

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO

**O RECENTE PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA REGULAÇÃO DO SETOR
ELÉTRICO BRASILEIRO: BREVE ANÁLISE DA POLÍTICA PÚBLICA DE
REDUÇÃO DAS TARIFAS DE ENERGIA ELÉTRICA INSTITUÍDA A PARTIR DA
MEDIDA PROVISÓRIA Nº 579/2012**

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2015**

MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO

**O RECENTE PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA REGULAÇÃO DO SETOR
ELÉTRICO BRASILEIRO: BREVE ANÁLISE DA POLÍTICA PÚBLICA DE
REDUÇÃO DAS TARIFAS DE ENERGIA ELÉTRICA INSTITUÍDA A PARTIR DA
MEDIDA PROVISÓRIA Nº 579/2012**

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2015**

Marcos Luiz dos Mares Guia Neto

**O RECENTE PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA REGULAÇÃO DO SETOR
ELÉTRICO BRASILEIRO: BREVE ANÁLISE DA POLÍTICA PÚBLICA DE
REDUÇÃO DAS TARIFAS DE ENERGIA ELÉTRICA INSTITUÍDA A PARTIR DA
MEDIDA PROVISÓRIA Nº 579/2012**

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/____, com menção____
(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

Monografia sobre o papel do Poder Judiciário na regulação do setor elétrico após a instituição da política pública de redução dos preços das tarifas de energia elétrica iniciada com a edição da Medida Provisória n. 579, de 2012. Baixa acepção no direito brasileiro da dimensão jurídica das políticas públicas. Exposição sobre a Medida Provisória n. 579 de 2012 e dos demais atos regulatórios decorrentes da política pública de redução dos preços das tarifas de energia. Acentuada alteração no cenário regulatório do setor elétrico brasileiro. Paradigma da revisão judicial dos atos regulatórios segundo a experiência norte-americana e segundo a doutrina brasileira. Análise de decisões proferidas no âmbito do controle judicial da política pública de redução dos preços das tarifas de energia, com ênfase na legitimidade da atuação do Poder Judiciário, bem como a importância do seu papel, como ator da regulação do setor elétrico, em resposta às demandas trazidas por diferentes agentes do setor. A questão da Resolução n. 3 do CNPE e o princípio da reserva legal. A questão da *quota* de 2015 da CDE e o princípio da reserva legal. A questão do GSF menor que 100% e a teoria do fato do príncipe.

Palavras-chave: Direito da Regulação. Políticas Públicas. Revisão Judicial.

ABSTRACT

Monograph about the role of the Judiciary in the regulation of the electricity sector following the introduction of the governmental policy of electricity tariff reduction, which began with the introduction of Provisional Measure n. 579 of 2012. Brazilian law does not generally address the legal dimension of such government policies. Description of Provisional Measure n. 579 of 2012 and the other regulatory acts that ensued from the government policy of reducing electric energy tariffs. Significant shift in the regulation of the Brazilian electric energy sector. Paradigm of judicial review of regulatory acts based on US practice and on the guidance provided by Brazilian jurists. Analysis of rulings handed down in judicial review of the government policy of reduction of energy tariffs. Particular focus on the legitimacy of judicial intervention and the importance of the role of the judiciary as a key figure in the regulation of the electricity sector in response to claims brought by various agents in the sector. The issues surrounding Resolution n. 3 of the Brazilian National Council on Energy Policy - CNPE and the principle of legality. The issues surrounding the Electric Energy Development Account - CDE's 2015 quota in the light of the principle of legality. The issues pertaining to GSF (Generation Scaling Factor) that is lower than 100% and the application of the *factum principis* doctrine.”

Key words: Regulatory Law. Public policy. Judicial Review.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. A POLÍTICA PÚBLICA DE REDUÇÃO DOS PREÇOS DAS TARIFAS DE ENERGIA ELÉTRICA INSTITUÍDA A PARTIR DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 579 DE 2012	10
1.1. Possível origem para o problema de ações regulatórias ineficazes e com baixa legitimidade democrática: baixa aceção no direito brasileiro da dimensão jurídica das políticas públicas.....	10
1.2. Breves considerações sobre a Medida Provisória n. 579.....	14
1.3. Ações regulatórias posteriores à edição da Medida Provisória n. 579	19
1.4. Acentuada alteração no cenário regulatório do setor elétrico brasileiro: alguns dos efeitos da política de redução do preço das tarifas de energia.....	23
2. O PARADIGMA DA REVISÃO JUDICIAL DE ATOS REGULATÓRIOS.....	25
2.1. Breves considerações acerca do <i>judicial review</i> regulatório norte-americano	25
2.2. A Doutrina <i>Hard Look</i>	28
2.3. A Doutrina <i>Chevron</i>	33
2.4. O controle judicial dos atos regulatórios na doutrina brasileira	37
3. O RECENTE PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA REGULAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO: BREVE ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS RELACIONADAS À POLÍTICA PÚBLICA DE REDUÇÃO DO PREÇO DAS TARIFAS DE ENERGIA ELÉTRICA	40
3.1. A questão da Resolução n. 3 do CNPE e o princípio da reserva legal	41
3.2. A questão da <i>quota</i> de 2015 da CDE e o princípio da reserva legal.....	45
3.3. A questão do <i>GSF</i> menor que 100% e a teoria do fato do príncipe.....	47
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

A importância de se adotar políticas públicas de desoneração das tarifas de energia elétrica e de equalização do preço do serviço de fornecimento de energia elétrica é um consenso dentro do jogo político. No setor elétrico brasileiro, particularmente, as tarifas de energia são incompreensivelmente altas: o país tem um dos maiores potenciais hidrológicos do planeta e ainda assim a conta de luz dos brasileiros é uma das mais caras do mundo.

É necessário, todavia, que a desoneração das tarifas de energia elétrica se desenvolva a partir de um planejamento cuidadoso, com reformas estruturais substantivas e mediante processos regulatórios efetivamente democráticos, de que participem principalmente os agentes concessionários e investidores, evitando-se desconfiança do mercado e insegurança jurídica, inimigas de qualquer nação em desenvolvimento.

O que se viu nos últimos anos, no entanto, é que a política pública de redução dos preços das tarifas de energia elétrica adotada pelo Poder Executivo tem se pautado, em grosso modo, em um imediatismo político desplanificado, com fins eminentemente eleitoreiros, que vem se mostrando extremamente lesivo à harmonia do Sistema Interligado Nacional – SIN¹ e à economia nacional.

Com efeito, no dia 7 de setembro de 2012, a Presidente da República à época em exercício, Dilma Rousseff, anunciou durante pronunciamento em cadeia nacional de rádio e televisão o que ela chamou de *“a mais forte redução de que se tem notícia, neste país, nas tarifas de energia elétrica das indústrias e dos consumidores domésticos”*².

A Medida Provisória n. 579, de 11 de setembro de 2012, chamada por alguns especialistas de “11 de setembro do setor elétrico”, trouxe mudanças significativas na

¹ " Com tamanho e características que permitem considerá-lo único em âmbito mundial, o sistema de produção e transmissão de energia elétrica do Brasil é um sistema hidrotérmico de grande porte, com forte predominância de usinas hidrelétricas e com múltiplos proprietários. O Sistema Interligado Nacional é formado pelas empresas das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Nordeste e parte da região Norte. Apenas 1,7% da energia requerida pelo país encontra-se fora do SIN, em pequenos sistemas isolados localizados principalmente na região amazônica." Operador Nacional do Sistema - ONS. Disponível em: http://www.ons.org.br/conheca_sistema/o_que_e_sin.aspx. Acesso em 02.06.2015.

² Folha de S.Paulo. São Paulo, 06 set. 2012. Poder. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/1149897-leia-a-integra-do-pronunciamento-de-dilma-por-ocasio-do-7-de-setembro.shtml>. Acesso em 26.08.2015.

configuração do setor, com destaque à regulação tarifária na atividade de geração, revertendo uma tendência de liberalização que parecia consolidada desde a última grande reforma do setor elétrico ocorrida na década de 1990.

Além das reformas trazidas pela Medida Provisória, o Poder Executivo adotou uma miríade de outras ações regulatórias, sobretudo nos anos de 2013 e 2014, por vezes com a intenção de intensificar a política de desoneração das tarifas, que acabou sendo parcialmente mitigada pela não aderência de parte da iniciativa privada ao novo modelo de renovação de concessões proposto pelo Executivo, ou por vezes como forma de reparar distorções causadas pela própria mudança abrupta na regulação do setor, como é o caso, exemplificativamente, da utilização de aportes do Tesouro Nacional e fundos setoriais e a limitação valor máximo do Preço de Liquidações de Diferenças - PLD.

Em meio às inúmeras medidas adotadas pelo Governo Federal após a edição da Medida Provisória n. 579, ganham destaque a edição da Resolução n. 3 de 2013 do Conselho Nacional de Política Energética e a instituição, via decretos presidenciais, de novas funções não contempladas inicialmente à Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, além da frustração da geração das usinas hidrelétricas, retratada pelo *Generation Scaling Factor - GSF* menor que 100%, que foram submetidas ao crivo do Poder Judiciário por diferentes agentes do setor.

Nesse sentido, o presente estudo aborda o paradigma da revisão judicial dos atos regulatórios tendo como objeto três decisões judiciais que retratam o papel do Poder Judiciário brasileiro na regulação do setor elétrico diante da crise instaurada pela política de desoneração de tarifas instituída a partir da Medida Provisória n. 579 de 2012.

No presente trabalho, a metodologia utilizada para analisar o assunto desenvolveu-se, essencialmente, por intermédio de pesquisa bibliográfica e da análise das decisões selecionadas, tendo em vista o tema ser eminentemente teórico-analítico.

Frise-se que o trabalho foi dividido em três capítulos, nos quais são abordados conteúdos necessários para o delineamento do estudo.

No primeiro capítulo, são suscitados aspectos relativos às políticas públicas e à baixa acepção no direito brasileiro da sua dimensão jurídica, de modo apenas a jogar luz

na problemática da ineficácia e baixa aceção jurídica das políticas públicas desenvolvidas no Brasil. Busca-se, ainda no primeiro capítulo, expor, ainda que de maneira incipiente, os principais aspectos da política pública de redução dos preços das tarifas de energia elétrica e a alteração causada por ela no cenário regulatório do setor elétrico brasileiro.

Em seguida, no segundo capítulo, pretende-se destacar, como ferramentas para esta reflexão propedêutica acerca da atuação do Poder Judiciário nas questões afetas à política de desoneração das tarifas, aspectos relevantes do *judicial review* norte-americano, bem como a perspectiva da doutrina brasileira acerca da revisão judicial dos atos regulatórios. O ferramental teórico adotado tem o objetivo, precipuamente, de ressaltar a ausência de consenso, no Direito brasileiro, quanto a parâmetros definidores e limitadores da revisão judicial de atos e decisões administrativas.

Finalmente, no terceiro capítulo, realiza-se breve análise sobre três decisões judiciais paradigmáticas relacionadas à política pública de redução das tarifas de energia, que permitem levantar reflexão, que este estudo não pretende exaurir, acerca da legitimidade e da importância do papel do Poder Judiciário no controle de políticas públicas instituídas sem o devido rigor no que tange à dimensão jurídica, a exemplo, no caso do setor elétrico, da política pública de redução das tarifas de energia elétrica.

1. A POLÍTICA PÚBLICA DE REDUÇÃO DOS PREÇOS DAS TARIFAS DE ENERGIA ELÉTRICA INSTITUÍDA A PARTIR DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 579 DE 2012

Conquanto o presente estudo busque tratar, ainda que sumariamente, do importante papel exercido pelo Poder Judiciário no controle de legalidade do conjunto de normas e medidas que compreendem a aqui intitulada política pública de redução dos preços das tarifas de energia elétrica, seu foco se volta, de um modo geral, para a atividade jurisdicional, mais especificamente, para o tema do controle judicial da Administração.

Apesar dos limites do tema proposto, é natural que o desenvolvimento deste estudo tenha como ponto de partida breve abordagem sobre a origem das ações regulatórias que compõem a referida política pública, onde possivelmente se concentra, segundo o apontam especialistas e próprio Tribunal de Contas da União³, a razão para a crise que hoje assola o setor.

Nesse contexto, destaca-se não só o panorama político-partidário vivido pelo país entre 2012 e 2015, centro das motivações por detrás das medidas regulatórias adotadas pelo Poder Executivo, mas também o problema — que comportaria estudo próprio e mais aprofundado — da baixa aceção no Brasil da dimensão jurídica que deve permear a atividade de elaboração das políticas públicas, de modo a se evitar que inconsistências estruturais, como as aqui tratadas, acabem em contendas judiciais que tem o condão de invalidar medidas de amplo impacto para o setor.

1.1. Possível origem para o problema de ações regulatórias ineficazes e com baixa legitimidade democrática: baixa aceção no direito brasileiro da dimensão jurídica das políticas públicas

As políticas públicas são um dos temas fulcrais no campo de estudo do direito administrativo. Tanto a sua concepção, como a sua instituição e execução permeiam todas as esferas da Administração Pública, como verdadeiro fio condutor entre objetivos organizados politicamente e as atividades estatais de organização e aprimoramento da sociedade.

³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 2.565/2014. Julgado em 01 set. 2014.

Para Maria Paula Dallari Bucci, as políticas públicas podem ser entendidas como “*a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*”⁴. Em outras palavras, o conceito de política pública pode ser entendido como o conjunto de planos, programas e ações que conduzem determinado governo a planejar e por em prática determinada escolha política.

