

TC 025.919/2017-2

Tipo: Pedido de Reexame (Relatório de Auditoria).

Unidades jurisdicionadas: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Câmara de Comercialização de Energia Elétrica; Empresa de Pesquisa Energética; Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS.

Recorrente: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

Interessados: Tribunal de Contas da União.

Advogados constituídos nos autos: N/A.

Interessado em sustentação oral: não há.

SUMÁRIO: Auditoria Operacional. Sistema de Bandeiras Tarifárias. Conta de energia elétrica. Efetividade como sinal de preços ao consumidor e mecanismo indutor de eficiência nos reajustes tarifários de energia elétrica. Função de antecipação de receitas para as distribuidoras de energia. Determinações e recomendações. Pedido de reexame. Conhecimento. Provimento. Ciência.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de Pedido de Reexame (peça 106) interposto pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, contra o Acórdão 582/2018 – TCU – Plenário, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz (peça 91).

1.1 No que se refere ao deslinde do recurso, a deliberação recorrida apresentou o seguinte teor:

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

9.1. determinar ao Ministério de Minas e Energia e à Agência Nacional de Energia Elétrica, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno-TCU, que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, promovam o realinhamento do Sistema de Bandeiras Tarifárias aos reais objetivos almejados para a política, estejam ou não entre eles a atual e notória intenção de repassar custos tempestivamente para os consumidores de forma a não impactar no fluxo de caixa das distribuidoras, e o ainda não evidenciado propósito de promover uma resposta efetiva do consumo frente às variações dos cenários de geração, avaliando de forma fundamentada, no caso de confirmação desse segundo objetivo, a pertinência de se passar a adotar alguma metodologia de regulação por incentivos, ainda que de forma combinada com outra de regulação por custos;

9.2. determinar à Agência Nacional de Energia Elétrica, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno-TCU, que, no prazo de 30 (trinta) dias:

9.2.1. em articulação com o Operador Nacional do Sistema e com a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, elabore e publique relatórios mensais que contemplem todas as informações necessárias à verificação, por qualquer interessado, dos dados e valores que subsidiaram o estabelecimento da Bandeira Tarifária do respectivo mês, disponibilizando, inclusive, os fundamentos de eventuais divergências da agência reguladora relativamente aos dados e/ou valores que lhe forem fornecidos por aqueles outros dois agentes;

9.2.2. em prol da transparência quanto ao real e efetivo resultado de suas ações e ferramentas, enquanto não forem adotadas medidas eficazes voltadas a priorizar a sinalização, para os consumidores, dos custos reais da geração de energia elétrica e a mensurar o alcance dessa sinalização, abstenha-se de veicular e disponibilizar, em seu site ou em quaisquer outros meios de comunicação, informações no sentido de que seria esse o principal objetivo do Sistema de Bandeiras Tarifárias;

9.3. recomendar ao Ministério de Minas e Energia e à Agência Nacional de Energia Elétrica, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno-TCU, que avaliem a necessidade de alterações na redação do Decreto 8.401, de 4/2/2015, em virtude da constatação de que os prazos previstos nesse normativo não vêm sendo condizentes com as necessidades de aprimoramento do Sistema de Bandeiras Tarifárias em razão da curva de aprendizado do mecanismo e do fato de sua eficiência depender de condições do Setor Elétrico Brasileiro que carecem de acompanhamento e tratamento pari passu;

9.4. recomendar à Agência Nacional de Energia Elétrica, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno-TCU, que:

9.4.1. realize, anualmente, campanhas publicitárias voltadas à divulgação do Sistema de Bandeiras Tarifárias e de qualquer outro mecanismo voltado a influenciar, qualitativa ou quantitativamente, a demanda de energia elétrica, a exemplo da recém lançada Tarifa Branca, buscando, assim, um melhor entendimento dessas ferramentas pela população e, ampliando, por conseguinte, a efetividade desses mecanismos de reação da demanda, cuidando, ainda, de realizar pesquisas para acompanhar e verificar os resultados dessas campanhas;

9.4.2. previamente a quaisquer dispêndios publicitários referentes ao Sistema de Bandeiras Tarifárias, analise, com base nas informações atualmente disponíveis, na própria expertise de seu corpo técnico e dos demais players, ou, se necessário, no estudo objeto da recomendação seguinte (subitem 9.4.3), se essa ferramenta tem mesmo o potencial de induzir o usuário a reduzir consumo quando se deparar com custos mais elevados da energia elétrica;

9.4.3. realize estudos, em parceria com a Empresa de Pesquisa Energética (EPE), voltados a avaliar o Sistema de Bandeiras Tarifárias como sinal de preço ao consumidor, buscando identificar, prioritariamente, os impactos dessa política no consumo de energia elétrica, bem como definir indicadores aplicáveis que permitam o acompanhamento dos resultados;

9.4.4. dimensione o efeito que os subsídios cruzados evidenciados nesta auditoria causam nas tarifas dos consumidores cativos de energia elétrica, demonstrando a relevância desses valores ante os impactos positivos do Sistema de Bandeiras Tarifárias, dando a devida publicidade aos resultados alcançados com essa avaliação;

9.5. determinar, ainda, à Agência Nacional de Energia Elétrica, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno-TCU, que informe a este Tribunal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, as medidas adotadas relativamente às recomendações ora formuladas, circunstanciando os motivos de eventual não implementação de qualquer delas;

9.6. autorizar, desde já, a instauração de processo de monitoramento voltado à verificação do cumprimento das determinações e recomendações ora expedidas e à evolução dos mecanismos de reação da demanda implementados no sistema elétrico nacional; [...].

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de Auditoria Operacional realizada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica (SeinfraElétrica), no período compreendido entre 11/9/2017 e 15/12/2017, com o objetivo de verificar, por meio da avaliação do Sistema de Bandeiras Tarifárias na conta de energia elétrica, a efetividade dessa medida como sinal de preços ao consumidor e mecanismo indutor de eficiência nos reajustes tarifários de energia elétrica, bem como a sua condução por parte do Poder Público.

2.1. Desde 1º de janeiro de 2015, vigora no Brasil o Sistema de Bandeiras Tarifárias, conceituado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) como o Sistema que tem a finalidade de sinalizar

aos consumidores os custos reais da geração de energia elétrica, tornando a conta de luz mais transparente e permitindo que o consumidor tenha a melhor informação para usar a energia elétrica de forma mais consciente.

2.2. O Sistema de Bandeiras Tarifárias consiste em um adicional para antecipação de um custo futuro e incerto para o consumidor final, com base no cenário atual de geração. O repasse dos custos com geração termelétrica, o qual seria feito considerando o lapso temporal para reajuste/revisão da tarifa, passa a ocorrer mensalmente com as bandeiras. O funcionamento do Sistema consiste na definição de cores (verde, amarela e vermelha) que indicam se a tarifa de energia (TE) terá um valor adicional de forma a demonstrar o custo mais elevado da geração de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN).

