prazo de 60 (sessenta) dias, desenvolva mecanismo de devolução, seja mediante pagamento em espécie, seja mediante compensação futura, aos consumidores dos valores injustamente cobrados em decorrência da falta de neutralidade da Parcela A, durante os últimos anos.”* (www.camara.gov.br).

19. Ao analisar a documentação encaminhada a este Tribunal em razão das oitivas determinadas pelo Acórdão nº 2544/2008-TCU-Plenário, a Sefid-2 assinou que as planilhas referentes ao reajuste tarifário da Celpe no ano de 2011 mostram que a ausência de neutralidade da Parcela A foi corrigida a partir de fevereiro de 2010. Entretanto, sustenta a unidade técnica que a metodologia utilizada nos reajustes das tarifas antes dessa data fez com que a Aneel instituisse um valor máximo tarifário superior ao que deveria ter sido definido, proporcionando às concessionárias o recolhimento, sem o devido repasse, de valores significativos por ano a título de encargos setoriais e custos de transmissão. Diante desse contexto, a Sefid-2 propõe que esses valores recolhidos a maior sejam restituídos aos consumidores ou compensados em reajustes futuros.

20. Ao refletir sobre os argumentos constantes dos autos, minuciosamente reproduzidos pelo Relator da matéria no relatório que apresentou a este Plenário no dia 8/8/2012, manifesto a minha concordância com a unidade técnica deste Tribunal, cujo entendimento é compartilhado pelo

públicos em seu art. 7º. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é farta em casos onde questões envolvendo tarifas cobradas por concessionárias de serviços públicos (valores indevidos, inclusão de impostos, reajustes) são discutidas entre o consumidor e a concessionária, a exemplo do MS (2011/0248567-2), REsp 1210193/MS, REsp 1250314/MS, REsp 1250553/MS, RS (2007/0187370-6), REsp 1062975/RS, REsp 799669/RJ, MS (2008/0252292-7), RS (2006/0055299-3) e RJ (2005/0194836-1).

ressarcimento { 27. Em suma, mediante esse entendimento, o ressarcimento de eventual prejuízo ao patrimônio jurídico dos usuários de energia elétrica, decorrente de falhas regulatórias identificadas durante a fiscalização da atuação da agência reguladora, deveria ser buscado, de forma individualizada ou mediante entidades representativas de seus interesses, junto ao Poder Judiciário, a quem compete dirimir questões afetas à relação que se estabelece entre o consumidor e as empresas concessionárias.

28. Com efeito, não cabe ao TCU avaliar individualmente a relação jurídica entre consumidor e concessionária de energia, cabendo aos primeiros busca junto ao Poder Judiciário a reparação de eventual lesão de direito. Assim, considerando, a inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça à direito (inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal), entendo pertinente dirigir determinação à Aneel para que forneça a metodologia de cálculo de reajuste tarifário adotada pela agência a partir de fevereiro de 2010 àqueles interessados em discutir a matéria no âmbito do Poder Judiciário, em homenagem ao princípio insculpido no art. 5º, inciso XXXIV, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal, e ante o disposto no art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.987/1995 (que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos).

29. Entretanto, a jurisprudência do TCU é firme no sentido de que, de acordo com suas atribuições conferidas pela Constituição Federal, cabe-lhe avaliar as tarifas cobradas dos usuários de serviços públicos de uma forma ampla, com o intuito de verificar se estão sendo atendidos os requisitos legais pertinentes.

30. Ao TCU, é bem verdade, cabe uma análise contextual das tarifas fixadas pelos órgãos reguladores, e não adentrar na específica relação das concessionárias com cada cliente, as quais são afetadas apenas de forma reflexa pelas deliberações dos órgãos de controle. São dois aspectos derivados do mesmo instrumento jurídico – contrato de concessão de serviço público, que, porém não se confundem.

31. Nessa linha, não vislumbro óbices jurídicos para que seja apreciada a matéria de fundo destes autos, pois está plenamente inserida no espectro de competência do TCU.