Para Diogo R. Coutinho⁵ o tema das políticas públicas traz consigo grande complexidade, uma vez que envolve não só variáveis do direito, mas como também, e principalmente, fenômenos relacionados a outros campos do conhecimento, relacionados (e.g.) à sociologia, à política, à economia e à gestão pública. Por esse motivo, segundo apontam os autores, há certo afastamento dos juristas brasileiros em relação ao tema, que é comumente negligenciado em virtude da percepção de que noções relativas, exemplificativamente, a planejamento, gestão e coordenação de arranjos institucionais, não são afetas ao direito.

No entanto, o estudo aprofundado das políticas públicas, na perspectiva jurídica, tem papel fundamental para o aprimoramento da coerência, da efetividade e até mesmo da legitimidade democrática de ações do Poder Público que, emanadas do Poder Legislativo ou Executivo, passam a ter ampla incursão na sociedade. O direito tem, assim, função importante, embora pouco conscientizada, na concepção e execução de opções políticas e ações gerenciais do Poder Público.

Diogo R. Coutinho aponta quatro possíveis papéis que o direito assume no estudo das políticas públicas: (i) direito como objetivo, na medida em que cristaliza (formaliza) opções políticas como “dever ser”; (ii) direito como arranjo institucional, na medida em que define tarefas, divide competências, articula e coordena interações institucionais; (iii) direito como ferramenta, ao passo que oferece instrumentos para implementação e execução dos objetivos inseridos nas políticas; e (iv) direito como

⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas e Direito Administrativo**. Revista de Informação Legislativa, n. 133, p. 91.

⁵ COUTINHO, Diogo R. **O Direito nas Políticas Públicas**. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (ed.). *Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo: Unesp (prelo).

vocalizador de demandas, na medida em que assegura a participação da sociedade e a preservação do princípio democrático (*accountability*).⁶

Um dos aspectos importantes a ser considerado na problemática relativa às políticas públicas, especialmente no que tange ao tema proposto no presente estudo, é a discussão acerca da legitimidade democrática, que gravita em uma zona cinzenta entre os Poderes Legislativo e Executivo, para iniciativa normativa de uma política pública.

Ao confrontar a clássica divisão tripartite de poderes⁷ com os aspectos contemporâneos da atividade estatal, Marcio Iório Aranha destaca que a atividade do Estado Regulador, sobretudo por meio das agências reguladoras, consubstancia uma estrutura de administração das leis. Segundo o autor, “*trata-se da regulação entendida como administração das leis que não se confunde com a formulação da política pública correspondente, o que não significa dizer que a administração das leis estaria despida de conteúdo normativo*”⁸.

Ainda segundo Aranha, “*não é [...] o Executivo somente que delimita o cerne de seu poder de orientação política por planificação administrativa. Cabe ao Legislativo estabelecer os standards dentro dos quais o Executivo produz suas políticas próprias, tanto no tocante à sua estruturação, quanto para normatização de setores relevantes de atividades*”⁹.

Nesse mesmo sentido, Maria Paula Dallari Bucci destaca que “*a origem normativa da política pública, mesmo que resulte da iniciativa legislativa do governo, Poder Executivo, é o Poder Legislativo*”, de modo que, “*no sistema constitucional brasileiro, as políticas públicas mais comumente se expressam por meio de leis*”¹⁰. Isto é, políticas públicas de maior dimensão, relacionadas a opções políticas de um governo para determinada área são, a rigor, fruto de processos legislativos.

⁶ COUTINHO, Diogo R. **O Direito nas Políticas Públicas**. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (ed.). *Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo: Unesp (prelo), p. 23.

⁷ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Bréde et de. **O Espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

⁸ ARANHA, Márcio Iório. **Manual de Direito Regulatório**. 3ª ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2015, p.14.

⁹ Ibid, p. 97.

¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas e Direito Administrativo**. Revista de Informação Legislativa, n. 133, p. 95.

Por outro lado, as políticas instrumentais, ou programas, para consecução de uma política maior geralmente se exprimem em atos infralegais¹¹.

Daí surge o problema do alcance da legitimidade do Poder Executivo para formulação de políticas públicas. Se, de um lado, é necessário que a Administração Pública tenha governabilidade e, portanto, liberdade para promover ações de governo com vistas à execução de uma política pública, do outro, é competência do Poder Legislativo, em determinadas matérias, retratar as opções decorrentes de processos democráticos.

No caso da política pública de redução dos preços das tarifas de energia elétrica, objeto deste estudo, tem-se que a instituição de uma política com ampla incursão no setor elétrico e na economia nacional, via medida provisória, seguida de diversos outros atos e ações infralegais editados pelo Governo, conduz a um inevitável questionamento acerca de sua legitimidade.

Sem que haja qualquer pretensão de aprofundar esta análise no espinhoso e complexo tema das políticas públicas, pretende-se tão apenas destacar neste tópico preambular a complexidade e volatilidade do objeto deste estudo, que tem repercussão direta na interpretação das decisões da Justiça sobre a questão e na compreensão sobre qual papel que vem sendo exercido pelo Poder Judiciário na regulação do setor elétrico.

¹¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas e Direito Administrativo**. Revista de Informação Legislativa, n. 133, p. 96.

1.2. Breves considerações sobre a Medida Provisória n. 579

Como já delineado, o presente estudo tem como pano de fundo a edição da Medida Provisória n. 579, de 11 de setembro de 2012, convertida na Lei n. 12.783, de 11 de janeiro de 2013, e os atos regulatórios a ela subsequentes que, juntos, compreendem a política pública de redução das tarifas de energia elétrica instituída pelo Governo Federal no ano de 2012.

Quando editada a Medida Provisória n. 579 de 2012, o crescimento da indústria já começava a sofrer queda e a redução da tarifa de energia elétrica — que vinha sendo apontada como uma das causas para a perda da competitividade da economia nacional¹² — aparecia como uma das saídas para impulsionar o setor industrial¹³. Concomitantemente, discutia-se a destinação a ser dada às concessões, e seus respectivos ativos, cujos prazos de vigência começariam a vencer.

Assim, como forma de “*viabilizar a redução do custo da energia elétrica para o consumidor brasileiro, buscando, [...] não apenas promover a modicidade tarifária e a garantia de suprimento de energia elétrica, como também tornar o setor produtivo ainda mais competitivo, contribuindo para o aumento do nível de emprego e renda no Brasil*”, e considerando que “*a maioria desses ativos encontra-se fortemente amortizada e depreciada, proporcionando aos consumidores de energia elétrica do País a possibilidade de se beneficiarem, agora, de menores tarifas para a utilização da energia elétrica, insumo básico para o setor produtivo e serviço essencial para a sociedade*”¹⁴, instituiu-se uma das mais “arrojadas”¹⁵ medidas relacionadas ao setor elétrico para impulsionar o desenvolvimento do país.

Essencialmente, a Medida Provisória n. 579 teve como foco dois dos componentes da tarifa de energia: os custos inerentes à indústria de energia e os encargos

¹² CASTRO, Nivalde J. de; BRANDÃO, Roberto; DANTAS, Guilherme; ROSENTAL, Rubens. **O processo de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro e os Impactos da MP 579**. Rio de Janeiro: UFRJ. 2013, p. 11. Disponível em: http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/46_TDSE-51.pdf. Acesso em 27.08.2015.

¹³ COSTELLINI, Clara; HOLLANDA, Lavinia. **Setor Elétrico: da MP 579 ao pacote financeiro**. In: Informativo de Energia, FGV Energia, 31 mar. 2014. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13852/setor_eletrico.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 27.08.2015.

¹⁴ Trechos da exposição de motivos da Medida Provisória 579 de 2012, assinada pelos Ministros Edison Lobão, Guido Mantega e Luís Inácio Lucena Adams.

¹⁵ COSTELLINI, Clara; HOLLANDA, Lavinia, op. cit.

setoriais. Foram propostas, então, três grandes medidas que têm maior destaque dentre as demais disposições do ato normativo.

A primeira e talvez mais notável delas foi a prorrogação das concessões de geração e transmissão alcançadas pela Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995 — que estabeleceu prazo de vinte anos para prorrogação das concessões —, mediante adesão voluntária dos agentes geradores e transmissores a novas condições de remuneração por receita fixa definida pela ANEEL¹⁶.

No documento elaborado pelo Ministério de Minas e Energia, intitulado “*Concessões de Geração, Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica: Perguntas e Respostas*” foram assim esclarecidas as condições para prorrogação das concessões alcançadas pela Medida Provisória n. 579 de 2012:

“Para obter a prorrogação da concessão, o concessionário:

- de geração hidrelétrica deverá se submeter à remuneração por tarifa calculada pela ANEEL, à comercialização de energia elétrica em regime de cotas e aos padrões de qualidade do serviço fixados pela agência reguladora;
- de transmissão de energia elétrica deverá se submeter à remuneração por receita calculada pela ANEEL e aos padrões de qualidade do serviço fixados pela agência; e
- de distribuição de energia elétrica deverá se submeter às condições específicas estabelecidas no contrato de concessão ou termo aditivo, com a finalidade de aperfeiçoar ainda mais a prestação do serviço.”¹⁷

A ideia era que, como os investimentos de infraestrutura associados às concessões que estavam na eminência de expirar já estavam em grande medida amortizados, não se fazia mais necessário repassar aos consumidores os custos de implantação dos respectivos empreendimentos.

Foi o que se chamou de “captura de benefício”¹⁸ em favor dos consumidores, que protagonizaria a pretendida redução dos preços das tarifas de energia.

¹⁶ Ao contratos de concessão das distribuidoras, diferentemente, seriam renovados sem novos condicionantes, em virtude da sua submissão periódica aos processos de revisão tarifária.

¹⁷ BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Concessões de Geração, Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica: Perguntas e Respostas*. set. 2012. Disponível em: http://www.mme.gov.br/documents/10584/1256596/Perguntas_e_respostas_-_Concessoes.pdf/57c8080d-eb1b-4052-9c3e-d3c4c010e974. Acesso em 27.08.2012.

¹⁸ Portal CanalEnergia. Rio de Janeiro. 03 abr. 2014. Disponível em: http://www.abraceel.com.br/zpublisher/materias/clipping_web.asp?id=100496. Acesso em 28.08.2015.

A Medida Provisória n. 579 instituiu, então, o “regime de cotas”, que, nos termos do artigo 1º, §1º, inciso II, da Lei 12.783, de 11 de janeiro de 2013, originária da MP, é a “*alocação de cotas de garantia física de energia e de potência da usina hidrelétrica às concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional - SIN, a ser definida pela Aneel, conforme regulamento do poder concedente*”.

Na perspectiva do agente gerador, embora se pudesse, com a edição da Medida Provisória, obter a renovação da concessão da usina, de acordo com o novo modelo, toda a energia comercializável (“garantia física”) passaria a ser entregue às distribuidoras de energia em forma de cotas, sendo o agente gerador remunerado apenas pela operação e manutenção da usina sob sua responsabilidade.

Com isso, a capacidade de geração brasileira deixou de ter seu preço definido através do mercado, passando a ser regulado pela Administração Pública. Em outras palavras, a política definida para o setor elétrico retomou a regulação tarifária na atividade de geração, revertendo uma tendência de liberalização que parecia consolidada, desde a reforma do setor elétrico ocorrida na década de 1990¹⁹.

Por fim, o terceiro aspecto relevante da Medida Provisória sob análise foi o fim do recolhimento pelos consumidores do encargo da Reserva Global de Reversão - RGR²⁰ e a redução do valor cobrado pelo encargo da Conta de Desenvolvimento Energético - CDE²¹.

¹⁹ LOSEKANN, Luciano. MP 579: Prorrogação das concessões e apropriação da renda inframarginal. In: **Blog Infopetro**. 08 out. 2012. Disponível em: <https://infopetro.wordpress.com/2012/10/08/mp-579-prorrogacao-das-concessoes-e-apropriacao-da-renda-inframarginal/>. Acesso em 28.08.2015.

²⁰“Encargo criado pelo Decreto n.º 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, tem a finalidade de prover recursos para reversão, encampação, expansão e melhoria do serviço público de energia elétrica, para financiamento de fontes alternativas de energia elétrica, para estudos de inventário e viabilidade de aproveitamentos de potenciais hidráulicos e para desenvolvimento e implantação de programas e projetos destinados ao combate ao desperdício e uso eficiente da energia elétrica”. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=527>. Acesso em 27.08.2015.

²¹“São objetivos originais da CDE: promover o desenvolvimento energético dos Estados e a competitividade da energia produzida a partir de fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas, biomassa, gás natural e carvão mineral nacional nas áreas atendidas pelos sistemas interligados; promover a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional; e garantir recursos para atendimento à subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores da Subclasse Residencial Baixa Renda (Tarifa Social de Energia Elétrica - TSEE). A partir de 2013, a CDE passou a assumir objetivos similares ao da RGR, como o de permitir a amortização de operações financeiras vinculadas à indenização por ocasião da reversão de concessões de energia elétrica e o de atender a finalidade de modicidade tarifária, estando prevista a possibilidade de transferência de recursos entre os dois fundos setoriais. Também foram adicionadas à CDE as funções de prover recursos para compensar os descontos aplicados nas tarifas de energia elétrica (subsídios tarifários) e o efeito da não adesão à prorrogação das concessões de geração, além de cobrir os custos de geração de energia elétrica nos sistemas isolados, em

Para viabilizar tais cortes e fazer frente às despesas previstas pelos programas cobertos pelos referidos encargos, previu-se aporte de R\$ 3,3 bilhões do Tesouro para a conta da CDE, em 2013, e de R\$ 3,6 bilhões, em 2014²².

Essas foram, em grosso modo, as principais mudanças trazidas pela Medida Provisória n. 579 ao modelo regulatório do setor elétrico.