2.3. Inicialmente, a metodologia adotada para estabelecer a bandeira para o mês subsequente estava associada aos valores do Custo Marginal de Operação (CMO) e do Encargo de Serviço de Sistema por Segurança Energética (ESS-SE) de cada subsistema. A partir de março de 2015, foi adotada metodologia que utilizava o valor do Custo Variável Unitário (CVU) da última térmica com previsão de despacho para o mês, por ordem de mérito ou segurança energética, como balizador para definição da cor da bandeira. Além disso, foram inseridas outras componentes de custos cobertas pelas Bandeiras Tarifárias, a exemplo dos custos relacionados ao risco hidrológico, fazendo com que o sistema sob análise deixasse de ressarcir somente os custos relacionados à geração térmica e passasse a considerar outros custos do mercado de energia de curto prazo (MCP).

2.4. Mediante o Decreto 8.401/2015, foi criada a Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias (CCRBT) com o objetivo de administrar os recursos decorrentes da aplicação das bandeiras, administrada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), a qual é responsável pela operacionalização dos débitos e créditos, por distribuidora.

2.5. Em março de 2015, foi veiculada campanha nacional de divulgação do Sistema de Bandeiras Tarifárias visando disseminar as informações necessárias ao seu adequado funcionamento (peça 22, item não digitalizável, arquivo 'Memorando 138_2017_SCR.pdf'). Posteriormente à realização dessa campanha, foi realizada pesquisa de opinião junto aos consumidores, com o intuito de verificar a efetividade da campanha e o nível de conhecimento da população (peça 22, item não digitalizável, arquivo 'Carta ABRADDEE.pdf', p. 1).

2.6. No final de outubro de 2017, a Aneel apresentou nova metodologia, que passou a ser utilizada, em caráter extraordinário, a partir de novembro de 2017, e abriu a Audiência Pública 61/2017 para obter subsídios para a revisão da metodologia. Também em novembro de 2017, foi lançada nova peça publicitária – organizada pela Abradee, em parceria com a Aneel –, voltada, principalmente, para o uso consciente de energia elétrica (<http://www.poupestar.com.br>).

2.7. Na atual metodologia, implementada em outubro de 2017 para o mês subsequente, buscou-se dar mais peso às rubricas de custos com maior impacto nas Bandeiras Tarifárias – os riscos hidrológicos de Itaipu, das usinas contratadas em regime de cotas e das hidrelétricas que aderiram à repactuação desses riscos em 2015. Para tanto, criou-se nova sistemática de acionamento das bandeiras que não se baseie tão somente nas previsões de despacho para o mês, realizadas pelo ONS, mas que também considere a situação do despacho hídrico, das respectivas garantias físicas e do risco hidrológico.

2.8. Tendo em vista os objetivos do trabalho, a SeinfraElétrica buscou responder às seguintes questões de auditoria:

Questão 1: O Sistema de Bandeiras Tarifárias é efetivo em dar um sinal de preços de curto prazo ao consumidor?

Questão 2: O Sistema de Bandeiras Tarifárias se mostra como um mecanismo efetivo de indução de eficiência nos reajustes tarifários das distribuidoras de energia elétrica?

Questão 3: A metodologia utilizada para acionamento das Bandeiras Tarifárias é adequada?

Questão 4: A administração da CCRBT é feita de maneira eficiente e econômica?

2.9. A SeinfraElétrica concluiu que o sistema, quando de sua idealização em 2010, tinha o objetivo principal de sinalizar aos consumidores os custos reais de geração de energia elétrica, tornando a conta de luz mais transparente e permitindo que o consumidor tenha a melhor informação para usar a energia elétrica de forma mais consciente. Além disso o funcionamento das Bandeiras Tarifárias, através de arrecadações e repasses mensais às distribuidoras de energia elétrica, proporcionaria também um auxílio ao fluxo de caixa dessas empresas, impactando, dessa forma, os eventos tarifários desempenhados anualmente pela Aneel.

2.10. De acordo com os Procedimentos de Regulação Tarifária, as bandeiras ‘têm como finalidade sinalizar aos consumidores as condições de geração de energia elétrica no SIN, por meio da cobrança de valor adicional à Tarifa de Energia – TE’ (peça 30, p. 3). A SeinfraElétrica observou, contudo, que a implantação do sistema serviria, em síntese, para: (i) aumentar a sincronização de preços e custos de energia no curto prazo, sinalizando aos consumidores quando há escassez na oferta de energia e, por consequência, maiores custos de geração; (ii) melhorar o balanço entre os pagamentos das distribuidoras com aquisição de energia e as tarifas cobradas dos consumidores, evitando que as empresas sofram impactos financeiros e tenham sua capacidade de investimento afetada; e (iii) mitigar o impacto dos custos com a compra de energia no mercado de curto prazo pelas distribuidoras nos eventos tarifários – reajustes e revisões.

2.11. Quanto à efetividade do Sistema de Bandeiras Tarifárias, a SeinfraElétrica considerou que não era possível se concluir que as Bandeiras Tarifárias funcionem como um mecanismo efetivo de modulação do consumo de energia elétrica. Isso ocorre porque os resultados do Sistema como sinalizador e indutor de uma reação da demanda face a condições desfavoráveis de geração não são mensurados ou analisados pela Aneel, circunstância que impede a avaliação da efetividade desta política pública.

2.12. Ademais, entendeu-se que o Sistema teria assumido um papel cada vez mais importante de antecipar receitas para evitar um acúmulo de custos para as distribuidoras de energia (regulação por custos), o que implicaria deixar o papel de sinalizador para redução de consumo (regulação por incentivos) em um segundo plano. Desse modo, recomendou-se à Aneel que, em parceria com a EPE, realizasse estudos voltados a avaliar as Bandeiras Tarifárias como sinal de preço ao consumidor, além de realizar campanhas publicitárias anuais voltadas à divulgação do Sistema, buscando seu melhor entendimento pela população e, a realização de pesquisas para acompanhar e verificar os resultados dessas campanhas.

2.13. Quanto à indução de eficiência nos reajustes tarifários das distribuidoras, averiguou-se que, devido às diferentes datas dos eventos tarifários de cada distribuidora e às alterações mensais do resultado da Conta Bandeiras, os benefícios do sistema são diferentes para cada área de concessão. Além disso, verificou-se que a Conta Centralizadora dos Recursos das Bandeiras Tarifárias (CCRBT) viria registrando déficits cada vez maiores, implicando em uma má performance do Sistema em estudo, devido à incorporação à ferramenta de novos custos vinculados à compra de energia no mercado de curto prazo.

2.14. Entretanto, não foi proposto encaminhamento relativamente ao referido assunto, tendo em vista a alteração de metodologia ocorrida imediatamente antes da realização da auditoria, e a iminência da Audiência Pública sobre a matéria.

2.15. Quanto à metodologia utilizada para acionamento das Bandeiras Tarifárias, constatou-se que a metodologia proposta em outubro de 2017, mesmo ao se distanciar do modelo de despacho operacional utilizado pelo ONS, prevê maior aderência com a realidade operacional e econômica do mercado. Recomendou-se à Aneel que avaliasse a necessidade de alterações na redação do Decreto

8.401/2015, em virtude da constatação de que os prazos previstos no normativo não viriam sendo condizentes com as necessidades de aprimoramento do Sistema de Bandeiras Tarifárias.