32. O cerne da questão é se a flutuação da demanda poderia impactar a equação econômico-financeira em relação à parcela de custos que compõem a denominada Parcela A da tarifa. Ora, embora em tese a variação dos itens da Parcela A deva ser neutra sob o prisma das tarifas, não vislumbro óbices para que ocorra de forma diversa caso o instrumento contratual assim o preveja.

33. Entendo os motivos para que se busque assegurar a neutralidade da Parcela A, tanto é assim que considero pertinente a alteração de metodologia efetuada a partir de fevereiro de 2010. Vejo essa alteração, contudo, como um aperfeiçoamento dos procedimentos e não como um reconhecimento de falhas passadas.

34. Mesmo que assim não fosse, o princípio da segurança jurídica impõe, a meu sentir, que esta Corte não delibere pela revisão das tarifas praticadas em data anterior ao ajuste de fevereiro de 2010. É razoável supor que as concessionárias planejaram as suas ações de acordo com aquelas tarifas praticadas de forma que uma revisão retroativa pode ser encarada como quebra de contrato a afetar a confiabilidade de todo o programa de concessões brasileiro, incluindo o efeito reverso de provocar o aumento das futuras tarifas ante ao potencial aumento dos riscos do negócio.

35. Reitero, por fim, que, conforme mencionei no parágrafo 3º deste voto, a unidade técnica deste Tribunal concluiu que *“os cálculos que suportaram os reajustes tarifários da Celpe nos anos de*

Em primeiro lugar, louvo os votos elaborados pelos eminentes Ministros Valmir Campelo e Raimundo Carreiro, que analisaram detalhadamente o processo e expuseram de forma clara seus pontos de vista.

Ainda que já tenha declarado meu voto na última sessão em que foi trazido o processo à deliberação deste Plenário, gostaria de registrar o que me motivou a acompanhar o Ministro Revisor Raimundo Carreiro.

A questão central ora discutida reside na existência de falha metodológica na fórmula do reajuste tarifário das distribuidoras de energia elétrica, nos termos do contrato celebrado entre estas e a Aneel.

A fórmula não se coaduna aos princípios que regem a regulação por incentivos e modicidade tarifária, que regem o sistema, permitindo que os ganhos de escala advindos do aumento de demanda, e não de melhorias na eficiência da operação, fossem absorvidos pelas concessionárias, não sendo repassados para os consumidores.

Duas foram as razões principais que me levaram a concordar com o Ministro Revisor.

A primeira delas trata da competência desta Casa. A meu ver, ela deve se limitar à verificação da legalidade dos atos praticados pela Aneel, neste caso dos contratos de concessão, inclusive prestando contribuições para seu aprimoramento. Neste sentido, a intervenção deste Tribunal já se fez sentir em razão da alteração da metodologia utilizada nos reajustes firmados a partir de 2010. Esta Casa não deve, porém, adentrar nas relações jurídicas entre consumidores e concessionárias, por se tratar de relação de consumo que deve ser questionada no âmbito do Poder Judiciário.

A segunda se refere ao entendimento de que a determinação à agência reguladora para promover a compensação de eventuais distorções na tarifa de energia

GRUPO II - CLASSE II - Plenário

TC-021.975/2007-0

Apensos: 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; TC-010.150/2012-9.

Natureza: Solicitação do Congresso Nacional.

Entidade: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).

Responsáveis: Nelson José Hübner Moreira (CPF: 443.875.207-87), Diretor-Geral da Aneel e Jerson Kelman (CPF: 155.082.937-87), ex-Diretor Geral da Aneel.

Interessados: Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados; Advocacia-Geral da União; Companhia Energética de Pernambuco (Celpe); Cemig Distribuição S/A (Cemig); Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (Proteste); Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo (Procon-SP); Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec); Deputado Eduardo da Fonte; Associação Brasileira de Distribuidoras de Energia Elétrica (Abradee).