Em relação à urgência da Medida, destacaram os Ministros Edison Lobão, Guido Mantega e Luís Inácio Lucena Adams, na sua exposição de motivos, “*o momento propício da adoção das medidas propostas, dado que as renovações das concessões serviriam como mais um instrumento indutor do desenvolvimento acelerado e sustentável, por meio da redução global dos custos da energia e ampliação da competitividade do setor produtivo*”²³.

Como resultado da reformulação aguda e abrupta da regulação do setor elétrico, boa parte das grandes geradoras de energia elétrica que poderiam aderir à Medida Provisória — com destaque à Companhia Energética de São Paulo - CESP, à Companhia Energética de Minas Gerais - CEMIG e à Companhia Paranaense de Energia - COPEL —, desconfiadas com as incertezas trazidas pela reformulação do modelo das concessões e desestimuladas pelas novas condições de exploração propostas pelo Poder Público, não aderiram às condições impostas pela Medida Provisória, decidindo não renovar seus respectivos contratos de concessão.

Como consequência da não adesão de parte das geradoras ao novo modelo de regulação das concessões, as distribuidoras foram obrigadas a recorrer ao mercado de curto prazo para atender a sua demanda, incorrendo em custos altíssimos e em uma crescente crise, tendo em vista que o preço da energia no mercado de curto prazo era na época — como é, em regra — bem superior àquele estipulado nos leilões de energia.

substituição ao encargo da CCC, que fora extinto”. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=527>. Acesso em 27.08.2015.

²² COSTELLINI, Clara e HOLLANDA, Lavinia. **Setor Elétrico: da MP 579 ao pacote financeiro**. In: Informativo de Energia, FGV Energia, 31 mar. 2014. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13852/setor_eletrico.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 27.08.2015

²³ Trecho da exposição de motivos da Medida Provisória 579 de 2012, assinada pelos Ministros Edison Lobão, Guido Mantega e Luis Inácio Lucena Adams.

Instaurou-se, assim, um cenário de descompasso entre a geração e a distribuição de energia elétrica, agravado pelo aumento da geração térmica e a elevação do custo efetivo de geração.

Em minuciosa análise do contexto em que foi editada a Medida Provisória n. 579, o Tribunal de Contas da União – TCU, por meio do Acórdão nº 2.565 de 2014 — que teve por objetivo avaliar a adequação de políticas e ações dos agentes do setor elétrico para garantir o abastecimento do mercado nacional de energia elétrica, com segurança, eficiência e sustentabilidade —, concluiu que a Medida Provisória n. 579, e os demais atos regulatórios a ela relacionados, representam um conjunto de ações integrantes de uma política regulatória instituída sem o adequado planejamento, conforme se infere do seguinte trecho do aresto:

“45. Os acontecimentos que envolveram a implementação da MP nº 579/2012 revelam que o novo modelo não foi precedido de um planejamento adequado, que contemplasse eventuais cenários desfavoráveis e as medidas necessárias para enfrentá-los.

46. Não há evidências de que tenha sido considerada a possibilidade de estímulo do consumo de energia, pela redução das tarifas, justamente quando muito se questionava a sustentabilidade do sistema, pelo atraso da entrada em operação de unidades de geração e transmissão.

47. Resta claro também que não foi prevista a hipótese de adesão só parcial das concessionárias, ante a patente letargia dos entes governamentais envolvidos em adotar ações efetivas para garantir a contratação de 100% da energia pelas distribuidoras, circunstância que permitiu o crescimento descomunal dos custos decorrentes.

48. Mesmo admitindo que a falta de chuvas teve significativa parcela de responsabilidade no agravamento do quadro, não se pode atribuir somente ao fator hidrológico o caos que se instalou no setor elétrico.

49. Diante dos fatos aqui relatados, pode-se concluir que a Medida Provisória nº 579/2012 foi implementada de forma precipitada, sem que fossem avaliados os efeitos da conjuntura na redução pretendida. Decerto, o caminho natural do final das concessões, ao longo de 2015 até 2017, se respeitado, poderia promover a incorporação paulatina dos ganhos das concessões vincendas, sem trazer tamanhos transtornos ao sistema.

50. Merece registro também o número excessivo de normas editadas após a Medida Provisória nº 579/2012, que promoveram modificações relevantes no sistema, trouxe instabilidade jurídica ao setor e gerou um ambiente de incertezas passíveis de afugentar investimentos futuros.

51. Como exemplo, pode-se citar a Resolução nº CNPE nº 3/2013, que alterou as regras de rateio do Encargo de Serviços do Sistema por Segurança Energética (ESS_SE) para cobertura de parte dos custos de acionamento de termelétricas por segurança energética e o Decreto nº 8.221/2014, que atribuiu à CCEE a incumbência de financiar o novo encargo, intitulado Conta ACR, para cobrir os custos da exposição involuntária e o Custo Variável Unitário das termelétricas contratadas na modalidade por disponibilidade.

52. A propósito, o rateio estabelecido pela Resolução CNPE nº 3/2013 deflagrou o ajuizamento de 56 ações judiciais, por geradoras e

comercializadoras, as quais obtiveram liminares a seu favor, sendo duas suspensas em favor da União. Em razão disso, nos termos apurados pela equipe de fiscalização, do valor pago de ESS_SE, da ordem de R\$ 2,7 bilhões, há R\$ 872 milhões represados, que podem vir a ser recontabilizados entre os agentes.

53. São evidentes as falhas de governança, materializadas na conclusão da unidade técnica de que para o biênio 2014/2015 todo o efeito da Medida Provisória nº 579/2012 já estará eliminado, porquanto as tarifas residenciais e industriais, ao final do período, atingirão valores superiores aos vigentes em 2012.”²⁴

O resultado desse conjunto de medidas regulatórias foi o crescimento ainda mais acentuado do consumo, o conseqüente aumento da geração termelétrica e a distorção entre o preço efetivo da energia produzida e o preço refletido na tarifa de energia elétrica, o que representou equação extremamente propícia para o agravamento da crise que já assolava o setor.

1.3. Ações regulatórias posteriores à edição da Medida Provisória n. 579

Com o desalinhamento entre o planejamento e a operação do sistema, o Poder Público adotou novas medidas regulatórias após a edição da Medida Provisória n. 579, sobretudo entre nos anos de 2013 e 2014, em continuidade à política de redução dos preços das tarifas de energia.

Destaque-se, primeiramente, que, com a não adesão das geradoras não pertencentes ao grupo Eletrobras ao modelo proposto pela Medida Provisória n. 579, o desconto pretendido pelo Governo nas tarifas de energia foi reduzido de 20% para 15%. Apesar disso, decidiu-se manter a redução do preço das tarifas, compensando o desconto não atingido como novos e questionáveis aportes do Tesouro Nacional, além da utilização de fundos setoriais.²⁵

Ao analisar a repercussão sistêmica do uso de recursos públicos para cobrir a perda de receita em decorrência da redução forçada do preço das tarifas, o relatório da Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação de Energia e Comunicações – SefidEnergia reproduzido no Acórdão n. 2.565 de 2014 destacou que “*a sustentabilidade do setor elétrico está comprometida, pois depende dos aportes do Tesouro Nacional que, por sua vez, são inconstantes e dissociados da data da realização das despesas, resultando, assim, em*

²⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 2.565/2014. Julgado em 01 set. 2014.

²⁵ Ibid.

atrasos sistêmicos nos múltiplos compromissos assumidos pela CDE”, gerando “reflexos em toda a cadeia do setor, desde a geração até a comercialização de energia elétrica”²⁶.

Outra medida complementar à Medida Provisória n. 579 foi a edição, pelo o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, da Resolução n. 3, de 6 de março de 2013, que instituiu o repasse, sem previsão legal, dos custos da geração termelétrica, pagos pelos consumidores, aos geradores de energia elétrica, via Encargos de Serviço do Sistema – ESS.

Considerando-se que na hipótese de redução da geração hidráulica, matriz do Sistema Interligado Nacional – SIN, a geração termelétrica serve à manutenção da segurança do Sistema, e considerando-se que os custos da geração termelétrica são arcados pelos consumidores, beneficiários desse mecanismo de segurança, o repasse dos custos da geração termelétrica para os geradores de energia representa não só distorção à lógica do mercado, como também, na perspectiva jurídica, ofensa ao princípio da reserva legal, que impõe que todo e qualquer política tarifária — no caso, a alocação de custos de um segmento para outro — deve ser instituída obrigatoriamente por lei, nos termos do artigo 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal.

Uma terceira ação regulatória que merece destaque no contexto da política de redução do preço das tarifas foi o repasse, por meio da Resolução Normativa nº 633, de 25 de novembro de 2014, e da Resolução Homologatória nº 1.832, de 25 de novembro de 2014, ambas da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, de parcela do custo decorrentes da geração termelétrica, destinada ao atendimento dos consumidores cativos, aos consumidores livres de energia elétrica.

Com isso, a Administração Pública criou, novamente, subsídio cruzado entre diferentes classes de consumidores de diferentes ambientes de contratação, fazendo política tarifária em desacordo com a Constituição Federal.

Por meio dos referidos atos normativos, a ANEEL reduziu o valor máximo (“teto”) do Preço de Liquidações de Diferenças – PLD de R\$ 822,83 (oitocentos e vinte e dois reais e oitenta e três centavos) — que refletia o custo de produção da energia elétrica — para o valor artificial de R\$ 388,48/MWh (trezentos e oitenta e oito reais e quatro centavos por megawatt-hora), fazendo com que a diferença entre esse custo de produção (“Custo Variável

²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 2.565/2014. Julgado em 01 set. 2014.

Unitário – CVU”) e o teto do PLD fosse repassada para todos os consumidores indistintamente, via Encargos de Serviço do Sistema – ESS.

Ocorre que, ao fixar um teto propositadamente baixo para o PLD máximo, descolado de qualquer motivação técnica, a ANEEL repartiu entre os consumidores livres e cativos uma parte expressiva dos valores que originalmente apenas os agentes expostos estariam obrigados a arcar, praticando, novamente, política tarifária, sem a necessária edição de lei.

Ainda em relação aos consumidores livres de energia elétrica, cumpre citar, também, a imposição, pelo Governo Federal, através da edição dos Decretos nº 7.945, de 7 de março de 2013, nº 8.203, de 7 de março de 2014, nº 8.221, de 1º de abril de 2014 e nº 8.272, de 26 de junho de 2014, de mais de doze bilhões de reais à Conta de Desenvolvimento Energético – CDE²⁷.

Esses acréscimos, instituídos via decretos presidenciais, consubstanciaram novas funções não contempladas à CDE pelas leis que a instituíram (Lei n. 10.438, de 26 de abril de 2002 e 12.783, de 11 de janeiro de 2013), o que significa, em outras palavras, a abrangência do encargo setorial sem a necessária previsão legal.

Em síntese, portanto, a política de redução do preço das tarifas de energia foi marcada, basicamente, (i) pelo aumento do consumo do mercado cativo, em razão da redução artificial das tarifas — isso, ressalte-se, quando o Governo deveria emitir sinal de preço contrário, incentivando o racionamento, para conter o acionamento da geração das usinas termelétricas, mais caras e mais poluentes, que deveriam ser acionadas precipuamente para segurança do sistema e não para atendimento da demanda ordinária; (ii) consequentemente, pelo aumento da geração das usinas termelétricas e o aumento dos custos de geração, com a distorção do sinal de preço das tarifas, que permaneceram congeladas; (iii) pelo desalinhamento entre o custo efetivo de geração e o custo da energia no mercado de curto prazo, em função da limitação do teto do Preço de Liquidação das Diferenças – PLD; e (iv) pela edição de atos normativos para transferência dos custos não cobertos pelo preço da energia para os consumidores livres e para os agentes de geração e transmissão.

²⁷ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Nota Técnica n. 33/2015-SGT-SRG/ANEEL. 26 fev. 2015.

Finalmente, em função do cenário acima descrito, sobretudo pelo aumento indevido da geração termelétrica, em detrimento da geração hidráulica, os geradores hidrelétricos tiveram alteradas as condições em função das quais realizaram investimentos e projetaram suas receitas.

Isso porque, embora sejam integrantes do Mecanismo de Realocação de Energia - MRE — que tem vista o compartilhamento de risco hidrológico entre as usinas hidrelétricas, para equilíbrio da geração desse segmento —, os fatores conjunturais decorrentes sobretudo da política pública de redução do preço das tarifas de energia elétrica, tornaram críticas as condições de geração das hidrelétricas, diante do aumento impróprio da participação usinas termelétricas na geração no Sistema Integrado Nacional – SIN, somado ao momento hidrológico desfavorável constatado nos anos de 2014 e 2015.

Com isso, o *Generation Scaling Factor* – *GSF* — índice indicador dos níveis de geração das hidrelétricas, a partir do qual se verifica se a produção de energia do conjunto de usinas integrantes do MRE está superior ou inferior ao somatório de suas energias asseguradas —, que jamais havia se verificado abaixo de 100% em sua medição anual entre 2005 e 2012, ficou abaixo de 100% em todos os meses de 2014 e 2015, chegando a valores nunca antes registrados em 2015, como 80,6% em janeiro, 78,6% em fevereiro, 78,3% em março e 82,5% em abril.

Em essência, não fosse a interferência estatal distorcida na regulação do setor elétrico, as geradoras hidrelétricas teriam mantido o cenário regular de geração garantido pelo Mecanismo de Realocação de Energia – MRE e entregariam toda a energia esperada, sem que tivessem de experimentar prejuízos e redução de faturamento.

Note-se, assim, que, mesmo diante do desajuste ocasionado pela Medida Provisória n. 579 na regulação do setor elétrico, o Governo Federal insistiu em manter a política de redução dos preços das tarifas de energia durante os anos de 2013 e 2014, agravando ainda mais a crise do setor elétrico, que já é considerada a maior desde a sua última reforma, em meados da década de 1990.