2.16. Além disso, propôs-se determinar à autarquia que, em observância aos princípios da publicidade e transparência, ao receber dos demais órgãos as informações que subsidiam o acionamento de determinada bandeira tarifária, elabore e publique relatório com horizonte mensal que possua todas as informações necessárias à verificação, por qualquer interessado, dos dados repassados e do acionamento das Bandeiras Tarifárias.

2.17. Quanto à eficiência e economicidade da administração do Sistema de Bandeiras Tarifárias, foi verificado que a administração da CCRBT pela CCEE e o processo vinculado ao Sistema são desempenhados de maneira transparente e bem documentada.

2.18. Partindo-se da premissa que a antecipação de receitas gerada pelo Sistema de Bandeiras Tarifárias não deveria ser o principal objetivo das Bandeiras Tarifárias, o Tribunal considerou estar ocorrendo um desvirtuamento e que, portanto, a Agência não poderia continuar a veicular, em sua página eletrônica ou em quaisquer meios de comunicação, informações no sentido de que a sinalização ao consumidor seria o principal objetivo do Sistema.

2.19. Determinou-se, também, que a ANEEL e o Ministério de Minas e Energia promovam o realinhamento do Sistema de Bandeiras Tarifárias aos reais objetivos almejados para a política, manifestando que a intenção de repassar custos tempestivamente para os consumidores de forma a não impactar no fluxo de caixa das distribuidoras seria notória, ao passo que o propósito de promover uma resposta efetiva do consumo frente às variações dos cenários de geração permaneceria como não evidenciado. Determinou-se, também, que, caso se confirmasse que o objetivo principal seria a promoção de resposta do consumo, fosse avaliada a pertinência de se passar a adotar alguma metodologia de regulação por incentivos, ainda que de forma combinada com outra de regulação por custos.

2.20. Inconformada com as determinações realizadas nos itens 9.1, 9.2.1 e 9.2.2 do Acórdão 582/2018 – Plenário, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL interpõe o presente pedido de reexame.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 108), reiterado pelo Exmo. Ministro João Augusto Nardes (peça 111), que concluiu pelo conhecimento do pedido de reexame interposto, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2.1 e 9.2.2 do Acórdão 582/2018 - Plenário, nos termos do art. 48 da Lei 8443/1992 e dos arts. 285 e 286, parágrafo único, do Regimento Interno do TCU.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação do recurso

4.1 O recurso da ANEEL versa sobre as seguintes questões:

- a) da competência do TCU para exercer controle externo em relação aos atos finalísticos da ANEEL e da possibilidade de se exarar determinações nas fiscalizações de caráter operacional;
- b) da razão legal ou de mérito administrativo para a subsistência da Determinação 9.1 do Acórdão impugnado;
- c) da transparência da sistemática de aplicação das Bandeiras Tarifárias;
- d) da razoabilidade da determinação de se abster de informar que a sinalização dos custos reais de geração seria o objetivo principal das Bandeiras Tarifárias.

5. Questão – da competência do TCU para exercer controle externo em relação aos atos finalísticos da ANEEL e da possibilidade de se exarar determinações nas fiscalizações de

caráter operacional

5.1. Questiona a competência da fiscalização exercida pelo TCU sobre os atos regulatórios da ANEEL, afirmando que um agente teria seus atos fiscalizados pela Corte de Contas não pelo fato de ser agente público, mas apenas quando utiliza, arrecada, guarda, gerencia e administra bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, nos termos do art. 70, parágrafo único, e 71, inciso II, ambos da Constituição Federal.

5.2. Assevera que a fiscalização que o TCU estaria autorizado a exercer sobre a ANEEL seria restrita às atividades da Agência reguladora que implicassem dispêndios de recursos públicos, ou seja, somente as atividades administrativas (licitações e contratos de prestação de serviço, contratação de pessoal, aposentadorias, etc.), comumente chamadas pela doutrina de atividades-meio.

5.3. Aduz que a decisão do Tribunal versaria sobre a forma de despacho de usinas termelétricas movidas a gás natural do Programa Prioritário de Termelétricidade, bem como os critérios de repasse à tarifa final paga pelos consumidores do valor da energia contratada pela distribuidora Coelce junto à CGTF, questões que seriam vinculadas a competências regulatórias da ANEEL.

5.4. Infere que a ingerência do controle externo nas atividades-fim da ANEEL faria com que a palavra final em regulação passasse a caber ao órgão de controle externo, e tal competência não teria sido entregue ao TCU pela Constituição de 1988. Cita posicionamentos doutrinários nesse sentido. Alerta que, se essa interferência fosse admitida, os resultados tenderiam a causar instabilidade regulatória, afetando a percepção de risco dos investidores do setor.

5.5. Salienta que a tarifa é o instrumento pelo qual se garante a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, cuja gestão também foi confiada à ANEEL pelo art. 3º, inciso IV, da Lei 9.427/1996, e que o Sistema de Bandeiras seria uma forma de se atribuir maior dinamismo à tarifa, em vista das condições reais de custos de geração em determinado momento, constituindo aperfeiçoamento regulatório fruto do exercício regular da discricionariedade técnica atribuída à Agência. Portanto, não haveria dispêndio de recursos públicos de modo a justificar a atuação fiscalizatória da Corte de Contas.

5.6. Traz decisões do TCU as quais reconheceriam que o controle por ele exercido é de segunda ordem, na medida que o limite a ele imposto esbarraria na esfera de discricionariedade conferida ao ente regulador.

5.7. Defende que o TCU deve emitir determinações somente se houver ato irregular sendo praticado por autoridade incompetente, não tiver sido observada a forma devida, se o motivo determinante e declarado de sua prática não existir ou, ainda, se estiver configurado desvio de finalidade. Ressalta que, no caso de ato discricionário, praticado de forma motivada e em prol do interesse público, caberia ao Tribunal de Contas apenas recomendar a adoção das providências que reputar adequadas.

Análise

5.8. Como a recorrente vem a reconhecer, perante as disposições constitucionais vigentes, a atuação do TCU não se limita ao exame contábil e financeiro da gestão dos recursos dos órgãos e entidades públicas, abrangendo também o desempenho de tais órgãos e entidades no atendimento às finalidades legais para as quais foram criados. Referido reconhecimento não é compatível com a afirmativa feita, logo em seguida, segundo a qual apenas as atividades-meio da ANEEL estariam sujeitas ao controle externo, ao passo que as atividades-fim estariam dele isentas.

5.9. Acrescente-se que o fato de uma entidade ou autoridade ter competência legal para a prática de determinado ato administrativo não implica que referido ato não estará submetido à atividade de Controle Externo. A atividade de controle abrange o poder de fiscalização, exercido com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com as regras e princípios vigentes no ordenamento jurídico.

5.10. Esclareça-se, entretanto, que a atividade de Controle Externo não se confunde com o controle hierárquico, realizado por parte do Chefe do Poder Executivo. O Controle Externo é exercido não sobre um fundamento de hierarquia ou disciplina, mas sim a partir da comparação entre uma situação fática concreta e uma previsão abstrata, que serve de parâmetro a ser observado, normalmente estabelecido por texto legal ou de ato normativo.