Advogados constituídos nos autos: André Serrão Borges de Sampaio (OAB/DF nº 12.788), Fabio Henrique Di Lallo Dias (OAB/SP nº 247.030), Felipe Montenegro Viviani Guimarães (OAB/RJ nº 126.924), João Francisco Aguiar Drumond (OAB/DF nº 10.460); Lairson Ruy Palermo (OAB/MS nº 6.460); José Renato Pinto da Fonseca; Alexandre de Mendonça Wald (OAB/SP nº 107.872-A); João Francisco Aguiar Drumond (OAB/DF nº 10.460); e outros.

VOTO COMPLEMENTAR

Tendo em vista os argumentos apresentados pelo eminente Ministro Raimundo Carreiro em seu voto revisor a este processo de solicitação de auditoria, entendo oportuno aduzir o que segue.

2. Ao prolatar o Acórdão nº 2.210/2008-TCU-Plenário, o Tribunal dirigiu determinações à Aneel para que corrigisse as distorções de reajuste tarifário presentes nos contratos de concessão da Celpe e das demais empresas de energia elétrica do país, **tornadas insubsistentes** por meio de Acórdão nº 2.554/2008-TCU-Plenário.

3. A insubsistência das determinações foi adotada pelo Tribunal ao deliberar acerca de embargos de declaração opostos ao Acórdão nº 2.210/2008-TCU-Plenário, **única e exclusivamente, pela inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa**, ante a ausência de oitiva das concessionárias. Em outras palavras, **o Tribunal em momento algum reexaminou o mérito dessas determinações.**

4. Quanto à argumentação a respeito da “*relação jurídica consumidor/concessionária*” apresentada pelo Revisor em seu voto (itens 25 e 37), minha opinião é no mesmo sentido. Conforme demonstrei no voto inicial e no acórdão que já submeti a este Plenário, **nunca propus** que o Tribunal de Contas da União interviesse na relação jurídica entre consumidor e concessionária, via ente regulador. **Tampouco determinei** que a Aneel promovesse “*o recolhimento/compensação dos valores*”

15. O Tribunal ao deliberar sobre obra de engenharia com superfaturamento determina, com base na legislação vigente, a adoção de providências para o saneamento da irregularidade e para a devolução dos recursos recebidos indevidamente, medidas que não são interpretadas como quebra de contrato e inobservância do princípio da segurança jurídica.

16. **Em relação às Agências Reguladoras, esta Corte de Contas adotou posicionamento semelhante ao formular determinações à ANTT** (Agência Nacional de Transportes Terrestres), por meio da Decisão nº 567/2002-TCU-Plenário e do Acórdão nº 168/2004-TCU-Plenário, **no sentido de que calculasse** a diferença de ISSQN (Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza) a restituir **e de que reverterse** os valores indevidamente arrecadados de ISSQN.

17. **No âmbito do Direito Público, os reajustes anteriores a 2010 são atos vinculados praticados pela Aneel que descumpriram o disposto nos arts. 6º, §1º, e 10 da Lei 8.987/1995 e no art. 14, inciso IV, da Lei 9.427/1992.** Em razão do fato e, com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/1992 e no art. 251 do Regimento Interno, propus determinação à Aneel no sentido de que efetuasse o cálculo da tarifa cobrada sem amparo legal e, **na condição de agência reguladora,** adotasse as providências necessárias para a correção das falhas identificadas. **Não estabeleci quais providências deveria adotar.** Assim procedendo, o Tribunal exerce o controle externo da Aneel de forma ancilar.

18. O princípio da segurança jurídica levantado nos autos não se aplica aos atos de reajustes tarifários questionados. Ao deixarem de observar a modicidade tarifária prevista expressamente em lei em decorrência da falta de neutralidade da “Parcela A”, tais atos de reajustes não foram realizados, acabados segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuaram. Portanto, não têm efeitos plenos, ou seja não são atos jurídicos perfeitos.

19. O principal marco regulatório para os atores das concessões de serviços públicos é ter perfeita consciência de que se existe lei sobre a área a ser regulada, ela será efetivamente cumprida.

Ante o exposto, pedindo vênias ao eminente Ministro-Revisor, Voto no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão por mim já submetido a este Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 10 de dezembro de 2012.

VALMIR CAMPELO
Ministro-Relator