1.4. Acentuada alteração no cenário regulatório do setor elétrico brasileiro: alguns dos efeitos da política de redução do preço das tarifas de energia

Sem que se tenha pretendido, nos tópicos anteriores, expor minuciosamente os aspectos técnicos relacionados às ações regulatórias abrangidos pela recente política adotada pelo Governo no setor elétrico, e antes de se adentrar à análise jurídica de tais atos, buscou-se evidenciar, sobretudo, a intensidade e a ausência de razoabilidade do intervencionismo da Administração Pública na regulação do setor elétrico entre os anos de 2012 e 2015.

Passados três anos da edição da Medida Provisória n. 579, período marcado não só pela brusca alteração nos rumos da regulação setorial, mas também por ações regulatórias invasivas, ilegítimas e, portanto, ilegais — adiante-se —, o que se nota é a ocorrência de resultado diametralmente oposto ao prometido pelo Governo Federal em 7 de setembro de 2014.

Com efeito, as ousadas e invasivas ações para redução dos preços das tarifas de energia demandaram pesados aportes de recursos públicos e, ainda assim, três anos depois, resultaram um aumento recorde nos preços das tarifas, como consequência do desajuste causado pelas seguidas intervenções do Governo no setor.

Destacou o Tribunal de Contas da União, a esse respeito, que, “*em que pese todo o esforço para reduzir estruturalmente R\$ 16,8 bilhões ao ano na tarifa, os gastos, em 2013, foram de R\$ 25 bilhões. Em 2014, o valor estimado situa-se no patamar de R\$ 36 bilhões*”, havendo, ainda, “*expectativa de efeitos semelhantes nos anos vindouros, ao passo que o efeito tarifário da medida provisória estará extinto ao final de 2015*”²⁸.

No artigo intitulado “*MP 579: Prorrogação das concessões e apropriação da renda inframarginal*”, o Professor Adjunto da Faculdade de Economia da Universidade Federal Fluminense, Luciano Losekann, destaca o impacto negativo da Medida para o mercado de energia elétrica, em especial para as empresas de geração:

“As empresas de geração, que foram duramente impactadas pelas medidas, têm externado seu descontentamento. O principal argumento das empresas de geração é que a capacidade de investimento das empresas será reduzida, o que pode comprometer a expansão do parque gerador e implicar em redução

²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 2.565/2014. Julgado em 01 set. 2014.

do pessoal empregado. Segundo essa visão, ao se apropriarem da renda inframarginal, as empresas de geração teriam a musculatura financeira para garantir a continuidade da expansão. No entanto, aparentemente, o governo brasileiro entendeu que essa alocação não é adequada e que os consumidores devem se apropriar dessa renda.”²⁹

Portanto, a política instituída no setor elétrico entre os anos de 2012 e 2015, além de atingir de forma extremamente negativa os agentes do mercado e os consumidores de energia, causou grave retração da indústria, que é sensivelmente atingida pelas variações no preço da energia, repercutindo, conseqüentemente, de forma negativa sobre toda a economia nacional.

²⁹ LOSEKANN, Luciano. MP 579: Prorrogação das concessões e apropriação da renda inframarginal. In: **Blog Infopetro**. 08 out. 2012. Disponível em: <https://infopetro.wordpress.com/2012/10/08/mp-579-prorrogacao-das-concessoes-e-apropriacao-da-renda-inframarginal/>. Acesso em 28.08.2015.

2. O PARADIGMA DA REVISÃO JUDICIAL DE ATOS REGULATÓRIOS

Em reação ao intervencionismo intenso do Poder Público no setor elétrico e da falta de diálogo do Governo com a iniciativa privada, agentes de todos os segmentos do setor elétrico passaram a levar ao Poder Judiciário suas reivindicações, propondo uma série de demandas judiciais para discutir a legalidade, razoabilidade e proporcionalidade dos atos regulatórios, e inclusive a reparação de danos pela cobrança indevida de encargos e redução de receita pelas condições anômalas de exploração de suas atividades impostas pelo Poder Público.

É, portanto, sobre a atuação do Poder Judiciário nas demandas decorrentes das medidas regulatórias relacionadas à política de redução dos preços das tarifas de energia que se debruça o presente estudo, buscando aferir, especialmente a partir da análise de três decisões judiciais, a legitimidade da atuação do Poder Judiciário diante da crise ocasionada pelo Poder Executivo e a importância do papel exercido pelo Poder Judiciário como ator da regulação do setor elétrico, em resposta às demandas trazidas por diferentes agentes do setor.

Assim, como ferramenta ao desenvolvimento do problema proposto, convém levantar, nos tópicos seguintes, alguns dos aspectos relevantes do tema afeto à revisão judicial dos atos regulatórios, a servir de marco referencial para reflexão acerca da atuação do Judiciário brasileiro na recente crise do setor elétrico.

2.1. Breves considerações acerca do *judicial review* regulatório norte-americano

O declínio do sistema político-administrativo clássico, que situa o Poder Executivo em uma estrutura unificada de subordinação hierárquica entre a burocracia e os órgãos de cúpula da Administração, considerada uma das grandes questões do Direito Administrativo³⁰, deu lugar, sobretudo a partir do início do século XX, a um novo Estado Regulador, que permitiu, mediante a criação de agências reguladoras independentes, o ingresso de novos atores na Administração Pública, com funções sistêmicas, relativa autonomia funcional e independência decisória³¹.

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. **As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 3, ago-set-out, 2005.

³¹ GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras – Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, Belo Horizonte.

A criação das agências reguladoras pode ser considerada, assim, um importante marco para a evolução da atividade regulatória da Administração Pública e, conseqüentemente, dada a intensificação das funções normativa e de solução de conflitos, um importante marco para o estudo da interação entre os três poderes no que tange à regulação dos diversos setores da sociedade e da economia.

Sob outro aspecto, a regulação moderna passou a ser entendida como um fenômeno de proteção mais ampla de bens jurídicos, compreendendo, sobretudo, os direitos sociais, externos à relação estrita entre o Estado e os agentes regulados, ou o “*processo jurídico-institucional de preservação da dicção funcional do direito*”³².

Essa nova concepção de atividade regulatória, com destaque à ampla competência regulamentar conferida às agências reguladoras, deixa ainda mais complexas e entrelaçadas as relações entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sobretudo no que tange aos processos de elaboração de políticas públicas, sua consecução e seu controle de legalidade e constitucionalidade.

Dentre os diversos entraves verificados em meio à atividade regulatória, ganha destaque o diálogo institucional que se desenvolve entre Poder Judiciário e Poder Executivo — alvo deste estudo —, com enfoque no grau de atuação dos juízes na revisão dos atos regulatórios da Administração Pública.

Com efeito, o paradigma do intervencionismo, ou voluntarismo, do Poder Judiciário, na perspectiva do Direito Regulatório foi desenvolvido com maior intensidade no Direito norte-americano, conforme assinala Sergio Guerra:

“O paradigma das Agências Reguladoras brasileiras é a independente regulatory commission norte-americana, entidade estatal autônoma dirigida por um órgão colegiado, com poderes executivos, normativos e judicantes. Não só o Brasil seguiu, em parte, o modelo regulatório estadunidense. Jean-Jacques Daigre¹⁵, da Universidade de Paris I (Panthéon Sorbonne), adverte que as Agências Reguladoras francesas também tiveram como paradigma as agências norte-americanas: ‘Les autorités de régulation sont nés de la transposition des agences américaines et em particulier, dans le secteur financier, de la SEC, la Securities and Exchange Commission, mise en place à la suite de 1929, pour marquer la politique nouvelle engagée par Roosevelt’.

³²ARANHA, Márcio Iório. **Manual de Direito Regulatório**. 3ª ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2015, p. 36.

Diante dos conflitos decorrentes da delegação de funções às entidades regulatórias estadunidenses, tanto a imparcialidade quanto a independência/autonomia desses entes sofreram questionamentos em diversas situações. Na verdade, houve uma oscilação no alcance do judicial review, em vista da alternância entre o controle adjetivo e substantivo exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos regulatórios.

[...]

O New Deal de Roosevelt adotou a regulação econômica por meio das Agências Reguladoras. Após a grande depressão, reergueu-se a economia com a prática de políticas públicas setoriais, importando na delegação de uma grande parcela da função regulatória às Agências Reguladoras, para que pudessem definir o modo de intervir nas esferas econômica e social dos subsistemas. A partir desta fase, a Suprema Corte dos Estados Unidos passou a admitir as decisões de política econômica inspirada no modelo keynesiano. Mas foi com a edição do Administrative Procedure Act, em 1946, que se uniformizou o tratamento dispensado às Agências Reguladoras. Esse act definiu as entidades regulatórias como sendo qualquer autoridade do Governo, sujeita ou não ao controle por outra agência, à exceção do Congresso e dos Tribunais. O judicial review funciona, assim, com uma instância revisora das Agências Reguladoras, em que se verifica a forma com que a entidade regulatória fundamentou sua decisão, seja de forma singular (adjudication making) ou normativa (rulemaking).

Nesse contexto, o Administrative Procedure Act, de 1946, contém na seção 706 uma cláusula segundo a qual o Tribunal, ao controlar a decisão administrativa, deve declarar ilegal e anular o ato quando o considere arbitrário, caprichoso, com abuso de discricionariedade ou, de qualquer outra forma, não conforme o direito.”³³

Nesse mesmo sentido, Gustavo Augusto F. de Lima leciona que “*no Direito norte-americano, a prática do controle judicial das agências reguladoras fez surgir um conjunto de testes destinados a prover uma racionalidade a esse controle. Essas ferramentas foram adotadas tanto por criação jurisprudencial como pela interpretação do conteúdo da APA – Administrative Procedure Act (Lei do Procedimento Administrativo norte-americano)*”³⁴.

Assim, tendo em vista que o modelo norte-americano das agências reguladoras serviu de base para o sistema regulatório brasileiro, as doutrinas desenvolvidas a partir da experiência do *judicial review* nos Estados Unidos, como a *hard look doctrine* e a *chevron doctrine*, são valiosas fontes teóricas para a análise da interação institucional verificada atualmente, no Brasil, entre os Poderes Executivo e Judiciário, diante da crise

³³ GUERRA, Sérgio. Atualidades Sobre o Controle Judicial dos Atos Regulatórios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, fevereiro/março/abril, 2010, p. 5.

³⁴ LIMA, Gustavo Augusto F. de. **Agências reguladoras e o poder normativo**. 1. ed. São Paulo: Baraúna, 2013, p. 35.

ocasionada pela instituição da política pública de redução dos preços das tarifas de energia elétrica.

2.2. A Doutrina *Hard Look*

Segundo pontua Matthew C. Stephenson, professor da Escola de Direito de Harvard, o paradigma no *judicial review* se situa no dilema entre a (in)capacidade dos magistrados para julgar assuntos eminentemente técnicos e a sua responsabilidade/obrigação de rever abusos da administração pública:

“[...] the judicial review sometimes involves only abstract questions of law, more often it entails implicit or explicit evaluation of a government decisionmaker’s empirical or predictive judgments. Yet, most judges are generalist lawyers with minimal experience in scientific, economic, or policy analysis. The government actors whose decisions are reviewed, on the other hand, are often thought to have considerable expertise in such matters. This creates a dilemma for reviewing courts and raises a more general puzzling concern regarding the design of American public law institutions. The dilemma for courts is that judges do not want to abdicate their responsibility or their power to constrain other government officials, but they are reluctant to second-guess the choices of more expert decisionmakers, especially when complex or technical issues are involved. The institutional design puzzle is how one might account for pervasive review of expert decisions by nonexpert courts, and whether mechanisms have emerged to address the difficulties inherent in this sort of arrangement.”³⁵

Historicamente, a primeira fase do *judicial review* das agências reguladoras foi marcada por uma postura de autocontenção (*self-restraint*) dos magistrados norte-americanos. Assim, apesar do rigor do Administrative Procedure Act – APA³⁶, prevaleceu, durante mais de duas décadas, o comportamento de deferência dos Tribunais em relação aos atos da Administração Pública³⁷.

Isso porque, após a Grande Depressão de 1929 e a partir do New Deal de Roosevelt, os ideais liberais de auto-regulação da economia, do não intervencionismo estatal e do determinismo do *commom law* até então vigente, passaram a ser colocados em cheque, dando lugar à compreensão da incapacidade do mercado de se reerguer sozinho e da

³⁵ STEPHENSON, Matthew C. **A Costly Signaling Theory of ‘Hard Look’ Judicial Review**. In: Administrative Law Review. 58 Admin. L. Rev. 753 (2006), p. 754.

³⁶ Segundo Alice Voronoff (2010), o Administrative Procedure Act – APA –, editado nos Estados Unidos em 1946, “foi a primeira lei a estabelecer regras de procedimento e parâmetros formais e substantivos da atividade regulatória”.

³⁷ VERONOFF, Alice. **O Poder Judiciário como ator da regulação – relações institucionais, controle adequado e otimização regulatória**. Editora JC. 2010. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2010/08/o-poder-judiciario-como-ator-da-regulacao-relacoes-institucionais-controle-adequado-e-otimizacao-regulatoria/>. Acesso em 21.08.2015.

necessidade de intensificação da regulação da Administração Pública e das agências reguladoras³⁸.

Segundo leciona o Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, “*o Estado utilizou-se do modelo das agências reguladoras para promover uma forte intervenção enérgica na ordem econômica e social, corrigindo as falhas do mercado*”, modelo esse que buscou “*especializar a atuação estatal (reconhecia-se ampla discricionariedade técnica e o controle judicial sobre os atos das agências era restrito) e neutralizar (ou amenizar) a influência política na regulação de setores sensíveis (através, v.g., da previsão de estabilidade aos dirigentes)*”³⁹.