5.11. Desse modo, o controle externo da atividade regulatória não ofende ao fundamento que justificou a instauração das referidas autarquias, aquele referente a seu desejável e necessário insulamento frente a um poder político. Reitere-se que a atividade de controle externo sobre os procedimentos de outorga de concessão ou permissão de serviços públicos vem sendo realizada, nos moldes atuais, desde 1998 (cf. IN TCU 27/1998), constituindo fato previamente conhecido tanto pelos agentes econômicos quanto pelos operadores de direito regulatório. Dessa forma, subsiste pouca relação entre o exercício da atividade de controle e qualquer alegada insegurança sobre a atividade regulatória.

5.12. Afinal, na fiscalização das atividades-fim das agências reguladoras, o TCU não substitui aos órgãos que controla, nem estabelece o conteúdo do ato de competência do órgão regulador, salvo quando verificar a ocorrência de ilegalidade ou de omissão da autarquia no cumprimento das normas jurídicas pertinentes (Acórdãos 1703/2004 – Plenário, de relatoria do Exmo. Min. Benjamin Zymler, 556/2005 – Plenário, de relatoria do Exmo. Min. Walton Rodrigues e 715/2008, de relatoria do Exmo. Min. Augusto Nardes).

5.13. Assiste razão à recorrente quanto ao fato de o controle exercido pelo TCU ser de segunda ordem. Ocorre que, conforme a jurisprudência citada pelo próprio recorrente, a discricionariedade técnica conferida aos administradores das agências reguladoras e de qualquer outro ente público não constitui fator impeditivo para o exercício das competências do TCU, pois o Tribunal deve fazer determinações se restar comprovada a ilegalidade e demonstrada a pertinência técnica das recomendações.

5.14. Nesse sentido, sempre caberá determinação quando configurada a prática de qualquer ilegalidade, seja ela realizada no escopo de um ato de caráter discricionário ou vinculado (cf. Acórdão 1201/2009 – Plenário). Ainda que o ato se revista de caráter regulatório, embora o Tribunal não possa formular determinações sobre matéria estritamente técnica da competência delas, tem competência para avaliar a legalidade de tais atos (cf. Acórdão 2241/2013 – Plenário, de relatoria do Exmo. Min. José Múcio Monteiro). Já nos termos do Acórdão 200/2007 – Plenário, de relatoria do Exmo. Min. Valmir Campelo, em se tratando de atos discricionários de agência reguladora, o TCU se limita a recomendar a adoção de providências consideradas por ele mais adequadas.

5.15. Registre-se ainda que o TCU pode determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que esse ato viole o ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da economicidade da Administração Pública e da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos (cf. Acórdão 644/2016 – Plenário, de relatoria do Exmo. Min. Walton Alencar Rodrigues).

5.16. São estes aspectos que caracterizam o controle do TCU sobre os atos de regulação como de segunda ordem, na medida que o limite a ele imposto esbarra na esfera de discricionariedade conferida ao ente regulador, sendo vocacionado para exarar determinações apenas quando for constatada a prática de atos ilegais.

5.17. Assim, quando a referida jurisprudência é citada de forma abstrata, apenas se transfere o problema para a avaliação, em cada caso concreto, se o ato administrativo ou regulatório questionado viola ou não a ordem jurídica e, portanto, o princípio da legalidade em seu sentido mais amplo. Resta sempre necessário se examinar a compatibilidade do ato impugnado com o ordenamento jurídico como um todo (cf. Acórdão TCU 1369/2006 – Plenário, de relatoria do Exmo. Min. Valmir Campelo),

o qual é composto tanto por regras quanto por princípios, tais como os da economicidade e da exigência de adequação do serviço público prestado.

5.18. Saliente-se, entretanto, que a irregularidade há de ficar claramente definida, de modo que o conflito com o ordenamento jurídico, ainda que não tenha como parâmetro um enunciado normativo específico, possa ser reconhecido com expressivo consenso por parte da comunidade de operadores do direito e participantes do setor regulado.

5.19. Quanto à caracterização da irregularidade no caso concreto, observa-se que mesmo uma medida regulatória não deixa de ser um ato administrativo, dentre cujos requisitos (extraídos pela doutrina a partir do art. 2º da Lei 4.717/1965) se encontra a finalidade. O comportamento da Administração sempre deve ser norteado pela busca do interesse público, e o ordenamento jurídico estabelece, explicita ou implicitamente, qual resultado específico que deve ser alcançado com a prática daquele ato administrativo.

5.20. O descumprimento de qualquer dessas finalidades (geral ou específica) constitui desvio de finalidade, vício insanável que não pode ser convalidado. O Acórdão recorrido não traz expresso esse argumento, mas o papel deste na fundamentação da decisão tomada pode ser constatado a partir da leitura do Voto condutor e do Relatório que o acompanha.

5.21. Ademais, o Voto condutor da decisão vergastada alude também à obrigação da Aneel de garantir aos usuários o recebimento de serviço público adequado (art. 7º da Lei 8.975/1995), o que envolve a correção na revisão dos valores estabelecidos como tarifa, para mais ou para menos, diante de alterações que impliquem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 6º, § 1º, da Lei 8.975/1995).

5.22. Uma vez que a legalidade dos atos regulatórios adotados não pode ser tomada como premissa, mas sim constitui conclusão alcançada a partir da análise de fundamentos de fato e de direito, o argumento segundo o qual o Tribunal não poderia exarar determinação em respeito à discricionariedade técnica da recorrente não é suficiente para alterar o teor do Acórdão combatido.

6. Questão - da razão legal ou de mérito administrativo para a subsistência da Determinação 9.1 do Acórdão impugnado

Argumento

6.1. A recorrente considera frágeis os elementos utilizados para suportar a conclusão segundo a qual a ANEEL estaria promovendo um desvirtuamento do objetivo original da criação do Sistema de Bandeiras Tarifárias, e entende que as inferências realizadas sobre a entrevista do Diretor-Geral da ANEEL à rádio CBN e de trechos da Nota Técnica 133/2017-SRG-SRM-SGT/ANEEL, de 23 de outubro de 2017 não se sustentariam após a análise mais detalhada.

6.2. Alega que o Diretor-Geral da ANEEL, em sua entrevista concedida à rádio CBN, apenas esclarece que as Bandeiras Tarifárias teriam por finalidade remunerar o maior custo de geração de energia e também cumprir a função de sinalizar ao consumidor que o preço da energia está mais elevado, o que contribui para uso mais racional do bem. Assevera que ambas as afirmativas seriam verdadeiras.

6.3. Assevera que a Nota Técnica 133/2017-SRG-SRM-SGT/ANEEL, de 23 de outubro de 2017, aduziria tanto à arrecadação de recursos que visa fazer frente a importantes obrigações financeiras de curto prazo que recaem sobre o fluxo de caixa das Distribuidoras, quanto à sinalização econômica das condições de escassez momentâneas do suprimento de energia, sem fazer a hierarquia vislumbrada pela SeinfraElétrica e pelo voto condutor do Acórdão recorrido. Assevera que a ordem em que as citadas ideias foram expostas no texto do documento não deveriam ser utilizadas para inferir que o objetivo da sinalização econômica aos consumidores é secundário.

6.4. Ressalta que, em algumas passagens do Relatório do Acórdão recorrido, a auditoria apontaria a gênese das Bandeiras, como mecanismo que sinaliza aumento de custos da operação do Sistema Interligado Nacional (SIN) ao segmento de consumo e que – simultaneamente – visa dar cobertura às distribuidoras da elevação dos custos relativos à aquisição de energia, preservando, desse modo, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

6.5. Destaca que o alvo do instrumento regulatório tem necessariamente de ser o consumidor, aquele que em última instância suporta o ônus financeiro das obrigações da concessionária cobertas pela tarifa. Registra que a finalidade das Bandeiras Tarifárias é criar, por meio de um adicional tarifário, um veículo de comunicação ao consumidor do aumento do custo de produção de energia. Salienta que a aplicação das Bandeiras Tarifárias não representa uma penalidade ou sobretaxa, pois visa fazer frente a um custo maior de geração que, de qualquer forma, teria que ser reconhecido na tarifa. A informação correta sobre o preço atual de geração de energia possibilita ao consumidor contribuir na mitigação desse aumento do custo de produção.

6.6. Lembra que as Bandeiras Tarifárias foram criadas pela ANEEL em 2011, substituindo a antiga sinalização sazonal da tarifa de energia, cujos valores eram diferenciados entre os períodos seco e úmido, a qual estaria obsoleta e não mais refletia a sistemática de variação dos custos da aquisição de energia por parte das distribuidoras. As flutuações nos índices de reajustes tarifários seriam consequências do desalinhamento entre a sinalização sazonal da tarifa de energia e o modelo vigente.

6.7. Entende que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão deve ser considerado, pois este sofreria abalo toda vez que o custo de aquisição de energia se eleva para além dos valores considerados no momento da definição da tarifa. Destaca que o repasse do custo de aquisição à tarifa das distribuidoras não decorre da regulação, mas do contrato de concessão firmado pela concessionária, que inclui o item nos custos não gerenciáveis da concessão, os quais integram a denominada Parcela A da tarifa. Frisa que as receitas decorrentes da cobrança das bandeiras tarifárias são deduzidas do saldo da Conta de Compensação de Variação de Valores de Itens da Parcela ‘A’ - CVA, reduzindo o custo financeiro que seria repassado aos consumidores no próximo evento tarifário.

6.8. Postula que, antes da implantação das Bandeiras Tarifárias, havia apenas um vetor de controle ao equacionamento da parcela variável da energia, avaliado apenas durante os processos tarifários anuais. Alude que referida situação implicava grande esforço preditivo acerca das principais variáveis explicativas da operação do sistema, em um horizonte de longo alcance, o que exigia embutir mecanismo de *hedge* no tocante à previsão da cobertura tarifária.

6.9. Argumenta que a intermitência natural de variáveis climáticas impactaria não apenas a oferta, mas também a demanda de energia, conferindo ainda mais importância de também se atentar para o agente intermediário desse fluxograma de custos (as distribuidoras) *vis-à-vis* sua responsabilidade de gerir o aporte financeiro nela produzido, por prazos que podem se estender por até um ano. Portanto, considera correto afirmar que as Bandeiras atuam como mecanismo de equalização do fluxo de caixa das distribuidoras, tendo em vista a parcela de custos variáveis relativa à aquisição da energia.

6.10. Adverte que a importância dada à aferição do saldo do sistema de bandeiras não invalidaria o propósito original de sinalizar ao consumidor o aumento do custo de produção de energia para que ele tenha oportunidade de modular seu consumo, e que seria direito de quem financia a prestação do serviço conhecer seus mecanismos de formação e dinâmica evolutiva.

6.11. Apresenta a variabilidade histórica de custos atrelados apenas ao GSF (Generation Scale Factor), retratadas na Nota Técnica 040/2018-SRG -SRM-SGT/ANEEL, de 23 de abril de 2018, ressaltando que a diferença relativa entre o valor máximo e mínimo do espectro de valores seria de cerca de 250%, impacto a ser arrefecido pela gradação das Bandeiras tarifárias.

6.12. Tal funcionalidade cumpriria igualmente os objetivos explicitados (sinalização de custos e equalização financeira), na medida em que procura revelar esse escalonamento ao seu destinatário

final, ao mesmo tempo em que também provê instrumentos às distribuidoras para gerir a flutuação financeira ao longo do tempo, enquanto o saldo residual não seja efetivamente liquidado pela contraparte consumidora.

6.13. Traz que os atributos das Bandeiras Tarifárias atingem, em igual importância, os objetivos do sistema, na medida em que se pode revelar com mais precisão qual a intensidade dos custos que se avizinham, assim como procurar arrecadar valores cujo reatamento sobre o carregamento suportado pelas distribuidoras serve para suavizá-lo.

Análise

6.14. Segundo o Voto condutor do Acórdão recorrido, o Sistema de Bandeiras Tarifárias, embora tivesse sido criado com o objetivo principal de sinalizar aos consumidores os custos reais de geração de energia elétrica, estaria sendo tratado como simples mecanismo de arrecadação destinado a garantir o fluxo de caixa suficiente para as distribuidoras arcarem com o custo de aquisição de energia, em detrimento do objetivo de sinalizar aos consumidores os custos reais da geração de energia elétrica no curto prazo.

6.15. Referida afirmação não constitui uma premissa, como aduz a recorrente, mas uma conclusão à qual chega o Voto condutor do Acórdão a partir dos elementos colhidos pela Unidade Técnica tais como: i) a falta de priorização da finalidade sinalizadora desse mecanismo de reação de demanda; ii) a ausência de mensuração ou de análise dos resultados da referida sinalização.

6.16. Quanto ao saldo do Sistema de Bandeiras, o fato de os valores arrecadados se mostrarem consideravelmente aquém dos custos incorridos pelas distribuidoras é entendido como um achado de auditoria operacional pela SeinfraElétrica e objeto de comentários pelo Voto Condutor do Acórdão recorrido, uma vez que estaria prejudicando, em algum grau, a política de realismo tarifário proposta pelo Governo. Entretanto, tal fato não conduziu a nenhuma proposta de encaminhamento específica quanto a esse ponto (peça 93, p. 28), nem gerou qualquer determinação, não havendo sucumbência na questão.

6.17. Outrossim, a instrução da SeinfraElétrica procura chegar à conclusão de que a redução de consumo – buscada com a adoção do sistema de bandeiras tarifárias – **somente poderia ocorrer caso o sistema fosse um “mecanismo de incentivos** (e não de mero repasse de custos) **o que permitiria a ele [consumidor] responder adequadamente aos sinais fornecidos”** [grifos acrescidos]. Nesse caso, sim, trata-se de uma premissa adotada pela Unidade Técnica, que nem é evidente por si mesma, nem é acompanhada de demonstração empírica.