Ocorre que, gradativamente, severas críticas acerca do papel das agências reguladoras — relacionadas sobretudo à “teoria da captura”, segundo a qual os regulados interferem na atividade regulatória para satisfação de seus interesses privados, e à ausência de legitimidade democrática dos órgãos reguladores — passaram a ganhar corpo meio jurídico norte-americano, fazendo com que o Poder Judiciário passasse a exercer controle mais intenso, de legalidade e razoabilidade, das medidas regulatórias⁴⁰.

A esse respeito, Gustavo Binjenbojm aponta que “*diante (i) do crescente grau de intrusividade das agências nas atividades privadas, (ii) da sua questionável eficiência na gestão dos mercados regulados e (iii) da sua não sujeição aos mecanismos tradicionais de accountability eleitoral, as agências independentes foram submetidas a intensas críticas e pressões dos agentes políticos e econômicos*”⁴¹.

Assim, a partir da década de 1970, difundiu-se com maior intensidade no Direito norte-americano a corrente acadêmica da *hard look review*. A partir dessa doutrina, os juízes passaram a desenvolver uma releitura dos critérios instituídos pelo Administrative Procedure Act – APA, cuja aplicação, até então, era limitada à observância do devido processo legal e à invalidação de decisões consideradas manifestamente desarrazoadas, ou,

³⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 12, n. 47, 2009, p. 161.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid, p. 163.

⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. **As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, ago-set-out, 2005, p. 4.

conforme comumente expressado na literalidade da lei norte-americana, “arbitrárias e caprichosas”⁴².

Isso porque, de acordo com a seção 706 do Administrative Procedure Act – APA de 1946, deveriam ser considerados passíveis de revisão judicial os atos regulatórios arbitrários, caprichosos, contrários ao direito ou praticados em excesso de discricionariedade⁴³.

A doutrina *hard look*, no entanto, trouxe novas perspectivas para o *judicial review*, quebrando o paradigma da impossibilidade de revisão do aspecto material (ou substantivo) dos atos da Administração Pública.

Conforme ressalta Aclice Voronoff, a partir da doutrina *hard look* “os Tribunais assentaram rígidos parâmetros tanto procedimentais como substantivos para a validade dos atos regulatórios”, sendo o Judiciário “um ator fundamental para o sucesso do Estado regulador, capaz de garantir o cumprimento das diretrizes estabelecidas na lei e a fidelidade dos reguladores ao interesse público”⁴⁴.

Fazendo um paralelo com conceito embrionário da doutrina *hard look* — mais ligado ao *enforce* (observância) do Administrative Procedure Act – APA — e a sua aplicação mais moderna, Gustavo Binembojm destaca que “a doutrina *hard-look* tem servido ora para exigir das agências a demonstração de que as vantagens da regulação justificam as suas desvantagens, ora para invalidar ou devolver para a agência medidas regulatórias que não atendam aos objetivos da lei, ora para exigir melhores explicações da agência acerca de críticas ou comentários feitos por partícipes do processo de consulta pública”⁴⁵.

⁴² STEPHENSON, Matthew C. **A Costly Signaling Theory of ‘Hard Look’ Judicial Review**. In: Administrative Law Review. 58 Admin. L. Rev. 753 (2006).

⁴³ ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle judicial da regulação: o caso do Setor Elétrico**. 2009. 217 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

⁴⁴ VERONOFF, Alice. **O Poder Judiciário como ator da regulação – relações institucionais, controle adequado e otimização regulatória**. Editora JC. 2010. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2010/08/o-poder-judiciario-como-ator-da-regulacao-relacoes-institucionais-controle-adequado-e-otimizacao-regulatoria/>. Acesso em 21.08.2015.

⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. **As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, ago-set-out, 2005, p. 5.

Já Sergio Guerra destaca o seguinte, trazendo lições de Cabral de Moncada⁴⁶ e Sérgio Varella de Bruna⁴⁷:

“Por este princípio (*hard look*) se permite ao Poder Judiciário o controle efetivo do ato, pois o mesmo ‘visa obrigar a entidade com competência normativa a valorizar devidamente os elementos do facto e de direito constantes do ‘dossier’ sob pena de anulação da norma final pelos Tribunais’.

Segundo leciona Cabral de Moncada, o *hard look* tem sido um importante remédio na limitação da liberdade discricionária das Agências Reguladoras, pois as mesmas têm a obrigação de decidir de acordo com o que consta do record, ou seja do resultado material que congrega, de forma exaustiva e completa, os elementos de fato e de direito.

O princípio do *hard look review*, como sustenta Sérgio Varella Bruna, pode ser considerado uma forma híbrida das versões material, que compreende o exame da razoabilidade do ato, e processual, voltado às garantias do contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, fundamentação, dentre outras.

Denota o Autor que o Poder Judiciário, no exercício do controle da atividade normativa da Agência Reguladora, verifica se houve a correta atenção às alternativas ‘regulamentares existentes quanto à decisão adotada, bem como aos assuntos-chave compreendidos na matéria regulamentar, incluindo as principais sugestões formuladas pelo público’.

Pela aplicação do *hard look review* há predominância do controle judicial do ponto de vista adjetivo, de modo a respeitar a decisão adotada pela Agência Reguladora sempre que a motivação seja aceitável, evitando-se que juízos políticos de competência do Legislativo e Executivo venham a ser substituídos pelo Judiciário. Vale dizer, a investigação deve ser detalhada e cuidadosa, porém estreita.”⁴⁸

Aponta Matthew C. Stephenson que, embora não haja uma uniformização da aplicação da doutrina *hard look* nos Tribunais norte-americanos, é possível identificar um padrão comum nas decisões dos magistrados ao revisar os atos de agências reguladoras:

“Although there is considerable variation in how courts apply the hard look standard, many of the opinions follow a similar pattern. Typically, the court begins by invoking the general principle that the judicial role is limited to assessing whether the agency acted reasonably. Then, the court evaluates the agency’s evidence and arguments for its more controversial conclusions. This inquiry usually tracks the main objections of the aggrieved parties.

⁴⁶ MONCADA, Luis S. de Cabral. **Estudos de direito público**. Coimbra: Coimbra Editores, 2001, p. 132.

⁴⁷ BRUNA, Sergio Varella. **Procedimentos normativos da administração e desenvolvimento econômico**. In: Regulação e desenvolvimento. Calixto Salomão Filho (Org.) São Paulo: Malheiros, 2002, p. 251.

⁴⁸ GUERRA, Sérgio. Atualidades Sobre o Controle Judicial dos Atos Regulatórios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, fevereiro/março/abril, 2010, p. 8

More often than not, significant agency regulations survive hard look review,¹⁴ but in many cases the reviewing court reaches this conclusion only after an extended discussion and assessment of the agency's defense of its action."⁴⁹

O precedente *Citizens to preserve Overton Park, Inc v. Volpe*⁵⁰, é apontado por muitos autores (e.g., GUERRA, 2010; STEPHENSON, 2006; GARRY, 2006) como marco jurisprudencial da *hard look review*. Discutiu-se, no referido julgado, a utilização pela Secretaria de Transportes Públicos dos Estados Unidos de recursos públicos para construção de autoestrada através de parque de preservação ambiental.

Com efeito, decidiu a Suprema Corte americana no referido precedente que as decisões administrativas de agências reguladoras são passíveis de revisão judicial minuciosa, mesmo em seu aspecto substantivo, quando a decisão afrontar o interesse público. Pretendeu-se, com isso, assegurar a atuação responsável e democrática das agências reguladoras, para além do até então controle, mais comedido, das decisões “arbitrárias e caprichosas” que vigia no *judicial review*.

Foram criados, então, parâmetros, além dos já definidos pelo Administrative Procedure Act – APA para revisão judicial, como o “*searching and careful*” — relativo à metodologia e os critérios adotados pela agência reguladora e a suficiência de provas⁵¹ — e o “*rational connection*” — referente à correspondência entre os fundamentos da decisão emanada da agência e os fatos registrados nos autos⁵².

Nessa perspectiva, a virada jurisprudencial verificada no Direito norte-americano na década de 1970, marcada pela criação de novos critérios para revisão substancial, e não apenas formal, de atos emanados da Administração Pública, evidencia, sobretudo, uma postura de reação do Poder Judiciário diante da intensificação da regulação da Administração Pública, e, de um modo geral, a constante interação institucional entre os dois Poderes na atividade regulatória, conforme aponta Alice Veronoff:

“Como se vê, trata-se de um controle do tipo forte realizado pelo Poder Judiciário norte-americano, de viés tanto procedimental quanto material.

⁴⁹STEPHENSON, Matthew C. **A Costly Signaling Theory of ‘Hard Look’ Judicial Review**. In: Administrative Law Review. 58 Admin. L. Rev. 753 (2006), p. 759.

⁵⁰401 U.S. 402 (1971)

⁵¹BUTTON, Catherine. *The Power to Protect. Trade, Health and The World Trade Organization*. Portland: Hart Publishing, 2004, p. 155.

⁵²GARRY, Patrick M. **Judicial Review and the “Hard Look” Doctrine**. Nevada Law Journal. Vol. 7: 151, 2006, 152.

Nesse sentido, a *hard look review* pode ser vista como uma resposta legítima (e almejada) do Poder Judiciário à ampla delegação de poderes discricionários às agências. Uma garantia contra o exercício incontrolado da discricionariedade, que serve para reduzir a influência de facções sobre o Governo. Sob tal perspectiva, constitui um artifício saudável no sistema de freios e contrapesos, capaz de aprimorar a qualidade da regulação.

Além disso, o controle judicial mais exigente é um incentivo para a democratização dos procedimentos administrativos, eis que a agência, ciente das exigências impostas pelo Judiciário, é estimulada a adotar medidas que promovam a participação social. Isso tende a produzir resultados mais legítimos e eficientes, já que o regulador, *ex ante*, toma conhecimento de diversas perspectivas sobre o problema e é desde logo obrigado a enfrentá-las. Da mesma forma, exigências procedimentais mais rigorosas, como o enfrentamento de todas as alternativas plausíveis, evitariam (ou diminuiriam) os riscos de modelos mal formulados.”⁵³

2.3. A Doutrina *Chevron*

Se, de um lado, a doutrina *hard look* surgiu como reação à atuação intensificada da regulação da Administração Pública após o New Deal, a partir de quando se passou a questionar a eficiência, transparência e legitimidade democrática dos órgãos reguladores, do outro, o intervencionismo do Poder Judiciário também passou a ser questionado, sobretudo na perspectiva da legitimidade dos juízes para julgar e modificar políticas públicas ou atos e decisões que comportem discricionariedade técnica.

É sob esse viés que Martin Shapiro apresenta visão contrária à análise pelo Poder Judiciário do mérito dos atos e decisões da Administração Pública revestidos de tecnicidade. Assevera o autor: “*courts cannot take a hard look at materials they cannot understand nor be partners to technocrats in a realm in wich only technocrats speak the language*”⁵⁴.

Com efeito, os críticos da doutrina *hard look* evidenciam o custo, ou impacto, que a atuação do Poder Judiciário pode impor às agências reguladoras, uma vez que o questionamento da discricionariedade técnica da Administração Pública, sob o pretexto de otimizar a atividade regulatória, pode (i) gerar desconfiança dos agentes regulados em relação à legitimidade dos órgãos reguladores, (ii) causar desestímulo nas ações dos agentes públicos, dada a sua probabilidade de revisão pelo Judiciário, ou mesmo (iii) esvaziar a eficácia do ato regulatório, que, submetido a demanda judicial, poderá ser inicialmente suspenso mas, caso

⁵³ VERONOFF, Alice. **O Poder Judiciário como ator da regulação – relações institucionais, controle adequado e otimização regulatória**. Editora JC. 2010. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2010/08/o-poder-judiciario-como-ator-da-regulacao-relacoes-institucionais-controle-adequado-e-otimizacao-regulatoria/>. Acesso em 21.08.2015.

⁵⁴ SHAPIRO, Martin. **Administrative Discretion: The Next Stage**. 92 Yale L.J., 1983, p. 1487.

seja posteriormente convalidado, poderá não ter mais razão de existir após o passar do tempo⁵⁵.

Em meio a outras críticas contundentes à doutrina *hard look*, Cass Sustein e Thomas J. Miles apontam que decisões judiciais revisoras de políticas públicas de agências reguladoras, segundo indicam no artigo “*The Real World of Arbitrariness Review*”, são comumente guiadas pela ideologia política dos próprios magistrados, que passa a substituir a política instituída pelo órgão originalmente legitimado:

“It follows that the political party of the appointing president is a fairly good predictor how a judge will vote in cases involving arbitrariness review; but the political party of the president who appointed the two other judges on the panel is also a strong predictor. These conclusions might be taken to provide fresh support for those who seek to soften arbitrariness review, or at least for those who seek to reduce the role of judicial policy preferences in review of agency action. The hard-look doctrine is most plausibly justified as a method for controlling the exercise of open-ended authority by regulatory agencies. To the extent that the doctrine operates, in practice, as a method of substituting judicial policy preferences for agency policy preferences, something is seriously wrong. Whether or not general softening is in order, steps might be taken to reduce that risk that judicial policy preferences are produced unjustified invalidations (and perhaps validations).

But our emphasis has been empirical, not normative. The differences between Republican and Democratic appointees are significant, but we have not found that judicial votes are politically driven. Recall that Republican appointees generally vote to validate liberal agency decisions and that Democratic appointees generally vote to validate conservative agency decisions. For this reason, it would be far too simple to say that the hard look is operationalized in purely political terms; our evidence is inconsistent with that conclusion. But it would not be too much to say that in important domains, the hard look is hardened, or softened, by the political predilections of federal judges.”⁵⁶

Eis que ao julgar o caso *Chevron USA, Inc. v. National Resources Defense Council, Inc.*⁵⁷ a Suprema Corte norte-americana incorporou a sua jurisprudência novos critérios para revisão judicial dos atos das agências reguladoras, que vinham sendo formulados gradativamente pela corrente crítica à doutrina da *hard look review*.