6.18. Para tentar demonstrar a veracidade da referida premissa, a SeinfraElétrica aponta a fragilidade do conhecimento por parte da população acerca do funcionamento das Bandeiras Tarifárias. Assiste razão à SeinfraElétrica quando afirma que seria primordial que os responsáveis por aumentar ou reduzir a própria demanda conhecessem plenamente a ferramenta aplicada, mas disso **não segue** que o objetivo principal do sistema esteja sendo “desvirtuado” para o mero repasse de custos.

6.19. Verifica-se que a instrução da SeinfraElétrica utiliza a classificação de Programas de Reação de Demanda como “baseados em preços” e “baseados em incentivos”. Embora a literatura regulatória citada classifique os Mecanismos de Reação de Demanda nessas duas categorias, é de se ressaltar que, quando se trata de analisar decisões tomadas por agentes econômicos (ou seja, racionalmente interessados em maximizar seu bem-estar), preços são o exemplo primordial de incentivos, constituindo o principal sinal utilizado nas interações humanas para se transmitir a escassez ou a abundância relativa de determinada mercadoria, serviço ou insumo.

6.20. Nesse sentido, os mecanismos despacháveis citados pela instrução da unidade técnica como “baseados em incentivos” (controle direto de carga, interruptibilidade, emergência) nem mesmo

permitem que o consumidor efetivamente decida por “responder” aos sinais fornecidos, além de atenderem a escopo distinto daquele ao qual se destina a adoção do Sistema de Bandeiras Tarifárias.

6.21. Diferentemente dos programas de reação da demanda baseados em incentivos, em que os consumidores são chamados a reduzir sua carga, é nos programas baseados em preços que a opção por consumir menos ou por deslocar o consumo no tempo é unilateralmente tomada pelo usuário [SOUSA, H. W. A. Utilização de Programas de Reação da Demanda como Alternativa à Necessidade de Geração Térmelétrica Complementar para Garantia do Suprimento de Energia Elétrica. Dissertação de Mestrado em Regulação, Centro de Estudos em Regulação de Mercados, Universidade de Brasília, Brasília-DF, 2013. p. 23].

6.22. Portanto, não é possível se considerar adequada a afirmativa segundo a qual **somente** tais mecanismos de “incentivos” – no sentido estrito do termo utilizado pela instrução da SeinfraElétrica – permitiriam ao consumidor responder adequadamente aos sinais fornecidos, não sendo sustentável a premissa que conduziu à determinação exarada.

6.23. Observe-se que a SeinfraElétrica considera fundamental “acompanhar (i) o nível de conhecimento daqueles que deveriam responder ao sinal econômico; e (ii) se ele gera os incentivos necessários para sensibilizar o consumidor e, de fato, alterar seu comportamento da maneira esperada”. Nota-se, todavia, que o que as regressões citadas pela SeinfraElétrica conseguem demonstrar é que a Elasticidade Preço da Demanda é realmente baixa – o que é plenamente esperado em se tratando de um bem essencial utilizado como insumo nas mais variadas atividades do consumidor.

6.24. A reduzida resposta do consumo a preço é inerente a um bem econômico com tais características, mas tal realidade não desnatura o preço deste bem de seu papel de sinalizador de escassez relativa. Qualquer alteração no preço da energia elétrica – ainda mais uma alteração propositadamente gradual, como é a intenção das bandeiras – haverá de ter impacto presumivelmente limitado no consumo.

6.25. Por outro lado, a completa inexistência de impacto ou o impacto no sentido oposto, que aparentemente contrariariam a racionalidade econômica, seriam casos excepcionais cuja ocorrência necessitaria ser detectada e explicada mediante estudo estatístico cujos resultados se mostrassem conclusivos, o que não ocorreu.

6.26. Assim, a exigência de que o Sistema de Bandeiras Tarifárias gere, por si só, impacto significativo no consumo de energia elétrica, termina tendo o efeito de considera-lo injustificável, comprometendo sua continuidade nos moldes atuais. Uma vez que o Acórdão recorrido não identifica com precisão o cometimento de uma ilegalidade, termina por adentrar a seara da própria atividade regulatória e saindo do escopo da jurisdição estabelecida pela jurisprudência da própria Corte de Contas.

6.27. Ademais, o Voto condutor do Acórdão recorrido efetivamente usa a ordem em que as ideias “mecanismo de arrecadação de recursos” e “repercussão sobre o segmento da demanda” foram expostas no texto da Nota Técnica 133/2017-SRG-SEM-SGT/ANEEL como demonstrativo do papel alegadamente secundário da sinalização do custo da energia ao consumidor, o que, além disso, evidenciaria uma mudança do objetivo principal da referida ferramenta.

6.28. A ordem em que os objetivos são citados por determinado documento, com a devida vênia, revela-se evidência frágil para se inferir que o objetivo da sinalização econômica aos consumidores é secundário. Não é possível se dissociar a escassez relativa da energia elétrica dos custos envolvidos em sua produção, ainda que se esteja tratando de custos de oportunidade ou de custos intertemporais.

6.29. Verifica-se que as duas dimensões (sinalização econômica aos consumidores e arrecadação de recursos para fazer face a custos maiores de geração) afiguram-se como dois aspectos de uma mesma realidade – a escassez relativa de um insumo durante determinado período. A variação do

preço da energia ao longo do tempo já sinaliza *per se* as condições de escassez momentâneas do bem energia elétrica. No momento em que os custos de produção de um bem - seja ele de consumo, seja ele intermediário - se elevam, seus ofertantes estarão naturalmente dispostos a ofertar menos quantidade daquele bem do que antes, para um mesmo preço. O bem em questão estará mais escasso, e, tudo o mais constante, mais caro.

6.30. É evidente, portanto, que a variação dos preços relativos - que, lembre-se, é apenas antecipada pelo Sistema de Bandeiras em relação à revisão tarifária anual - já constitui o sinal econômico que o consumidor necessita para orientar sua decisão racional.

6.31. Se, mesmo assim, o consumidor venha a optar por manter seu consumo em nível inalterado ou praticamente inalterado em relação àquele prévio ao aumento do preço, isso **não transforma a sinalização em um “mero repasse de custos”**. Ainda que, em tese, espere-se uma redução em algum grau no consumo do referido bem, inúmeros outros fatores afetam as famílias e as empresas quando estas vão alocar sua renda em uma cesta de bens e serviços. É plenamente possível que o impacto se dê no consumo de outros bens e serviços, via efeito-renda e efeito-substituição.

6.32. Assim, assiste razão à recorrente quando esta afirma que o fato de a transmissão da ideia ao consumidor merecer aperfeiçoamento não significa que a Agência Reguladora tenha abandonado e desvirtuado o propósito original das Bandeiras Tarifárias de apresentar um sinal econômico ao consumidor do custo de geração de energia em tempo real.

7. **Questão - da transparência da sistemática de aplicação das Bandeiras Tarifárias**

Argumento

7.1. Destaca o grau de transparência o qual já seria conferido às Bandeiras Tarifárias pela ANEEL, aludindo à elaboração e divulgação de relatórios já existentes. Refere-se à existência de material na página eletrônica da ANEEL sobre o histórico de acionamento das Bandeiras desde o início de sua aplicação, em janeiro de 2015.