⁵⁵ VERONOFF, Alice. **O Poder Judiciário como ator da regulação – relações institucionais, controle adequado e otimização regulatória**. Editora JC. 2010. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2010/08/o-poder-judiciario-como-ator-da-regulacao-relacoes-institucionais-controle-adequado-e-otimizacao-regulatoria/>. Acesso em 21.08.2015.

⁵⁶ SUSTEIN, Cass R., MILES, Thomas J. **The Real World of Arbitrariness Revolution**. Chicago Working Papers in Law and Economics, 2007. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/368.pdf>. Acesso em 26.08.2015.

⁵⁷ 467 U.S. 837 (1984)

Gustavo Augusto F. de Lima lembra que “antes do caso Chevron, o controle judicial das normas criadas pelas agências era considerado como inconsistente e imprevisível, havendo posições contraditórias dentro da própria suprema Corte norte-americana”. E complementa que “com o caso Chevron, a Suprema Corte uniformizou o tratamento da matéria pelo Judiciário [...]. Estabelecendo o teste que ficou conhecido como teste dos dois passos (two steps)”⁵⁸, divisor de águas em matéria de controle judicial das agências reguladoras.

Discutiu-se no caso Chevron a interpretação do termo “fonte estacionária” (“stationary source”) adotado pela “Lei do Ar Limpo” (“Clean Air Act”), a qual previa a exigência de permissão para construção e operação de novas fontes de poluição do ar ou de fontes modificadas, que passariam a estar sujeitas a regras mais rígidas. O impasse instaurou-se na medida em que agência ambiental federal (“EPA”) conferiu nova interpretação ao conceito de “fonte estacionária”, que passou a compreender uma fábrica ou instalação por inteiro, permitindo a alteração de unidades estacionárias autônomas no seu interior. Para os críticos, esse novo conceito infringia a intenção da Lei de obrigar as empresas a adotarem medidas imediatas para melhoria da qualidade do ar.⁵⁹

Foi então que a Suprema Corte norte-americana estabeleceu o teste dos dois passos, como leciona Gustavo Augusto F. de Lima:

“O primeiro passo do teste desenvolvido para o caso Chevron é saber se a legislação elaborada pelo Poder Legislativo tratou de forma específica do assunto em disputa. Se a intenção do Poder Legislativo estiver clara, cabe ao Judiciário e à respectiva agência reguladora adequarem os atos regulatórios à norma estabelecida pelo Poder Legislativo.

Se o assunto não tiver sido diretamente regulado pela legislação emitida pelo Poder Legislativo, ou se a posição da Lei for ambígua ou sujeita a múltiplas interpretações plausíveis, o Poder Judiciário não deve impor a sua interpretação da Lei. Nesses casos, cabe ao Judiciário verificar se o ato regulatório produzido pela respectiva agência é baseado numa interpretação lícita da legislação. Esse é o segundo passo do caso Chevron. [...]

Ao efetuar o teste dos dois passos, a Suprema Corte norte-americana reconheceu que a legislação aplicável, Lei do Ar Limpo (Clean Air Act), não deixava claro se a definição de ‘fonte estacionária’ poderia ou não ser aplicada a uma fábrica como um todo, ou se deveria ser aplicada equipamento por equipamento. Assim, foi superado o primeiro passo, pois como a Lei não havia disciplinado diretamente a questão, havia um espaço de discricionariedade a ser preenchido pela agência. No segundo passo,

⁵⁸ LIMA, Gustavo Augusto F. de. **Agências reguladoras e o poder normativo**. 1. ed. São Paulo: Baraúna, 2013, p. 154.

⁵⁹ Ibid., p. 154.

segundo a Suprema Corte norte-americana, não caberia ao Judiciário definir diretamente qual deveria ser o conceito de ‘fonte estacionária’, mas, sim, verificar se a interpretação adotada pela EPA, dentre as diversas interpretações possíveis, era lícita. No caso, a Suprema Corte norte-americana decidiu que a definição adotada pela EPA era uma construção possível de ser feita a partir da Lei do Ar Limpo que, portanto, não deveria ser declarada inconstitucional.

Devemos destacar que o caso Chevron não afastou a possibilidade o controle judicial das agências reguladoras, apenas previu uma regra de autocontenção. A conclusão que podemos tirar é que, no Direito norte-americano, conforme a Doutrina Chevron, o Judiciário pode efetuar o controle dos atos das agências quando estes claramente contrariem a legislação. Todavia, nos casos em que há múltiplas interpretações possíveis da norma, cabe ao Judiciário conceder uma margem de discricionariedade à agência, não devendo substituir a posição da agência por sua opinião. Nessas hipóteses, ele deve se restringir a avaliar se a agência interpretou a norma de uma maneira lícita. A partir do caso Chevron, a Suprema Corte norte-americana deixou claro que os juízes não são especialistas em áreas técnicas, não gozão do mesmo nível de dados e informações que as agências e que não têm a mesma responsabilidade política em face da população. Por tal motivo, em áreas em que existam diversas interpretações possíveis, não devem substituir a opinião da agência reguladora pela sua própria opinião.”⁶⁰

Portanto, ao expor com profundidade e coerência lógica a necessidade de adoção pelo Poder Judiciário de uma postura de autocontenção (“*self-restraint*”) em relação aos atos regulatórios emanados da Administração Pública, o caso Chevron tornou-se um marco para definição do *judicial review* nos Estados Unidos e em diversos outros países.

Segundo assevera Eduardo Fortunato Bim, “*a Suprema Corte estadunidense em Chevron v. NRDC (Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc – 1983), entendeu que a Administração Pública detém primazia na interpretação dos conceitos indeterminados das leis a ela dirigidas, somente podendo intervir o Judiciário em casos teratológicos*”⁶¹.

Destaca-se, por fim, trecho da decisão da Suprema Corte norte-americana, que exprime com precisão a essência da chamada Doutrina Chevron:

“Judges are not experts in the field, and are not part of either political branch of the Government [...]. In contrast, an agency to which Congress has delegated policy-making responsibilities may, within the limits of that delegation, properly rely upon the incumbent administration's views of wise policy to inform its judgments. While agencies are not directly accountable to the people, the Chief Executive is, and it is entirely appropriate for this

⁶⁰ LIMA, Gustavo Augusto F. de. **Agências reguladoras e o poder normativo**. 1. ed. São Paulo: Baraúna, 2013, p. 154, p. 156-157.

⁶¹ BIM, Eduardo Furtunato. **Divergências científicas e metodológicas no Direito Ambiental e autocontenção judicial**. Direito Público. Porto Alegre, ano 9, n. 46, p. 9-38, jul./ago. 2012.

political branch of the Government to make such policy choices—resolving the competing interests which Congress itself either inadvertently did not resolve, or intentionally left to be resolved by the agency charged with the administration of the statute in light of everyday realities.”⁶²

2.4. O controle judicial dos atos regulatórios na doutrina brasileira

Na esteira da lição de Sérgio Guerra, um ato ou uma decisão regulatória deve envolver um conteúdo técnico necessário para o atingimento dos fins e interesses setoriais almejados. Por isso, a revisão de um ato administrativo regulatório pelo Poder Judiciário pode, em virtude da ausência do conhecimento técnico necessário do magistrado, afetar negativamente a regulação de determinado setor.⁶³

Extrai-se, dessa perspectiva, a tenuidade existente entre a inafastabilidade da jurisdição no que se refere à conformidade do ato administrativo com a lei e o respeito à discricionariedade técnica da Administração Pública.

Com efeito, a doutrina brasileira é pouco uniforme em relação à definição de critérios objetivos para delimitação do controle judicial dos atos regulatórios. Em relação à jurisprudência, do mesmo modo, segundo destaca Sérgio Guerra, “*são poucas as decisões judiciais que podem ser catalogadas como um verdadeiro enfrentamento do tema e consequente manifestação do controle judicial de mérito sobre os atos regulatórios propriamente ditos*”⁶⁴.

De um modo geral, os autores brasileiros destacam que o mérito dos atos administrativos regulatórios, resumido no binômio oportunidade e conveniência, é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, sendo ilegítima a revisão do Poder Judiciário nesse aspecto sob pena de violação do princípio da separação e independência dos poderes.

M. Seabra Fagundes aponta que a análise da legalidade, pelo Poder Judiciário, “*cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram às prescrições*

⁶² 467 U.S. 837 (1984), p. 865-866.

⁶³ GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras – Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, Belo Horizonte.

⁶⁴ GUERRA, Sérgio. Atualidades Sobre o Controle Judicial dos Atos Regulatórios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, fevereiro/março/abril, 2010.

*legais, expressamente determinadas quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma*⁶⁵.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello pondera que *“nada há de surpreendente [...] em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperável à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empecilho existe a tal proceder, pois é meio – e de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito”*⁶⁶.

Similarmente, Marçal Justen Filho entende que:

*“Mesmo no tocante à discricionariedade é possível cogitar da fiscalização jurisdicional. O controle jurisdicional não pode invadir aquele núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade. Mas o respeito a esse núcleo de mérito não significa sequer impossibilidade de questionamento e exame. O Judiciário pode verificar se a autoridade administrativa adotou todas as providências necessárias ao desempenho satisfatório de uma competência discricionária.*⁶⁷

Sob outra abordagem, Sergio Guerra aponta que *“o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma Agência Reguladora quando evidentemente ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência. Fora dessas hipóteses, o Judiciário deve ser conservador em relação às decisões das Agências, especialmente em relação às escolhas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo”*⁶⁸.

Cite-se, por fim, lição de Marcio Iorio Aranha, para quem:

“O juízo de legalidade é prerrogativa inafastável do Poder Judiciário, que, por outro lado, deve cingir-se, quanto ao juízo de oportunidade do administrador, à verificação da proporcionalidade da medida. Neste caso, as valorações do administrador, desde que legais, vinculam a atuação estatal mesmo que em detrimento da melhor solução segundo novos parâmetros de quem enxerga, do futuro, o fenômeno completo, muito embora se possa exigir a melhor solução possível segundo o nível de dados disponíveis e

⁶⁵ FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 182.

⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 993.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 24

⁶⁸ GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras – Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, Belo Horizonte.

assimiláveis no momento da decisão. A par do juízo de oportunidade do administrador, há a opção por critérios técnicos, que carregam consigo certo grau de hermetismo. Por isso, exige-se consciência setorial do julgador para compreensão das implicações menos óbvias das opções do administrador, bem como se exige ampla motivação da decisão administrativa para permitir o controle judicial.”⁶⁹

É possível extrair dos excertos citados acima que, embora os autores brasileiros tenham em comum a concepção de que a revisão judicial dos atos regulatórios deva se guiar, de uma maneira geral, pelo princípio da legalidade e que ao Poder Judiciário é defeso imiscuir-se no núcleo técnico e discricionário do ato administrativo, há na doutrina brasileira, a nosso ver, uma notável ausência de definição de critérios objetivos, ou menos subjetivos, para delimitação do problema da revisão judicial de atos regulatórios. Também a nosso ver, isso se deve, em grande parte, à deferência do direito brasileiro ao principiologismo e ao subjetivismo, estampados, por exemplo, nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e moralidade.

⁶⁹ ARANHA, Márcio Iório. **Manual de Direito Regulatório**. 3ª ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2015, p.14.

3. O RECENTE PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA REGULAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO: BREVE ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS RELACIONADAS À POLÍTICA PÚBLICA DE REDUÇÃO DO PREÇO DAS TARIFAS DE ENERGIA ELÉTRICA

Diante da circunstância de que a política pública de redução das tarifas de energia desenvolvida pelo Governo Federal impactou sobremaneira o desenho regulatório do setor elétrico, com consequências negativas para os consumidores, para as empresas atuantes no mercado de energia e, em maior escala, para economia nacional, ganha destaque o papel do Poder Judiciário na condução de demandas propostas por inúmeros agentes e entidades associativas ligadas ao setor elétrico em questionamento a alguns dos atos regulatórios editados no contexto da referida política estatal.

Emergem daí os dois problemas que envolvem o presente estudo: a legitimidade da atuação do Poder Judiciário diante da recente crise ocasionada pela política pública de redução dos preços das tarifas de energia elétrica, bem como a importância do papel exercido pelo Poder Judiciário, como ator da regulação do setor elétrico, em resposta às demandas trazidas por diferentes agentes do setor.

Em relação ao primeiro problema, destaca-se que as duas primeiras decisões a serem analisadas, relacionadas à Resolução n. 3 do CNPE de 2013 e da *quota* de 2015 da CDE, gravitam, em grosso modo, sobre a observância pela Administração Pública do princípio da reserva legal para instituição de políticas tarifárias. A terceira decisão, por outro lado, que tem por objeto o *Generation Scaling Factor* - *GSF* menor que 100%, relaciona o desvirtuamento da operação do Sistema Interligado Nacional - SIN com a teoria do fato do príncipe, exercendo controle mais incisivo sobre a política do Governo Federal de redução das tarifas de energia.

Em relação ao segundo problema, as três decisões analisadas neste estudo, com destaque à terceira, relativa à questão do *GSF* menor que 100%, evidenciam a importância do papel do Poder Judiciário para o ajuste da regulação do setor elétrico, em resposta à crise ocasionada pelo Poder Executivo.