7.2. Considera existir relevante conjunto de informações tornadas públicas envolvendo os parâmetros que justificaram o acionamento em determinado mês, instruções sobre a metodologia aplicável e legendas detalhando a denominação das variáveis intervenientes. Cita a existência de relatório mensalmente disponibilizado pela Agência, a partir da aplicação da metodologia inaugurada desde a Audiência Pública 61/2017.

7.3. Reconhece que a transparência deve ser um atributo dinâmico e objeto de permanente aperfeiçoamento por parte das instituições, aludindo à decisão de elevar o grau de detalhamento de algumas das informações disponibilizadas em sua página eletrônica e ao estabelecimento de diretrizes para que o ONS e a CCEE caminhem na mesma direção. Ressalta que as assimetrias inerentes à tecnicidade da matéria dificultariam sua compreensão pela sociedade, motivo pelo qual a Agência estaria se esforçando para reunir e depurar essa complexidade em canal de comunicação formatado em linguagem acessível.

7.4. Sustenta que o nível de transparência atualmente observado pela ANEEL no processo de acionamento das Bandeiras Tarifárias já contemplaria de maneira satisfatória as informações necessárias à verificação e rastreabilidade das conclusões alcançadas, e requer a anulação ou a conversão em recomendação da determinação constante do subitem 9.2.1 do Acórdão recorrido.

Análise

7.5. A determinação 9.2.1 do acórdão n. 582/2018 do Tribunal versou sobre a elaboração e a divulgação de relatórios mensais, pela ANEEL, Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) e Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), contendo informações necessárias à verificação, por qualquer interessado, dos dados e valores que subsidiaram o estabelecimento da Bandeira Tarifária do respectivo mês.

7.6. A recorrente se refere à existência de material na página eletrônica da ANEEL sobre o histórico de acionamento das Bandeiras desde o início de sua aplicação, em janeiro de 2015, mas o achado detectado é relativo à não disponibilização de informações suficientes acerca das variáveis as quais definem o patamar de Bandeira Tarifária para cada mês, de modo a possibilitar que esse resultado seja verificado e testado, e não ao histórico de acionamento do Sistema.

7.7. Em seu arrazoado recursal, a Agência reguladora limita-se a alegar que já cumpriria a determinação exarada, o que há de ser objeto de rito específico em processo de Acompanhamento, mas não é fundamento apto para que a mesma seja anulada ou convertida em recomendação. Desse modo, a argumentação da recorrente não pode ser acolhida.

8. Questão - Da razoabilidade da determinação de se abster de informar que a sinalização dos custos reais de geração seria o objetivo principal das Bandeiras Tarifárias

8.1. Adverte que o TCU também estaria jungido ao princípio da legalidade, de forma que sua atuação tem necessariamente que encontrar respaldo em lei. Considera, todavia, que não haveria nenhum fundamento legal para que a Corte atuasse como censora da veiculação de informações técnicas pela ANEEL em seus canais de comunicação institucional com a sociedade.

8.2. Avalia como invasiva a determinação para que a ANEEL não veicule em seus meios de comunicação algo por ela julgada como uma medida relevante de seu processo de regulação do setor elétrico. Sustenta que o conteúdo da política de comunicação da Agência não poderia ser juízo do Tribunal de Contas, competindo privativamente à própria Agência reguladora.

8.3. Alega que, do ponto de vista orçamentário, divulgar ou não divulgar as informações úteis ao consumidor sobre as Bandeiras Tarifárias no endereço eletrônico da Agência não representa nenhum dispêndio sensível. Postula que o Artigo 41 da Lei 8.443/1992 e o art. 249 do Regimento Interno do TCU delimitariam que apenas atos que resultem em receita ou despesa estariam sujeitos à jurisdição desta Corte. Conclui que seria desarrazoado o entendimento segundo o qual a prestação de informações técnicas sobre as Bandeiras Tarifárias implicaria a realização de despesa, de modo a ensejar o controle por parte da Corte de Contas.

8.4. Acrescenta que o Tribunal não teria apontado qual seria a norma transgredida pela ANEEL ao divulgar que o objetivo das Bandeiras Tarifárias seria sinalizar ao consumidor o custo real de geração de energia, pois tal norma não existiria.

8.5. Aduz que, uma vez que o Acórdão recorrido teria deixado claro que o motivo da determinação teria sido o fato de a ANEEL não ter adotado medidas eficazes voltadas a sinalizar aos consumidores os custos reais de geração de energia elétrica, não se poderia recorrer ao art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU. Entende que a circunstância apontada como falha não consistiria em falha formal, nem impropriedade, pois as informações prestadas seriam corretas.

8.6. Nota que, a efetividade da reação do consumidor ao sinal fornecido pelas Bandeiras e a existência de mensuração dessa reação por parte da ANEEL seriam questões de natureza diversa, que não invalidariam a existência em si do sinal econômico. Postula que eventual posicionamento discordante do TCU não poderia conduzir à adoção de instrumentos coercitivos, para que referido posicionamento viesse a ser imposto aos órgãos e entidades fiscalizados. Interpreta que somente a impropriedade constatável de plano, para além de qualquer dúvida razoável, é que deve ensejar a adoção de medidas corretivas por parte desse Tribunal de Contas, sob pena de afronta aos princípios do Estado Democrático de Direito e da Separação dos Poderes.

8.7. Aponta contradição entre as determinações constantes do item 9.2.2 e do item 9.4.1, reputando um contrassenso que a ANEEL seja provocada a promover maior publicidade ao Sistema de Bandeiras e, ao mesmo tempo, esteja impedida de veicular que o objetivo das Bandeiras Tarifárias é informar e sinalizar o consumidor acerca do custo de produção de energia em tempo real.

8.8. Entende que a gradação de cores das bandeiras tarifárias seria uma forma didática de representar a intensidade dos custos variáveis da energia. Cita campanha publicitária na qual o consumidor seria chamado a economizar energia mesmo durante a vigência da bandeira verde, e as referências espontâneas feitas pelos veículos de comunicação para explicar os efeitos econômicos das condições climáticas do país.

8.9. Infere que a Unidade Técnica entenderia que o pressuposto para existência do Sistema de Bandeiras Tarifárias é que este atuasse efetivamente como mecanismo de resposta de demanda, única situação na qual poderia ser classificado como instrumento de regulação por incentivos. Considera precipitada a conclusão segundo a qual o instrumento não cumpriria a função de balizar a demanda, e aponta que as inferências estatísticas utilizadas para embasar tal conclusão teriam sido inconclusivas.

8.10. Afirma que a literatura econômica apontaria que a energia elétrica constituiria bem essencial, de elasticidade preço reduzido, e que a caracterização de elasticidade preço da demanda de um bem não seria tarefa trivial, exigindo múltiplas abordagens para isolar os dados relevantes.