Para análise das referidas decisões, considera-se como ponto de partida a exposição feita no primeiro capítulo acerca da Resolução n. 3 do CNPE de 2013, da *quota* de

2015 da CDE e do problema do *Generation Scaling Factor - GSF* menor que 100%, bem como a problemática da revisão judicial dos atos regulatórios retratada pelo *judicial review* norte-americano e pela doutrina nacional.

3.1. A questão da Resolução n. 3 do CNPE e o princípio da reserva legal

A partir de maio de 2013, pouco após a edição da Resolução n. 3, de 6 de março de 2013, inúmeras empresas atuantes no segmento de geração de energia começaram a propor, sobretudo perante a Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, ações judiciais para obter a declaração de inexigibilidade de parcela do Encargo de Serviço de Sistema - ESS⁷⁰ destinada à cobertura dos custos do despacho adicional de usinas termelétricas, para segurança energética, que, pelos termos dos artigos 2º, parágrafo 5º, e 3º, inciso I, da Resolução⁷¹, passaria a ser devida também pelos agentes geradores e transmissores de energia elétrica.

Foram proferidas, então, dezenas de decisões interlocutórias em sede de tutela antecipada, em primeira e segunda instâncias, e, mais recentemente, sentenças de mérito nas quais o Poder Judiciário passou a avaliar a legalidade do ato normativo editado pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE.

⁷⁰ Segundo o artigo 59 do Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004, os Encargos de Serviço do Sistema são “destinado à cobertura dos custos dos serviços do sistema, inclusive os serviços ancilares, prestados aos usuários do SIN, que compreenderão, dentre outros: I - custos decorrentes da geração despachada independentemente da ordem de mérito, por restrições de transmissão dentro de cada submercado; II - a reserva de potência operativa, em MW, disponibilizada pelos geradores para a regulação da frequência do sistema e sua capacidade de partida autônoma; III - a reserva de capacidade, em MVar, disponibilizada pelos geradores, superior aos valores de referência estabelecidos para cada gerador em Procedimentos de Rede do ONS, necessária para a operação do sistema de transmissão; e IV - a operação dos geradores como compensadores síncronos, a regulação da tensão e os esquemas de corte de geração e alívio de cargas”.

⁷¹ “Art. 2º. Por decisão do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, extraordinariamente e com o objetivo de garantir o suprimento energético, o ONS poderá, adicionalmente ao indicado pelos programas computacionais, despachar recursos energéticos ou mudar o sentido do intercâmbio entre submercados.

[...]

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

Art. 3º. O despacho adicional de usinas acionadas na forma do caput do art. 2º, transitoriamente, será regido pelas seguintes diretrizes:

I - no mês de março de 2013, terá seu custo rateado proporcionalmente ao consumo médio de energia, nos últimos doze meses, por todos os agentes com medição de consumo do Sistema Interligado Nacional - SIN e será cobrado mediante Encargo de Serviços do Sistema por motivo de segurança energética, conforme o disposto no art. 59 do Decreto no 5.163, de 30 de julho de 2004 [...].”

Embora se verifique a existência de decisões pontuais reconhecendo a legalidade da Resolução n. 3 de 2013 do CNPE, a esmagadora maioria dos magistrados da Seção Judiciária do Distrito Federal e do Tribunal Regional Federal da Primeira Região vêm declarando a ilegalidade do referido ato normativo, por ofensa ao artigo 175, parágrafo único, inciso II da Constituição Federal.

Do mesmo modo, ao analisar pedido de suspensão de liminar apresentado pela União, o eminente Ministro Joaquim Barbosa, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, destacou justamente a necessidade de observância, pelo Conselho Nacional de Política Energética, ao princípio da reserva legal, ressaltando que *“se a forma para criar o encargo for declarada inválida, não haverá impedimento para que a requerente [União], por meio do processo legislativo adequado, reinstitua a partilha que entende isonômica e cujo evidente mérito não está em discussão”*⁷².

Destaque-se, no entanto, que ainda não há, até a data de conclusão do presente estudo, pronunciamento definitivo sobre o tema no âmbito do Tribunal Regional Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Cite-se, como exemplo representativo do posicionamento atualmente majoritário do Tribunal Regional Federal da Primeira Região sobre a Resolução n. 3 de 2013 do CNPE, a sentença proferida, em 22 de setembro de 2014, pela Juíza Cristiane Pederzolli Rentzsch, da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos do Processo nº 0034171-46.2013.4.01.3400, na qual julgou procedente pedido formulado por Açúcar e Álcool Oswaldo Ribeiro Mendonça Ltda. e outras para *“determinar que seja tornado sem efeito, em relação às autoras, o disposto nos artigos 2º e 3º da Resolução CNPE n. 3/13, impedindo que sejam praticados atos tendentes a incluí-las no rateio dos custos de despacho adicional de usina para a garantia de suprimento energético”*⁷³ (Anexo I).

Assim como nas outras decisões proferidas nesse mesmo sentido, entendeu a eminente magistrada que *“sob a ótica da hierarquia das normas, não pode uma Resolução dispor em sentido contrário do que estabelece norma de grau superior, ou seja, a Resolução n. 03/CNPE, de 06/03/2013, não poderia incluir na forma de custeio do ESS as geradoras e*

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Presidente Joaquim Barbosa. Suspensão de Liminar n. 704/DF. DJe de 06 ago. 2013.

⁷³ BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Distrito Federal. 16ª Vara Federal. Juíza Cristiane Pederzolli Rentzsch. Processo nº 0034171-46.2013.4.01.3400. DJe de 26 set. 2014.

comercializadoras de energia elétrica, em sentido oposto ao que preconiza a Lei n. 10438/2002 que define como única fonte de custeio os consumidores finais em casos de expansão da oferta de energia elétrica emergencial”⁷⁴.

A fundamentação exarada na referida sentença alinha-se com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consagrado na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9/DF, no sentido de que os encargos setoriais estão inequivocamente inseridos no conceito de “política tarifária”, devendo ser, necessariamente, implementados por meio de lei, sob pena de ofensa ao artigo 175, parágrafo único, inciso II da Constituição Federal:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO.

1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal.
2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa.
3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º).
4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente.”⁷⁵

Com efeito, a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica e dá outras providências, e o Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, que a regulamentou, estabeleceram a possibilidade de instituição do ESS por

⁷⁴ BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Distrito Federal. 16ª Vara Federal. Juíza Cristiane Pederzolli Rentzsch. Processo nº 0034171-46.2013.4.01.3400. DJe de 26 set. 2014.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relatora para Acórdão Ministra Ellen Gracie. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9/DF. DJ de 23 de abr. 2004.

segurança energética exclusivamente em relação aos consumidores de energia, por se tratar de preço público correspondente aos serviços realizados pelos geradores para preservar a estabilidade e a segurança do Sistema Interligado Nacional – SIN em favor dos próprios consumidores.

Por isso, para os demais agentes do mercado, o ESS por segurança energética surge como um verdadeiro encargo, já que esses agentes passaram a custear um serviço prestado em benefício exclusivo do consumidor, consubstanciando verdadeiro subsídio cruzado, característico de política tarifária, que, nos termos do artigo 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, deve ser previsto por lei.

Percebe-se, com efeito, que o controle judicial de que vem sendo objeto a Resolução n. 3 de 2013 do Conselho Nacional de Política Energética afigura-se rigorosamente legítimo, ao passo que o Poder Judiciário vem se atendo ao aspecto de legalidade do referido ato normativo sem de forma alguma imiscuir-se no mérito da política pública retratada na Resolução — isto é, a conveniência de se distribuir a todos os agentes do mercado os custos advindos do despacho das usinas termelétricas para segurança energética.

Se se permite traçar um paralelo entre os critérios definidos pela jurisprudência norte-americana na doutrina *Chevron*, tem-se, em relação à decisão analisada neste tópico, que o Judiciário brasileiro seguiu com rigor o primeiro passo do teste dos dois passos (“*Chevron two-steps test*”), ao identificar que a legislação existente sobre os Encargos de Serviço do Sistema - ESS — Lei nº 10.848/2004 e o Decreto nº 5.163/2004 — não comporta o entendimento de que os demais agentes do setor, não consumidores, devem arcar com os custos do ESS por segurança energética, mesmo não sendo beneficiados por esse serviço, como tentou emplacar a Administração Pública por meio da edição da Resolução n. 3 de 2013 do CNPE.

No plano prático, as decisões da Justiça Federal sobre o tema vêm desobrigando inúmeras empresas atuantes no setor elétrico, sobretudo do segmento de geração, a desembolsar quantias significativas a título de encargo setorial, atenuando a delicada condição econômico-financeira desses agentes, decorrente da crise ocasionada pela política regulatória inaugurada pela Medida Provisória n. 579 de 2012.

A relevância do tema atinente à Resolução n. 3 de 2013 do CNPE dentro do contexto da agenda regulatória do setor elétrico nos últimos anos teve o seguinte destaque no Acórdão n. 2.565/2014 do Tribunal de Contas da União:

“Merece registro também o número excessivo de normas editadas após a Medida Provisória nº 579/2012, que promoveram modificações relevantes no sistema, trouxe instabilidade jurídica ao setor e gerou um ambiente de incertezas passíveis de afugentar investimentos futuros.

Como exemplo, pode-se citar a Resolução nº CNPE nº 3/2013, que alterou as regras de rateio do Encargo de Serviços do Sistema por Segurança Energética (ESS_SE) para cobertura de parte dos custos de acionamento de termelétricas por segurança energética e o Decreto nº 8.221/2014, que atribuiu à CCEE a incumbência de financiar o novo encargo, intitulado Conta ACR, para cobrir os custos da exposição involuntária e o Custo Variável Unitário das termelétricas contratadas na modalidade por disponibilidade.

A propósito, o rateio estabelecido pela Resolução CNPE nº 3/2013 deflagrou o ajuizamento de 56 ações judiciais, por geradoras e comercializadoras, as quais obtiveram liminares a seu favor, sendo duas suspensas em favor da União. Em razão disso, nos termos apurados pela equipe de fiscalização, do valor pago de ESS_SE, da ordem de R\$ 2,7 bilhões, há R\$ 872 milhões represados, que podem vir a ser recontabilizados entre os agentes.”⁷⁶

A nosso ver, portanto, o Poder Judiciário vem exercendo, no caso da revisão judicial da Resolução n. 3 de 2013 do CNPE, legítimo e importante papel para a regulação do setor elétrico.

3.2. A questão da *quota* de 2015 da CDE e o princípio da reserva legal

Do mesmo modo, ao apreciar a questão relativa à *quota* de 2015 da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, no Processo nº 0024648-39.2015.4.01.3400, o eminente Juiz Titular da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Charles Renaud Frazão de Moraes, proferiu, em 3 de julho de 2015, decisão interlocutória em sede de tutela antecipada para desobrigar as associadas da Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres – ABRACE ao pagamento de rubricas da CDE/2015 não previstas em lei, sob o entendimento de que tais inclusões no referido encargo, por decretos presidenciais, “*se apresentam divorciadas da legalidade exigida no art. 175, III da Constituição Federal e do conceito doutrinário de tarifa*”⁷⁷ (Anexo II).

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 2.565/2014. Julgado em 01 set. 2014.

⁷⁷ BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Distrito Federal. 2ª Vara Federal. Juiz Charles Renaud Frazão de Moraes. Processo nº 0024648-39.2015.4.01.3400. Três jul. 2015.

Como visto no primeiro capítulo deste estudo, os acréscimos instituídos na CDE via decretos presidenciais consubstanciaram novas funções, não contempladas ao encargo pelas leis que a instituíram (Lei n. 10.438/2002 e Lei n. 12.783/2013), implicando, portanto, assim como no caso relativo à Resolução n. 3 de 2013 do CNPE, violação ao princípio da reserva legal.

Originalmente, a Conta de Desenvolvimento Energético - CDE previu oito finalidades, nos termos da Lei n. 10.438/2002 e da Lei n. 12.783/2013: (i) promover a universalização do serviço de energia elétrica; (ii) garantir a modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica dos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda; (iii) prover recursos para os dispêndios da CCC; (iv) prover recursos e permitir a amortização de operações financeiras vinculadas tanto à indenização por ocasião da reversão das concessões quanto à indenização para atender à finalidade de modicidade tarifária; (v) promover a competitividade da energia produzida a partir da fonte carvão mineral nacional nas áreas atendidas pelos sistemas interligados; (vi) “*promover a competitividade da energia produzida a partir de fontes eólica, termossolar, fotovoltaica, pequenas centrais hidrelétricas, biomassa, outras fontes renováveis e gás natural*”; (vii) “*prover recursos para compensar descontos aplicados nas tarifas*”; e (viii) “*prover recursos para compensar o efeito da não adesão à prorrogação de concessões de geração de energia elétrica, [...], assegurando o equilíbrio da redução das tarifas das concessionárias de distribuição*”.

No entanto, com a edição dos Decretos n. 7.945/2013, 8.203/2014, 8.221/2014 e 8.272/2014, o Governo Federal promoveu a ampliação do escopo da CDE, criando novas finalidades para o encargo, quais sejam: (i) “*neutralizar a exposição das concessionárias de distribuição no mercado de curto prazo, decorrente da alocação das cotas de garantia física de energia e de potência de que trata o art. 1º da Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, e da não adesão à prorrogação de concessões de geração*”; (ii) “*cobrir o custo adicional para as concessionárias de distribuição decorrente do despacho de usinas termelétricas acionadas em razão de segurança energética, conforme decisão do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico*”; (iii) “*neutralizar a exposição contratual involuntária das concessionárias de distribuição no mercado de curto prazo, decorrente da compra frustrada no leilão de energia proveniente de empreendimentos existentes realizado em dezembro de 2013*”; (iv) “*cobrir os custos com a realização de obras no sistema de distribuição de energia*”.

elétrica definidas pela Autoridade Pública Olímpica – APO, para atendimento aos requisitos determinados pelo Comitê Olímpico Internacional – COI, com fundamento no art. 12, caput, da Lei nº 12.035, de 1º de outubro de 2009”; (v) “*cobrir os custos relativos à exposição involuntária das concessionárias de distribuição no mercado de curto prazo*”; (vi) “*cobrir os custos adicionais das concessionárias de distribuição relativos ao despacho de usinas termelétricas vinculadas a Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado - CCEAR, na modalidade por disponibilidade de energia elétrica*”; e (vi) “*cobrir os custos relativos à Conta no Ambiente de Contratação Regulada - CONTA-ACR, de que trata o art. 1º do Decreto nº 8.221, de [...] 2014*”.

Portanto, a resposta do Poder Judiciário à política de incremento da Conta de Desenvolvimento Energético, também nesta hipótese, se deu, a nosso sentir, em estrita observância ao juízo de legalidade dos atos regulatórios, em relação ao qual a legitimidade da função jurisdicional é indene de dúvidas.

Na perspectiva da relevância desse controle judicial para a regulação do setor elétrico, estima-se que o acréscimo à CDE, até o presente momento considerado ilegal pelo Poder Judiciário, corresponda R\$ 1,8 bilhão⁷⁸ por ano, o que representa notável avanço para solução do grave problema de retração da atividade industrial que as empresas, sobretudo as grandes consumidoras de energia elétrica, vêm experimentando desde 2013.

3.3. A questão do GSF menor que 100% e a teoria do fato do príncipe

Cite-se, por fim, as inúmeras e recentes decisões que vêm sendo proferidas no âmbito da Justiça Federal do Distrito Federal relacionadas ao problema do *Generation Scaling Factor* - GSF menor que 100%, que vinha atingindo, desde 2014, as usinas hidrelétricas integrantes do Mecanismo de Realocação de Energia - MRE, conforme elucidado no primeiro capítulo deste estudo.

Em razão de se tratar de demandas ajuizadas a partir da segunda metade de 2015, ainda não há, à data de conclusão deste estudo, pronunciamento de mérito definitivo sobre o tema.

⁷⁸ Estado de Minas. Belo Horizonte, 25 set. 2015. Economia. Disponível em: http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2015/08/25/internas_economia,681774/liminar-da-abrace-pode-elevar-conta-de-luz-ainda-este-ano-diz-diretor-da-aneel.shtml. Acesso em 25.08.2015.

Há, no entanto, decisões da Justiça Federal do Distrito Federal, que, embora proferidas em sede de juízo perfunctório de antecipação de tutela, enfrentam com exatidão o problema submetido pelas geradoras hidráulicas ao Poder Judiciário, a exemplo da decisão proferida, em 1º de julho de 2015, no Processo nº 0034944-23.2015.4.01.3400, pela Juíza Titular da 20ª Vara Federal, Adverci Rates Mendes de Abreu (Anexo III).

Com efeito, ao deferir o pedido de antecipação de tutela formulado na ação pela Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica, a magistrada determinou “[...] à ANEEL que até o trânsito em julgado da presente ação, abstenha-se de proceder ao ajuste do MRE, em relação às associadas da APINE ora substituídas, caso haja geração total do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE – em montante inferior à garantia física desse mesmo conjunto, sob pena de aplicação de multa diária no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)”⁷⁹.

Para tanto, entendeu que:

“[...] os substituídos da autora, quando decidiram investir na geração de energia hidrelétrica no país não assumiram como risco do negócio, compreendido na álea comercial, os atos governamentais caracterizados como fatos do príncipe ou álea administrativa, consistentes na inversão da matriz hidrotérmica, nos despachos das usinas térmicas fora da ordem de mérito de custo, ao desvirtuamento da operação do Sistema Interligado Nacional, à política estatal de redução de tarifas em cenário de custo elevado de geração e à decisão de não se decretar o racionamento, mas tão somente o risco de compartilhar o risco hidrológico, que foi totalmente comprometido e deturpado pelos atos retrocitados.”⁸⁰

Perceba-se que, diferentemente das decisões citadas nos tópicos anteriores, a atuação do Poder Judiciário em relação ao problema do GSF menor que 100% não envolve a inobservância, tão somente, ao princípio da reserva legal pela Administração Pública.

Com efeito, procedeu-se, na decisão referida acima, à análise técnica de fatores estruturais e conjunturais relacionados à política pública de redução dos preços das tarifas de energia elétrica que levaram à frustração da geração hidrelétrica do conjunto de usinas do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE.

⁷⁹ BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Distrito Federal. 20ª Vara Federal. Juíza Adverci Rates Mendes de Abreu. Processo nº 0034944-23.2015.4.01.3400. DJe de 31 de jul. 2015.

⁸⁰ Ibid.

No entanto, embora tenha considerado em sua decisão fatos revestidos de tecnicidade e aspectos regulatórios que podem ser relacionados à atividade de gestão da Administração Pública, como adoção tardia de medidas de racionalização e a adoção de medidas conducentes à ampliação da oferta de energia elétrica (cf. p. 8, Anexo III), não há que se cogitar na decisão em análise, a nosso sentir, qualquer invasão do Poder Judiciário à discricionariedade da Administração Pública.

Isso porque o núcleo da fundamentação da referida decisão é eminentemente jurídico, fundado na cláusula constitucional (artigo 37, caput, e inciso XXI da Constituição Federal) e legal (artigo 65, inciso II, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993) que possibilita o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de modo a manter as condições inicialmente pactuadas, que vieram a ser alteradas por fatos — inclusive objeto de decisões do Tribunal de Contas da União — imputáveis exclusivamente à Administração Pública.

Portanto, ainda que ganhe destaque a peculiaridade do provimento jurisdicional requerido pela associação autora — isto é, a definição dos montantes das garantias físicas de suas associadas no Mecanismo de Realocação de Energia - MRE —, a decisão em análise seguiu com rigor a observância de preceitos legais que garantem ao administrado o direito de ter recomposto prejuízo ocasionado por fatores alheios à exploração de sua atividade, não havendo que se cogitar qualquer interferência ilegítima do Poder Judiciário na regulação do setor elétrico.

Sob outro prisma, o conjunto de decisões relacionadas ao tema do *Generation Scaling Factor* - GSF surtiu efeito sistêmico importante para retomada da harmonia regulatória do Sistema Interligado Nacional – SIN.

Isso porque os danos provocados pelos baixos valores do GSF vinham impactando significativamente a capacidade dos agentes de geração hidráulica de honrar com compromissos assumidos junto a parceiros comerciais e de realizar investimentos importantes para aumento do potencial hidrelétrico do SIN, além de provocar o desaquecimento do setor e o afugentamento de investidores internacionais.

Não por outro motivo, como resultado da atuação legítima e efetiva do Poder Judiciário na regulação do setor elétrico, especificamente na questão atinente ao GSF

menor que 100%, o Governo Federal editou em 18 de agosto de 2015 a Medida Provisória n. 688, que repassa o risco hidrológico dos geradores de energia elétrica para os consumidores, por meio das bandeiras tarifárias, sempre que os níveis dos reservatórios das hidrelétricas impedirem as usinas de produzirem toda a eletricidade delas exigida conforme suas garantias físicas⁸¹.

⁸¹ Folha de S.Paulo. São Paulo, 20 ago. 2015. Mercado. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/08/1671571-aneel-propoe-compensar-eletricas-em-r-103-bi-por-deficit-hidrico.shtml>. Acesso em 31.08.2015.

CONCLUSÃO

A política pública de desoneração das tarifas de energia elétrica, instituída a partir da edição da Medida Provisória n. 579 de 2012 e desenvolvida a partir de diversas outras ações regulatórias que protagonizaram a crise do setor elétrico agravada nos anos de 2013 e 2014, apresenta não apenas deficiências relacionadas a planejamento, gestão e coordenação de arranjos institucionais — que demandariam um estudo próprio e mais aprofundado voltado ao tema das políticas públicas —, como também flagrantes ilegalidades, a ensejar a necessária e legítima intervenção do Poder Judiciário.

Por carregarem em seu bojo aspectos extremamente técnicos e complexos, geralmente apresentados pela União e pela ANEEL em seus pronunciamentos em juízo como temas herméticos e impassíveis de revisão judicial, cabe aos magistrados a árdua tarefa de compreender o funcionamento de sistemas extremamente regulados como o setor elétrico, a motivação dos atos regulatórios e as suas implicações para que, sem que seja necessário adentrar ao mérito de conveniência e oportunidade, seja possível identificar ilegalidades encobertas por tecnicidades.

Nessa perspectiva, as decisões proferidas no âmbito da Justiça Federal do Distrito Federal relativas aos temas da Resolução n. 3 de 2013 do CNPE, da *quota* de 2015 da CDE e, sobretudo, da frustração da geração das usinas integrantes do MRE, retratada pelo GSF menor que 100%, embora cuidem, em seu pano de fundo, de questões regulatórias complexas, apresentaram soluções eminentemente jurídicas para atos ilegais da Administração Pública.

Afora o aspecto da fundamentação das decisões analisadas neste estudo, a partir do qual, a nosso ver, pôde-se aferir a absoluta legitimidade da revisão judicial dos atos regulatórios nela relacionados, merece destaque a importância do papel exercido pelo Poder Judiciário em um momento de delicada crise do setor elétrico.

Conforme apontam inúmeras análises de especialistas do setor e conforme constatado pelo Tribunal de Contas da União, a exemplo do Acórdão n. 2.565/2014, citado neste estudo, a instituição da política pública de redução dos preços das tarifas de energia elétrica mostrou-se extremamente lesiva para os consumidores, para as empresas exploram

suas atividades nos segmentos de geração, distribuição e transmissão de energia e, de uma maneira geral, para economia nacional.

Por isso, a revisão judicial legítima de atos regulatórios inseridos em uma política pública eivada de ilegalidades e com repercussão sistêmica extremamente negativa, tem, em sentido inverso, impacto sistêmico extremamente positivo.

Se de um lado, há benefício direto dos agentes que postularam em juízo a declaração de inexigibilidade de encargos e de reequilíbrio econômico-financeiro, que garantem a disponibilidade de recursos importantíssimos para o exercício de suas atividades, do outro, a atuação do Judiciário contribui também para o reequilíbrio da harmonia do Sistema Interligado Nacional – SIN, com destaque para a retomada da equalização de preços, e, de um modo geral, para o reaquecimento da economia nacional e retomada do crescimento.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle judicial da regulação: o caso do Setor Elétrico**. 2009. 217 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2009.
- ARANHA, Márcio Iório. **Manual de Direito Regulatório**. 3ª ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BIM, Eduardo Furtunato. **Divergências científicas e metodológicas no Direito Ambiental e autocontenção judicial**. Direito Público. Porto Alegre, ano 9, n. 46, p. 9-38, jul./ago. 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. **As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, ago-set-out, 2005.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas e Direito Administrativo**. Revista de Informação Legislativa, n. 133.
- BUTTON, Catherine. **The Power to Protect. Trade, Health and The World Trade Organization**. Portland: Hart Publishing, 2004.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão nº 2.565/2014. 01 set. 2014.
- CASTRO, Nivalde J. de; BRANDÃO; Roberto. DANTAS; Guilherme. ROSENAL, Rubens. **O processo de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro e os Impactos da MP 579**. Rio de Janeiro: UFRJ. 2013. Disponível em: http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/46_TDSE-51.pdf. Acesso em 27.08.2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997.

COSTELLINI, Clara e HOLLANDA, Lavinia. **Setor Elétrico: da MP 579 ao pacote financeiro**. In: Informativo de Energia, FGV Energia, 31 mar. 2014. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13852/setor_eletrico.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 27.08.2015

COUTINHO, Diogo R. **O Direito nas Políticas Públicas**. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (ed.). Política Pública como Campo Disciplinar. São Paulo: Unesp (prelo).

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GARRY, Patrick M. Judicial Review and the “Hard Look” Doctrine. **Nevada Law Journal**. Vol. 7: 151, 2006.

GOLDENBERG, José; PRADO, Luiz Tadeu Siqueira. Reforma e crise do setor elétrico no período FHC. **Tempo social**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 219-235, Nov. 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702003000200009&script=sci_arttext. Acesso em: 28.08.2015.

GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras – Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, Belo Horizonte.

_____. Atualidades Sobre o Controle Judicial dos Atos Regulatórios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, fevereiro/março/abril, 2010.

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

LIMA, Gustavo Augusto F. de. **Agências reguladoras e o poder normativo**. 1. ed. São Paulo: Baraúna, 2013.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Bréde et de. **O Espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

PARADA, Eugenio Lahera. Política y políticas públicas. In: **Políticas públicas; coletânea**. Organizadores: Enrique Saravia e Elisabete Ferrarezi. Brasília: ENAP, 2006. 2 v.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 47, 2009.

SHAPIRO, Martin. **Administrative Discretion: The Next Stage**. 92 Yale L.J., 1983.

STEPHENSON, Matthew C. A Costly Signaling Theory of ‘Hard Look’ Judicial Review. In: **Administrative Law Review**. 58 Admin. L. Rev. 753 (2006).

SUSTEIN, Cass R.; MILES, Thomas J. The Real World of Arbitrariness Revolution. **Chicago Working Papers in Law and Economics**. 2007. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/368.pdf>. Acesso em 26.08.2015.

VERONOFF, Alice. **O Poder Judiciário como ator da regulação – relações institucionais, controle adequado e otimização regulatória**. Editora JC. 2010. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2010/08/o-poder-judiciario-como-ator-da-regulacao-relacoes-institucionais-controle-adequado-e-otimizacao-regulatoria/>. Acesso em 21.08.2015.

ANEXO I

ANEXO II

ANEXO III