Análise

8.11. Ainda que, em tese, assista razão à recorrente quando afirma que o TCU deva, como qualquer órgão ou entidade da Administração Pública, observar o princípio da legalidade, cabe registrar que a Corte tem competência constitucional para emitir determinações à agência reguladora, tratando-se de matérias às quais a entidade está vinculada por disposições legais, sejam elas expressas ou inferidas a partir de interpretação sistemática do ordenamento jurídico (cf. Acórdão TCU 1369/2006 – Plenário, de relatoria do Exmo. Min. Valmir Campelo).

8.12. Por outro lado, assiste razão à recorrente ainda quando pugna que o Tribunal não teria apontado qual seria a norma transgredida pela ANEEL ao divulgar que o objetivo das Bandeiras Tarifárias seria apenas o de sinalizar ao consumidor o custo real de geração de energia. Mais importante, não fica clara a existência de efetiva distinção entre as duas finalidades, intimamente relacionadas. Quando se examinam o Decreto 8.401/2015 e a Resolução Normativa ANEEL 547/2013, não se encontra disposição nesse sentido.

8.13. Além disso, revela-se contestável a adequação jurídica de uma ação de Controle Externo que se proponha a interferir na competência da autarquia especialmente constituída para regulação setorial, com base em uma ilegalidade em sentido amplo, inferida a partir apenas da apontada inobservância de princípios gerais de conteúdo aberto como o da adequação do serviço público prestado, e, principalmente, em estudos econométricos inconclusivos.

8.14. A própria SeinfraElétrica reconhece que não seria possível afirmar categoricamente, somente através da comparação do consumo ao longo dos meses, que as Bandeiras não viriam atuando efetivamente para reduzir o consumo, e que o estudo acadêmico utilizado como referência pode ter deixado de mensurar variáveis relevantes.

8.15. Afigura-se controversa, portanto, a apontada contrariedade, em relação ao ordenamento jurídico compreendido como um todo, da divulgação de que o objetivo fundamental do regime de bandeiras tarifárias seria a sinalização ao consumidor. Referida fragilidade impede que o caso se enquadre na jurisprudência desta Corte de Contas, que permite a emissão de determinação em sede de matéria de competência de Agência reguladora, contanto que demonstrada uma ilegalidade.

8.16. Registra-se que, na conclusão do Relatório de Auditoria, a SeinfraElétrica manifesta que “não foi possível concluir que as Bandeiras Tarifárias funcionem como um mecanismo efetivo de modulação do consumo de energia elétrica. Os resultados do Sistema como sinalizador e indutor de uma reação da demanda face a condições desfavoráveis de geração não são mensurados ou analisados pela Aneel, não permitindo avaliar a efetividade desta política pública nesse importante viés” (peça 93, p. 43). O achado de auditoria em questão não foi considerado uma falha formal, mas sim uma

impropriedade, o que, em tese, ensejaria a aplicação do artigo 250, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

8.17. Ocorre que a omissão detectada na atividade regulatória foi a ausência de mensuração e análise, pela Aneel, dos resultados do sistema. Entretanto, tal omissão conduziu à emissão de meras recomendações, e não de determinações, nos seguintes termos:

324. De maneira a reverter esse quadro, entende-se oportuno recomendar à Aneel que, em parceria com a EPE, realize estudos voltados a avaliar o Sistema de Bandeiras Tarifárias como sinal de preço ao consumidor, buscando identificar, prioritariamente, os impactos dessa política no consumo de energia elétrica, bem como definir indicadores aplicáveis que permitam o acompanhamento dos resultados.

325. Ainda, considerando-se a ausência de informações recentes acerca do nível de conhecimento da população sobre as Bandeiras Tarifárias (o qual havia sido considerado muito baixo, em pesquisa realizada em 2015), propõe-se recomendar à Aneel que realize, anualmente, campanhas publicitárias – utilizando-se, para tanto, de recursos do Programa de Eficiência Energética (PEE), se necessário – voltadas à divulgação do Sistema de Bandeiras Tarifárias, buscando seu melhor entendimento pela população e, por conseguinte, ampliando a efetividade dessa política, sendo recomendável, também, a realização de pesquisas para acompanhar e verificar os resultados dessas campanhas.

8.18. Assim, enquanto os achados efetivamente encontrados – a fragilidade da mensuração realizada pela Aneel – conduziram a meras recomendações, as determinações foram exaradas com base em uma apontada multiplicidade de objetivos, os quais se alegam incompatíveis entre si, mas que são melhor compreendidos como dois aspectos do mesmo fenômeno, no caso, a mudança na escassez do insumo “energia elétrica” e a consequente alteração de seus preços relativos.

CONCLUSÃO

9. Das análises anteriores, conclui-se que:

9.1. Assiste razão à recorrente quando afirma que o alcance eventualmente limitado das Bandeiras Tarifárias como mecanismo de reação de demanda não invalida as informações veiculadas pela ANEEL de que se trata de instrumento que sinaliza ao consumidor em tempo real os custos reais de geração de energia elétrica.

9.2. As determinações foram exaradas com base na existência de uma presumida multiplicidade de objetivos incompatíveis entre si (i) a sinalização ao consumidor de escassez e; ii) o repasse de custos incorridos pelas distribuidoras) os quais, entretanto, são mais bem compreendidos como dois aspectos do mesmo fenômeno – a mudança observada na escassez do insumo “energia elétrica” e a consequente alteração de seus preços relativos aos outros bens e serviços disponíveis aos agentes econômicos.

9.3. A apontada incompatibilidade entre o ordenamento jurídico e a divulgação de que o objetivo fundamental do regime de bandeiras tarifárias seria a sinalização ao consumidor se revela, portanto, controversa. Referida fragilidade impede que o caso se enquadre na jurisprudência desta Corte de Contas, que permite a emissão de determinação em sede de matéria de competência de Agência reguladora apenas quando efetivamente demonstrada alguma ilegalidade, o que não é o caso dos autos em análise.

9.4. Desse modo, visto que a elevação dos custos incorridos na produção e remunerados pelo consumidor ao produtor é indissociável da sinalização de aumento na escassez da energia, deve ser revista a determinação para que a Agência se abstenha de veicular e disponibilizar, em seu site ou em quaisquer outros meios de comunicação, informações no sentido de que a sinalização ao consumidor seria o principal objetivo do Sistema de Bandeiras Tarifárias.

9.5. Quanto à elaboração e à publicação de relatórios mensais que contemplem as informações necessárias à verificação, por qualquer interessado, dos dados e valores que subsidiaram o



estabelecimento da Bandeira Tarifária do respectivo mês, a recorrente apenas alega que já cumpre tais requisitos, devendo o cumprimento de determinação ser analisado no Processo de Monitoramento citado pelo item 9.6 do Acórdão recorrido.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

10. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no art. 48, da Lei 8.443, de 1992:

- a. conhecer do pedido de reexame e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, tornando insubsistente os itens 9.1 e 9.2.2, renumerando-se os demais;
- b. dar ciência da deliberação que vier a ser adotada à recorrente e aos demais interessados.

SERUR, em 09 de agosto de 2018.

(assinado eletronicamente)

LEONARDO ROMERO MARINO
AUFC – Mat. 8179-5